

DIRETOR
PROFESSOR RICARDO LOBO TORRES
EDITOR CHEFE
PROFESSOR CARLOS EDISON DO RÊGO MONTEIRO FILHO



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ

VOLUMES |11|12| ANOS |2003|2004|

COLABORADORES

ALEXANDRE FERREIRA DE ASSUMPTÃO ALVES

ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES

ANA PAULA DE BARCELLOS

ANDERSON SCHREIBER

ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA

HELOISA HELENA BARBOZA

JACOB DOLINGER

LUÍS ROBERTO BARROSO

MAURICIO MOTA

VICENTE DE PAULO BARRETTO

WURUA
EDITORA

**Outras obras da
Jurua Editora**



CCS/C REDE SIRUS / UERJ

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ

VOLUMES |11|12| ANOS |2003|2004|



RFD/UERJ	Curitiba	Paraná	Brasil	vols. 11/12	294p.	2003/2004
----------	----------	--------	--------	-------------	-------	-----------

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ

CONSELHO EDITORIAL

Antonio Celso Alves Pereira
Celso de Albuquerque Mello
Gustavo José Mendes Tepedino
Heloisa Helena Barboza
Luís Roberto Barroso

Luiz Henrique Nunes Bahia
Paulo Cezar Pinheiro Carneiro
Ricardo Lobo Torres
Vicente de Paulo Barretto



Av. Munhoz da Rocha, 143 - Juvevê - Fone: (41) 3352-3900
Fax: (41) 3252-1311 - CEP: 80.030-475 - Curitiba - Paraná - Brasil

e-mails: editora@jurua.com.br
marketing@jurua.com.br

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

R454

Revista da Faculdade de Direito
Rio de Janeiro: UERJ, v. 1, n. 1, 1993-

Anual
ISSN 0104-0367-00011
ISSN 0104-0367-00012

1. Direito – Periódicos. I. Universidade
Estadual do Estado do Rio de Janeiro.

00062

CDD 340(22.ed)
CDD 34(05)

Visite nossos sites na internet: www.jurua.com.br e www.editorialjurua.com

Professor Ricardo Lobo Torres

Diretor

Professor Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Editor Chefe

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ

VOLUMES | 11 | 12 | ANOS | 2003 | 2004 |

Colaboradores:

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves
Aluisio Gonçalves de Castro Mendes
Ana Paula de Barcellos
Anderson Schreiber
Artur de Brito Gueiros Souza
Heloisa Helena Barboza
Jacob Dolinger
Luís Roberto Barroso
Mauricio Mota
Vicente de Paulo Barretto

Curitiba
Juruá Editora
2010

NOTA DO EDITOR

O volume que o leitor tem agora em mãos apresenta-se como o coroamento do esforço de anos do corpo docente da Faculdade de Direito da UERJ que, inconformado com a interrupção das publicações de seu principal periódico, jamais deixou de sonhar a retomada da trajetória de êxito editorial construída ao longo de duas décadas. Afinal, reiniciada e mantida dentro da periodicidade anual nas gestões de Antônio Celso e Gustavo Tepedino, a Revista publicou em seus números anteriores históricas palestras de juristas nacionais e estrangeiros ocorridas no Salão Nobre da Faculdade, notáveis primeiras linhas de alunos de graduação, então jovens pesquisadores em iniciação científica, hoje mestres, doutores e, alguns, professores da Casa, discursos e pronunciamentos clássicos, e, sobretudo, a sólida produção docente, revelada por importantes artigos de doutrina divididos entre todos os Departamentos integrantes da Faculdade.

*Consolidavam-se passo a passo, assim, as vocações da Revista, em simetria, acrescente-se aqui, com a maturidade do Programa de pós-graduação **stricto sensu** que, não por coincidência, abria sua primeira turma do embrionário e multidisciplinar Direito da Cidade em março de 1991.*

Desde então, Programa e Revista desenvolveram-se de mãos dadas ao longo da última década do século passado e esta constituía, por assim dizer, a via natural do escoamento dos textos produzidos em meio à robustez editorial das escolas de pensamento que caracterizam as linhas de pesquisa daquele, colaborando para a criação das respectivas identidades culturais a permear todos os segmentos da Faculdade.

Hoje, posto que consagrado e reconhecido como padrão de excelência no sistema nacional de pós-graduação, o Programa se revisa e redimensiona à luz dos novos desafios impostos pelos anseios da comunidade acadêmica em geral, tendo logrado significativa modificação em 2007.

Prosseguindo no paralelismo destacado, 2007 é o ano que marca o início das ações concretas para debelar a paralisação indesejada dos trabalhos da Revista, delineando-se – no âmbito da nossa Coordenação do Programa e do seu Colegiado, que tivemos a honra de presidir –, a formalização da decisão pela retomada da Revista da Faculdade de Direito com a manutenção do ISSN (original), e o deflagrar dos processos de consultas à CAPES (Qualis), da licitação entre as editoras (sagrando-se vencedora a Juruá), das reuniões de definição do projeto adotado, da busca do financiamento, dos pedidos de contribuições, da seleção e distribuição dos artigos nos volumes conforme a cronologia

adequada, e tudo o mais que já foi feito para que a Revista esteja agora, pronta e atualizada, em suas mãos.

No entanto, o êxito final somente ocorreu, para além das ações administrativas aludidas no parágrafo acima, graças a todos os professores e alunos que, confiando no projeto, encaminharam os belos textos ora publicados, a quem agradecemos de modo geral, mas com toda a ênfase, na impossibilidade de destacar um por um. Nomeadamente o fazemos, porém, em relação a quatro ilustres professores da Faculdade. Patrícia Gliocche tem sido e é a pessoa cujo esforço desmedido pôde materializar a vontade coletiva: sem sua presença em todas as etapas do processo a Revista simplesmente não aconteceria. Também não aconteceria sem o substancial apoio material, de, em ordem alfabética, Carlos Roberto Siqueira Castro, Gustavo Tepedino e Luís Roberto Barroso, que, demonstrando grandeza de personalidade e espírito público, prontamente ocorreram ao chamamento quando da passagem do pires.

Do sonho à ação e o resultado aqui está! O beneficiário maior é o próprio público leitor. Aliás, é em seu favor que paramos por aqui essas breves linhas de apresentação, atentos ao conselho do personagem Brás Cubas, de Machado de Assis, que ao narrar suas memórias, mesmo que de lá "do outro mundo", admitia em tom confessional ainda esperar "angariar as simpatias da opinião, e o primeiro remédio é fugir a um prólogo explícito e longo", para arrematar logo em seguida que "o melhor prólogo é o que contém menos coisas".

Bem vistos os fatos, a recuperação da Revista se insere em contexto mais amplo da responsabilidade da comunidade acadêmica quanto às novas realidades e exigências impostas pela contemporaneidade. O reclamar de dinamismo, a rigor, marca também o renascimento da Revista: daqui para frente, sua agenda é extensa. Os requisitos de adequação, os parâmetros de controle tornam-se, a cada dia, crescentes e mais rigorosos. Na administração hodierna só é mesmo perene a tônica da reconstrução, revisando-se e aperfeiçoando-se permanentemente as práticas a bem da otimização do resultado final. A sabedoria de Adilson Rodrigues Pires na coordenação do Programa e a competência de Heloisa Helena Barboza na direção da Revista, aos quais passamos o bastão, constituem a própria tradução da máxima. Vida longa à Revista da Faculdade de Direito da UERJ!

SUMÁRIO

Direito Civil

Princípios do Biodireito

Heloisa Helena Barboza 11

Direito Comercial do Trabalho

Les sociétés brésiliennes et le régime de l'investissement étranger

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves 31

Direito do Estado

A Constituição de 1988, a dignidade humana e o direito à educação

Ana Paula de Barcellos 39

Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação

Luís Roberto Barroso 51

Nottebohm Revisited

Jacob Dolinger 89

Direito Penal

Reservas ao Estatuto de Roma – Uma análise do direito de reservas aos tratados multilaterais e seus reflexos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional

Artur de Brito Gueiros Souza 131

Direito Processual

Tutela dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos no Brasil e em Portugal

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes 163

Disciplinas Básicas

A idéia de pessoa humana e os limites do biodireito

Vicente de Paulo Barretto 205

A boa-fé nos contratos de licença de uso de *software*

Mauricio Mota 227

Alumni

Arbitramento do dano moral no novo Código Civil

Anderson Schreiber 269

ÍNDICE ALFABÉTICO 289

DIREITO CIVIL

PRINCÍPIOS DO BIODIREITO

Heloisa Helena Barboza¹

Sumário: 1. O Biodireito; 2. Princípios gerais de direito; 3. Princípios do Biodireito; 4. Referências.

1 O BIODIREITO

Existe o Biodireito? De que trata? A qual ramo do Direito se vincula? Esta pergunta tem sido feita insistentemente por todos que vislumbram no Biodireito apenas um “modismo”, sem função ou objeto definido. Para esse grupo, os inúmeros e inusitados problemas jurídicos gerados pela célere evolução da biotecnologia e da biomedicina devem encontrar resposta na Bioética e no direito existente, descabendo “inventar” novas regras.

O exame dos referidos problemas revela, porém, que tal entendimento não deve prosperar. Os sucessivos progressos nos diferentes campos da atividade socioeconômica, tecnológica e científica, em seu mais amplo espectro, exigem soluções jurídicas que desafiam sistemas, como o nosso, construídos em fins do século XIX, que à evidência não atendem às necessidades contemporâneas². Tais soluções surgem gradativamente, mediante legislação especial, orientada por princípios próprios, harmônicos com o ordenamento vigente ao qual devem se integrar. Esse conjunto, caracterizado pela interdisciplinariedade, não raro ganha feição de microssistema, não chegando realmente a constituir um novo “ramo do direito”. A congregação de regras dedicadas a uma determinada matéria, de modo codificado ou não, não é nova no direito brasileiro. Assim ocorreu com a legislação previdenciária, agrária, habitacional, securitária, am-

¹ Professora Titular de Direito Civil da UERJ.

² AMARAL, Francisco afirma nesse sentido: “... nada mais do que um fértil processo de mudanças jurídicas, impostas pelos problemas da sociedade tecnológica, que tornou extremamente complexo o relacionamento social e impôs crescentes desafios às estruturas herdadas do século XIX.. A resposta a esses desafios exige dos juristas e, particularmente, dos nossos civilistas um esforço de reflexão epistemológica que lhes permita, a partir do conhecimento do direito brasileiro na sua gênese e evolução, elaborar novos modelos que atendam às necessidades crescentes da sociedade contemporânea”. *Anais do Encontro Regional do Conpedi e I Simpósio de Bioética e Biodireito*. Londrina, 25 a 27.05.1997, p. 12.

biental, consumerista, dando origem ao Direito Previdenciário, Agrário, e assim por diante. O mesmo vem se verificando com relação aos fenômenos resultantes da verdadeira revolução que a biomedicina e a biotecnologia têm provocado, os quais vêm sendo debatidos vivamente pela Bioética.

1.1 Bioética

A própria Bioética foi, na última década, objeto de igual questionamento. Indica-se que o termo foi criado e posto em circulação em 1971, no título do livro do oncologista americano Van R. Potter – **Bioethics, Bridge to the Future**, referindo-se a uma nova disciplina que deveria permitir a passagem para uma melhor qualidade de vida³. Contudo, em sua rápida difusão a expressão adquiriu significado específico e científico de “*uma nova dimensão da pesquisa no campo dos estudos acadêmicos*”, surgindo, em menos de uma década, como disciplina autônoma em universidade italiana⁴, além de institutos dedicados a sua investigação. Em sua concepção alargada passou a designar os problemas éticos gerados pelos avanços nas ciências biológicas e médicas⁵, problemas esses que atingiram seu auge no momento em que se começou a divulgar de modo amplo, certamente em proporção direta com o acelerado desenvolvimento dos meios de comunicação, o poder do homem interferir de forma eficaz nos processos de nascimento e morte, que até então apresentavam “momentos” ainda não “dominados”. Talvez essa possibilidade – de controle da vida – mais do que qualquer outra tenha despertado a humanidade para a necessidade de preservá-la, estabelecendo limites para o atuar do cientista.

Em sentido bastante estreito, Bioética é a “*ética da vida*”. A Enciclopédia de Bioética de 1978 a define como: “*estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e do cuidado da saúde, quando esta conduta se examina à luz dos valores e dos princípios morais*”. Nestes termos, constitui um setor da “*ética aplicada*”, movimento intelectual que surgiu nos Estados Unidos nas últimas décadas e que promove a reflexão filosófica sobre problemas morais, sociais e jurídicos propostos pelo desenvolvimento da civilização tecnológica contemporânea⁶. Na verdade, a “*questão bioética*” de há muito está posta, embora no último século tenha se agravado. Basta lembrar o movimento eugênico do início do século XX que animou a criação em diversas nações de sociedades com este fim, a primeira delas em 1907, em Londres (Eugenics Education Society). Essa tendência à melhoria da raça impulsionou ações moralmente regressivas,

³ FROSINI, Vittorio. **Derechos Humanos y Bioética**, p. 75.

⁴ FROSINI, Vittorio. Ob. cit. Esclarece o autor que se iniciou em 1983 o ensino da disciplina de bioética na Faculdade de Medicina e Cirurgia da Universidade Católica do Sagrado Coração em Roma.

⁵ ATIENZA, Manuel. **Juridificar la Bioética**, p. 64.

⁶ FROSINI, Vittorio. Ob. cit., p. 75.

como a adotada pelos Estados Unidos onde se esterilizaram muitas pessoas, a maioria contra sua vontade, por serem consideradas delinquentes ou retardados mentais, culminando as ações desse tipo com os sinistros e vergonhosos programas nazistas de melhoria da raça ária, promovidos pela Alemanha⁷. Nessa linha pode-se indicar, como emblemática, a utilização de armas nucleares e biológicas. Na verdade, antigas e não resolvidas questões como a do aborto e a da eutanásia foram realimentadas com o advento das técnicas de reprodução assistida e dos transplantes de órgãos e tecidos.

Os antigos e novos problemas apresentaram-se, durante cerca de setenta anos, sem que ocorresse, ao menos concomitantemente, expressa discussão *sistemática* dos aspectos bioéticos. Em outras palavras, constata-se que mais de meio século foi necessário para que se sistematizasse, ou se tentasse sistematizar, a análise e a discussão de uma série de situações decorrentes dos avanços da tecnologia, da biotecnologia e da biomedicina que se imbricam e põem em xeque valores morais, por suas gravíssimas consequências para a continuidade da vida.

Talvez esse o maior mérito da Bioética: sistematizar (ou ao menos tentar) o tratamento de questões diversas, mas que devem guardar entre si, necessariamente, princípios e fins comuns. Já se assinalou que as ameaças que pendem sobre a vida no planeta Terra e especialmente sobre a espécie humana derivam do grau diferenciado de desenvolvimento entre as ciências da natureza e as da sociedade. Enquanto importantes conquistas das primeiras podem eliminar, mediante guerra nuclear ou por contaminação da atmosfera, o suporte da biosfera, as segundas foram incapazes de propor dispositivos institucionais aptos a evitar tais consequências potenciais e funestas: a humanidade foi incapaz de inventar um modelo organizacional adequado às circunstâncias técnico-científicas de nossa era. Essas reflexões são perfeitamente válidas no campo dos avanços da biomedicina e da biotecnologia que têm buscado, sem encontrar, apoio de outras disciplinas para acomodar seus rumos, como se reiterou no Colóquio da Unesco em 1975:

um dos problemas mais importantes que se propõem em todo mundo reside em que as ciências sociais e as do comportamento não progrediram no mesmo ritmo das ciências naturais e biológicas. Disso resultou que seus efeitos na reflexão filosófica e moral, incluídos códigos religiosos, éticos e civis, ficaram limitados. Com efeito, durante muito tempo ditas ciências ignoraram, em geral, a necessidade de reajustar os sistemas de valores em função das estruturas da sociedade moderna. Por isso viram minugar sua capacidade de influir de maneira apropriada nos sistemas políticos e sociais das coletividades e, por sua vez, na direção e aplicação do progresso tecnológico⁸.

⁷ MATEO, Ramón Martín. **Bioética y Derecho**, p. 19-20.

⁸ MATEO, Ramón Martín. Ob. cit., p. 29-30.

Diante de tal quadro, já se pode constatar o importante papel da Bioética, quer na definição antes referida, quer considerada como “*ramo da filosofia moral que estuda as dimensões morais e sociais das técnicas resultantes do avanço do conhecimento nas ciências biológicas*”⁹. Como um dos seus primeiros resultados pode-se considerar a formulação dos “princípios da bioética” em torno dos quais tem havido importante consenso e que passaram a constituir o ponto de partida obrigatório para qualquer discussão a propósito da eutanásia, dos transplantes de órgãos, do genoma humano, da experimentação em humanos, do emprego das técnicas de reprodução assistida e de todas as demais questões que se possam enquadrar dentro do amplíssimo espectro que tem sido reconhecido à Bioética, a envolver, a um só tempo, desde a codificação do genoma humano até o equilíbrio ambiental.

O estabelecimento dos mencionados princípios da bioética decorreu da criação pelo Congresso dos Estados Unidos de uma Comissão Nacional encarregada de identificar os princípios éticos básicos que deveriam guiar a investigação em seres humanos pelas ciências do comportamento e pela biomedicina. Iniciados os trabalhos em 1974, quatro anos após publicou a referida Comissão o chamado Informe Belmont, contendo três princípios: a) o da autonomia ou do respeito às pessoas por suas opiniões e escolhas, segundo valores e crenças pessoais; b) o da beneficência que se traduz na obrigação de não causar dano e de extremar os benefícios e minimizar os riscos; c) o da justiça ou imparcialidade na distribuição dos riscos e dos benefícios, não podendo uma pessoa ser tratada de maneira distinta de outra, salvo haja entre ambas alguma diferença relevante. A esses três princípios de Tom L. Beauchamp e James F. Childress acrescentaram outro, em obra publicada em 1979¹⁰: “*o princípio da ‘não maleficência’, segundo o qual não se deve causar mal a outro e se diferencia assim do princípio da beneficência que envolve ações de tipo positivo: prevenir ou eliminar o dano e promover o bem, mas se trata de um bem de um contínuo, de modo que não há uma separação significante entre um e outro princípio*”¹¹.

A formulação de tais princípios se dá de modo amplo, para que possam reger desde a experimentação com seres humanos até a prática clínica e assistencial. Sua observância deve ser obrigatória, sempre e quando não entrem em conflito entre si, caso em que se hierarquizam conforme a situação concreta, o que significa dizer que não há regras prévias que dêem prioridade a um princípio sobre outro, havendo necessidade de se chegar a um consenso entre todos os envolvidos, o que constitui o objetivo fundamental dos comitês institucionais de ética.

⁹ BARRETO, Vicente. *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*. Direção de André-Jean Arnaud. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

¹⁰ *Principles of Biomedical Ethics*. Oxford University.

¹¹ ATIENZA, Manuel. Ob. cit., p. 64-65.

Embora não constituam regras precisas ou hierarquizadas e tenham positivamente conteúdo vago, há em torno dos princípios da bioética consenso, fato que lhes tem conferido observância bastante significativa em campo ainda tão instável.

1.2 Surgimento do Biodireito

Os constantes debates bioéticos, contudo, não tiveram o condão de reduzir, muito menos estancar, o turbilhão técnico-científico que, a cada dia, apresenta fatos desafiadores para todos os ramos do conhecimento humano, em particular para o Direito. A reprodução humana passa a ser “assistida” interferindo a medicina e a biologia em processo até então “natural”, impondo, a um só tempo, a revisão, se não a criação de um novo conceito de pessoa, pai, mãe, filho. Perplexo o jurista brasileiro assistiu a esse *crescendo* de “inovações”, dispondo apenas de legislação destinada à família do fim do século XIX e que, a muito custo, veio sendo adaptada à realidade social vigente, não obstante focos de resistência à nova ordem jurídica estabelecida pela Constituição de 1988, a qual, de todo sensível às exigências do seu tempo, fixou as bases sobre as quais deve ser edificado o direito de família.

Se de um lado as técnicas de reprodução assistida afrontaram os conceitos de início da vida e da sua proteção jurídica, de outro os transplantes de órgãos e tecidos e a possibilidade de prolongamento da vida colocaram em xeque o conceito de morte. Paradoxalmente, a eutanásia volta à pauta de debates, em nome do direito a uma “morte digna”.

A possibilidade de “mudança de sexo”, pelo menos em seus aspectos externos e sociais, abala categorias jurídicas que pareciam imutáveis, exigindo exaustivo e tormentoso trabalho de harmonização entre o direito e as exigências sociais e morais: admitir ou não tais alterações? em que limites e efeitos?

O seqüenciamento do genoma humano acena com uma série de benefícios, mas revela insuficiente a proteção jurídica existente, na medida em que desafia categorias e institutos que, a rigor, não comportam em sua totalidade os bens jurídicos envolvidos.

A clonagem terapêutica, uma real possibilidade, e a reprodutiva, anunciada para breve, aumentam o rol de perplexidades, especialmente essa última modalidade, a destruir os limites da individualidade e da identidade.

O forte abalo nas relações interpessoais percute profundamente no comércio social, que sofre por sua vez interferências “maiores”, desde as decorrentes da cadeia de produção dos transgênicos, até profundas alterações ambientais. Enfim, todos esses fatores, de tão diferenciadas origens, atuam diretamente na qualidade de vida do ser humano, ameaçando sua própria existência, exigindo eficaz regulamentação jurídica.

Mesmo diante de uma corrente que lhe nega reconhecimento, a imposição dos fatos faz com que o Biodireito, pouco a pouco se afirme, reunindo doutrina, legislação e a jurisprudência próprias, regulando, enfim, a conduta humana face aos avanços da biotecnologia e da biomedicina. Todavia, para melhor compreensão de seu conteúdo e complexidade, necessárias se fazem algumas reflexões.

Ramón Martín Mateo, ao discorrer sobre a dimensão moral das ciências da vida, esclarece que, embora pareça que as ciências em geral, ao menos em seu aspecto investigatório, não devam ter restrições intrínsecas, sempre se vetaram determinadas práticas, por razões religiosas, éticas ou culturais, havendo na atualidade uma série de regras que, se não condicionam o exercício da inteligência, ao menos restringem alguns experimentos e certas aplicações práticas da medicina. Tais normas restritivas por vezes têm um componente espiritualista, como o respeito à vida ou o livre arbítrio, mas em alguns casos atendem preocupações inerentes aos próprios riscos da descoberta, como na hipótese de novas bactérias ou vírus. Certo é que na maioria dos casos, a adequação dos comportamentos científicos à axiologia extracientífica se produz de forma espontânea, por meio de autorestrições e controles autônomos, o que nem sempre é suficiente, devendo ser aclarados externamente de alguma maneira os modelos que vão ser adotados. Segundo ainda Mateo, para tais casos não basta a invocação da consciência pessoal, que precisa de referências coletivas. Para isso devem ficar estabelecidos os valores que a sociedade, em um momento histórico determinado, considera relevantes e merecedores portanto de proteção, o que superará além do jogo de convicções particulares, a determinação do permitido ou do obrigatório, transcendendo o sistema de proibições¹².

A difícil tarefa de estabelecer esses valores tem sido desempenhada pelo Direito, embora o rápido desenrolar dos acontecimentos, não raro atrepele o ordenamento, exigindo do jurista esforço interpretativo para adequar as normas existentes às novas situações, mantendo íntegro o sistema vigente, fato que tem se acentuado nas últimas décadas, graças ao acelerado desenvolvimento tecnológico e biomédico, como acima referido. Cabe ao Direito, através da lei, entendida como expressão da vontade da coletividade, definir a ordem social, na medida em que dispõe dos meios próprios e adequados para que essa ordem seja respeitada. Contudo, em alguns casos essa definição é dificultada porque certos princípios estruturais do Direito são fundados na representação implícita do destino biológico do homem como a indisponibilidade do corpo ou a fronteira entre as pessoas e as coisas, o que não é mais necessariamente compatível com o novo domínio do homem sobre o seres humanos¹³. Além disso, a regulamentação de determinadas situações colocará em discussão, certamente, problemas

que ela não resolverá: a criação de um estatuto sobre o embrião implicará em debates envolvendo o momento de início da vida, a existência ou não do direito a se ter um filho, e mesmo o aborto. Outra dificuldade reside no tipo de norma que deve ser adotada: leis gerais, fixando grandes princípios, ou mais casuísticas. De qualquer modo, as leis sobre a bioética deverão ser, na medida do possível, “flexíveis” para atender as evoluções futuras da ciência.

Esclarece Lavialle que adaptar a lei não significa que essa deva evoluir ao sabor dos progressos científicos, fornecendo conceitos adaptados às mudanças sociais que a pesquisa científica induz na definição de vida, visto que isso seria reduzir o direito a uma função instrumental, livre de todas as referências a valores. Em outras palavras, não basta ao direito adaptar as categorias jurídicas existentes ou formular novas regras para apreender as novas técnicas e relações interpessoais delas decorrentes, pois isto seria colocar o direito à reboque da ciência, subvertendo ou desconhecendo sua natureza científica dotada de princípios, métodos e formulações próprios. Observe-se que, ainda que um imperativo deontológico fosse reconhecido e rigorosamente respeitado pelos profissionais, problemas estritamente jurídicos não seriam resolvidos, como os relativos à filiação, o acesso a determinadas informações, a disponibilidade do corpo. Não é suficiente, portanto, a existência de regras. O direito não é somente um conjunto de regras, de categorias, de técnicas: ele veicula também um certo número de valores. Por conseguinte, se o direito deve evoluir para dar conta dos progressos científicos e assim se adaptar aos avanços médicos que permitem mudar a vida e não apenas prolongá-la, deve necessariamente ordenar essas intervenções sobre o homem. O sistema jurídico é feito de regras que constróem uma sociedade fundada em certos valores, tais como a liberdade ou a igualdade que geram uma concepção de homem. O direito é a regra que uma sociedade se dá. As intervenções sobre o corpo humano, como as técnicas de reprodução assistida, as manipulações genéticas, as experimentações em humanos, os transplantes e a clonagem conduzem automaticamente a uma reificação do ser humano, se mantidas determinadas categorias clássicas do direito. Os estabelecimento de regras sobre esses fatos poderá manter esse entendimento ou definir novas categorias, ou adaptar as existentes de modo a assegurar a permanência do primado da pessoa humana, pedra-de-toque de nossa civilização jurídica, sobre toda visão reducionista que faz com que perca sua singularidade absoluta¹⁴.

2 PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO

As breves considerações acima feitas conduzem à conclusão de que a questão de fundo do Biodireito assenta, necessariamente, nos valores eleitos pelo sistema jurídico vigente, nos princípios gerais que traçam sua base estrutural.

¹² MATEO, Ramón Martín. Ob.cit., p. 15-16.

¹³ LAVIALLE, Christian. *De la difficulté à légiférer sur le vivant*. De la bioéthique au bio-droit. Coord. de Claire Neirinck, p. 13.

¹⁴ LAVIALLE, Christian. Ob. cit., p. 14-17.

Adverte Perlingieri ser extremamente difícil encontrar um “critério de identificação” adequado para noção de *valor*, visto que os diferentes critérios estão comprometidos menos com a “realidade efetiva” e mais com “especulações de regulamentação singulares”, que acabam por representar apenas um de seus aspectos. Enfatiza o citado autor que “valor é unitário”, mas resultado de um critério sincrético decorrente de múltiplos aspectos, todos concorrentes: políticos, sociológicos, filosóficos, jurídicos¹⁵.

Os denominados “princípios gerais de direito”, por sua vez, constituem tema de tormentosa abordagem. Boulanger, citando Japiot, bem detectara tal dificuldade ao afirmar que “*os princípios haurem parte de sua majestade no mistério que os envolve*”¹⁶. Frequentemente referenciados, nem sempre recebem tratamento sistemático que permita sua adequada compreensão. Como esclarece Tepedino, os princípios dispostos na Constituição não se confundem, em qualquer hipótese, com os princípios gerais de direito de que trata o art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil¹⁷. Indispensável, pois, exame da matéria.

O conceito jurídico de princípio, idéia que “deriva da linguagem da geometria”, “onde designa as verdades primeiras”, têm variado conforme os momentos históricos. Os entendimentos oscilam desde o seu reconhecimento como uma verdade jurídica universal ou como orientações de caráter geral e fundamentais que servem de inspiração e base à formação das leis, até o resultado de um processo de “decantação” dessas leis, tendo poder normativo, ainda que não expresso¹⁸. Por um lado, assumem caráter “gerador” do direito, fonte original, e por outro o papel de fonte subsidiária, destinada a preservar o dogma da completude do sistema jurídico, tendo, portanto, natureza híbrida, flexível. Tal compreensão acabou por se revelar insuficiente, a partir do estabelecimento de “princípios gerais” pela Constituição, configurando seus postulados básicos, seus fins, “*as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui*”¹⁹.

Elevados ao topo da hierarquia legal, não mais seria possível atribuir-lhes natureza de fonte secundária do direito. O exame superficial da questão levaria à conclusão da existência de duas categorias: uma de “princípios gerais do direito”, que não constituiriam norma à parte, norma nova, pois estariam contidos

nas normas legais ou costumeiras²⁰, e outra de “princípios constitucionais”, normas jurídicas que “*espelham a ideologia da Constituição*”²¹.

Esclarece Bonavides haver três fases na teorização dos princípios: a jus-naturalista, a positivista e a pós-positivista. Na primeira, mais antiga e tradicional e que dominou a dogmática por longo período, “*os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça*”²².

Na segunda, marcada pelo império do positivismo, há a inserção dos princípios nos Códigos, como fonte normativa subsidiária, “válvula de segurança” que “garante o reinado absoluto da lei”. Figuram os princípios gerais nos Códigos por força do referido processo de “decantação da lei”, com a função de “*estender sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo*”²³. Essa a concepção civilista predominante no início do século XX, estampada no art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Espinola, ao comentar o mencionado art. 4º, refere-se à “*atividade do intérprete para dar solução às questões, na omissão das fontes formais*”²⁴.

Afirma Bonavides que a terceira fase – pós-positivista – corresponde “*aos grandes momentos constituintes das últimas décadas*” do século XX, sendo a tônica das novas Constituições a hegemonia axiológica dos princípios, “*convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais*”²⁵.

²⁰ Nesse sentido San Tiago DANTAS (ob. cit., p. 56) esclarece: “De maneira que os princípios gerais de Direito não constituem uma fonte de Direito independente da lei ou do costume; é a própria norma, costumeira ou legal que o juiz está aplicando, depois de submetê-la a um raciocínio indutivo que lhe permitiu distinguir os princípios que nela estavam incluídos”.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit., p. 141.

²² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 228-229.

²³ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 235, citando Gordillo Cañas. Transcreve ainda o entendimento de Flórez-Valdés, segundo o qual “*estes princípios se induzem por via de abstração ou de sucessivas generalizações, do próprio Direito Positivo, de suas regras particulares...* Os princípios, com efeito, já estão dentro do Direito Positivo e, por ser este um sistema coerente, podem ser inferidos do mesmo. Seu valor lhes vem não de serem ditados pela razão ou por constituírem um Direito Natural ou ideal, senão por derivarem das próprias leis”.

²⁴ Afirma ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo (A *Introdução ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. v. 1º, p. 109-110): “quando a lei ou o costume, convenientemente interpretados, não fornecem uma disposição, que possa disciplinar a espécie de fato submetida a exame, e não haja possibilidade de, naturalmente, sem qualquer expediente lógico, que force a adaptação a preceito de lei, regulador de caso análogo, o intérprete, não podendo deixar a questão sem solução, é levado a desenvolver a atividade indispensável, para fixar a regra, com que a decidirá. Para isso, terá de buscá-la noutra fonte; e, sendo certo que a analogia não pode ser considerada fonte de direito, com caráter próprio, ...se se tem precisão de recorrer a elementos absolutamente estranhos às duas fontes formais, para obter o preceito disciplinador, e, já que, nessa contingência, serão os princípios gerais do direito o elemento fornecedor da regra, podem ser considerados verdadeira fonte supletiva”.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 237.

¹⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*, p. 30.

¹⁶ BOULANGER, Jean. *Principes Généraux du Droit et Droit Positif*. In: *Le Droit Privé Français au Milieu du Xxe. Siècle, Études offertes à Georges Ripert*. Paris, 1950. t. I, p. 51. *Apud* BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 239.

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 208.

¹⁸ Afirma San Tiago DANTAS (*Programa de Direito Civil Teoria Geral*. Revisada e atualizada por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 55): “... quando estudamos o que era o trabalho do dogmatista e vimos que, justamente, ele trata de retirar das normas jurídicas os seus princípios gerais, aqueles conceitos que estão incluídos na norma e que não ele não põe em evidência”.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 141.

Assinala o mesmo autor, invocando a doutrina de Bobbio, que o juspositivismo acabou por estabelecer a “irrelevância jurídica” dos princípios, ao transformar os princípios constitucionais em “meras pautas programáticas supralais”. Segue, transcrevendo Bobbio, segundo o qual: “os princípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. O nome de princípios induz em engano, tanto que é velha questão entre juristas se os princípios são ou não normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as demais”²⁶.

Para Bonavides, o reconhecimento dos princípios como norma jurídica constitui o “passo mais largo dado pela doutrina contemporânea” para sua caracterização, conduzindo a velha hermenêutica constitucional “a caminho de uma ab-rogação doutrinária irremediável”²⁷.

De acordo com Boulanger, “há entre princípio e regra jurídica não somente uma disparidade de importância, mas uma diferença de natureza. Uma vez mais o vocabulário é a fonte de confusão: a generalidade da regra jurídica não se deve entender da mesma maneira que a generalidade de um princípio”, visto que a regra jurídica é geral se for estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos, mas sob certo aspecto é especial, na medida em que é editada contemplando uma situação jurídica determinada. “O princípio, ao contrário, é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações”²⁸.

Nessa linha, e filiando-se à doutrina de Esser, Alexy, Dworkin e Crisafulli, assevera Bonavides “que os princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e as regras”²⁹, a norma constitui o gênero, do qual o princípio e a regra são espécies. Acrescenta corresponderem os princípios gerais, em sentido e substância, aos “princípios constitucionais” e “às disposições de princípios”, “terminologia mais em voga entre os Mestres do Direito Público contemporâneo”³⁰, sendo, segundo critério proposto por Alexy, as normas dotadas de alto grau de generalidade relativa, enquanto que as regras, igualmente normas, têm grau relativamente baixo de generalidade³¹.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 236.

²⁷ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 232.

²⁸ BOULANGER, Jean. “Principes Généraux du Droit et Droit Positif”. In: Le Droit Privé Français au Milieu du Xxe. Siècle, Études offertes à Georges Ripert. Paris, 1950. t. I, p. 51. Apud BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 239-240.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit., p. 141, afirma: “É importante assinalar ...que já se encontra superada a distinção que outrora se fazia entre norma e princípio. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípio e as normas-disposição ... também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema”.

³⁰ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 243-245-248.

³¹ ALEXY, Robert. Theorie der Grundrechte. Apud BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 249, que transcreve exemplo dado pelo autor alemão: toda pessoa desfruta da liberdade de crença, como norma com um grau relativo de alta generalidade, enquanto a norma sobre esse direito que todo preso possui de fazer proselitismo em favor de suas crenças junto doutros presos seria ilustração.

Registra Bonavides, com base em F. de Castro, que os princípios, enquanto valores, além de constituírem o “critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada”, exercem funções de extrema importância, quais sejam: a) a de “fundamento da ordem jurídica”, com “eficácia derogatória e diretiva”; b) a de “orientadora do trabalho interpretativo”; c) a de “fonte em caso de insuficiência da lei e do costume”, essa, naturalmente, antiga e tradicional. A essas três funções acrescentou Bobbio uma quarta: a função limitativa, sendo o grau de “intensidade vinculante” dos princípios máximo no exercício das funções limitativa e integrativa e “diminuto ou declinante” nas funções interpretativa e diretiva³².

De acordo, ainda, com Alexy, a distinção entre princípio e regra se faz mais nítida havendo colisão de princípios ou conflito de regras, hipóteses em que as duas normas existentes, se aplicadas *de per si*, conduzem a resultados incompatíveis, contraditórios. O conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma regra de exceção, que o remova, for introduzida em uma das conflitantes ou se uma delas for declarada nula. Já se algo é vedado por um princípio e permitido por outro, configurando a colisão, um dos princípios deve recuar, sem declaração de nulidade ou interferência de cláusula de exceção, visto que os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, devendo preponderar o de maior peso, ou seja, o de maior valor. Os conflitos de regras se desenvolvem na dimensão da validade; a colisão de princípios, na dimensão do valor³³.

Barcellos apresenta substancial proposta de distinção entre princípios e regras, agregando, em caráter auxiliar, aos critérios já existentes dois aspectos das normas jurídicas: os efeitos que pretendem produzir e os meios aptos a alcançar esses efeitos. Conclui, de modo fundamentado a autora, que os princípios se diferenciam das regras porque “(i) seus efeitos são indeterminados a partir de certo ponto, ao contrário das regras, e/ou porque (ii) os meios para atingir os efeitos pretendidos pelo princípio (mesmo que sejam definidos) são múltiplos”³⁴.

A síntese da evolução do conceito de princípio é feita por Bonavides, ao analisar as distintas dimensões dos princípios, considerados como *normas-chaves* de todo sistema jurídico em seu substancial estudo sobre a matéria, afirmando que “de antiga fonte subsidiária de terceiro grau nos Códigos, os princípios gerais, desde as derradeiras Constituições da segunda metade deste século, se tornaram fonte primária de normatividade, corporificando do mesmo passo na ordem jurídica os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional”³⁵.

³² BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 255.

³³ ALEXY, Robert. Ob. cit. Apud BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 251.

³⁴ BARCELLOS, Ana Paula. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 40-57.

³⁵ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 254.

O entendimento acima exposto harmoniza-se com o pensamento jurídico atual. Esclarece Enterria, após discorrer sobre os pontos que marcam a revisão do positivismo legalista que prevaleceu durante o último século e meio da ciência jurídica, que o pensamento jurídico ocidental está sendo conduzido a uma “concepção substancialista e não formal do Direito”. O ponto de penetração dessa concepção se encontrou nos princípios gerais de direito, mais do que em uma metafísica da justiça ou em uma axiomática da matéria legal. Os princípios tornam-se, por conseguinte, expressão de uma justiça material, tecnicamente especificados em função dos problemas jurídicos concretos e suscetíveis. Têm, portanto, funcionamento seguro e controle, sem os quais se volatilizariam, se o lugar tradicional da lei fosse substituído por uma abstrata e indeterminada invocação da justiça, da consciência moral ou da discricionariedade do juiz. Aduz Enterria que

*essa técnica ou “jurisprudencia principal” está por esse motivo muito longe dos movimentos românticos e naturalistas do “Direito livre” (Derecho libre), da Sociologia Jurídica (Rechtssoziologie), do behaviorismo ou legal realism, do pragmatismo da jurisprudência de interesses, que em busca de valores materiais e para fugir do ambiente rarefeito do legalismo estrito, dissolviam a complexa objetividade e positividade do Direito*³⁶.

Não fossem todas as razões expostas suficientes para esclarecer a natureza dos princípios gerais – “norma-valor”, outro entendimento não seria possível diante da Constituição da República vigente que atribui aos princípios gerais “valoração normativa suprema”, consolidando a “total hegemonia e preeminência dos princípios”³⁷.

3 PRINCÍPIOS DO BIODIREITO

Estruturar o Biodireito requer, antes de mais nada, ter em mente que não se pode reduzir o direito a um papel meramente instrumental, substituindo, como já se afirmou “os direitos do homem pelos direitos de um homem em função de suas predisposições genéticas”³⁸. Não se cuida, simplesmente, de encontrar um “correspondente jurídico” para Bioética, mas de estabelecer quais as normas jurídicas que devem reger os fenômenos resultantes da biotecnologia e da biomedicina, também disciplinados pela Bioética. À evidência, não se deve, em momento algum, preterir a Bioética que há muito vem construindo o suporte ético para as novas relações e do qual o Direito não pode prescindir. Apenas, insista-se, não se trata da mera transposição de normas bioéticas para o Direito;

essas podem ser observadas e mesmo orientar a formulação de normas jurídicas, desde que não colidam com os princípios de direito. Na verdade, a possibilidade de colisão parece remota, na exata medida da relação existente entre Ética e Direito. Contudo, não seria razoável resolverem-se conflitos jurídicos exclusivamente com fundamento em princípios da Bioética.

É certo que a Bioética, como lhe é próprio e em virtude da natureza dos problemas que lhe são submetidos, que lidam com a existência e a sobrevivência do gênero humano, tem conformação internacional, ao menos no ocidente. Tal aspecto porém em nada altera a reconhecida interrelação com o Direito. Boulanger, em 1952, afirmara que “separados por suas regras e seus conceitos, os diferentes direitos positivos se reúnem por seus princípios, que são o essencial..... a afirmação dos princípios é guiada por um instinto sobre o qual, mediante os direitos positivos da mesma família espiritual, os mesmos princípios aparecem”³⁹. No mesmo sentido, Esser destacava a “surpreendente semelhança substancial que apresentam as instituições das mais diversas estruturas nacionais e raízes históricas, quando são consideradas do ângulo dos princípios gerais determinados pelos problemas”, acrescentando que a possibilidade de comparação jurídica evidencia-se do fato das “representações jurídicas gerais sobre as quais se realiza o reconhecimento e a qualificação das instituições positivas de Direito nacional são, por conseguinte, uma peça da realidade jurídica que transcende os limites do Direito nacional”⁴⁰.

A tarefa de comparação não é simples, principalmente se considerados os valores que estão em jogo. A elaboração, interpretação e aplicação das normas exigirão o exercício pleno das funções dos princípios gerais antes referidas, em particular da “função limitativa” indicada por Bobbio, fazendo prevalecer os valores constitucionalmente estabelecidos. Oportuno o registro de Enterria, ao abordar o último estágio do grande processo de revisão crítica do positivismo, no sentido de que a sociedade atual não mais compartilha das idéias e esperanças surgidas com o advento do reinado absoluto da lei, construído sobre dogmas rousseaunianos, na medida em que “como resultado da experiência histórica imediata, começou a ver na lei algo em si mesmo neutro, que não só não inclui em seu seio necessariamente a justiça e a liberdade”, mas que com a mesma neutralidade pode converter-se na mais forte e formidável “ameaça para a liberdade”, incluindo uma “forma de organização do antijurídico”, ou até em um instrumento para a “perversão da ordem jurídica”⁴¹.

Considerando que a maioria dos fatos a serem regulamentados pelo Biodireito é “inédita”, não cogitados pelo ordenamento em sua formulação original,

³⁶ ENTERRIA, Eduardo García de. *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, p. 30-31. (tradução livre)

³⁷ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 248, 264-265.

³⁸ KAHN, Axel. *Apud* LAVIALLE, Christian. Ob. cit., p. 17.

³⁹ BOULANGER, Jean. La méthode de l'interprétation juridique. In: *Travaux de l'Association Henri Capitant*, VI. Paris, 1952. p. 63. *Apud* ENTERRIA, Eduardo García. Ob. cit., p. 32.

⁴⁰ ESSER, Joseph. Grundsatz. p. 15. *Apud* ENTERRIA, Eduardo García de. Ob. cit., p. 32.

⁴¹ ENTERRIA, Eduardo García de. Ob. cit., p. 27-28. (tradução livre)

torna-se imperiosa a fiel observância dos princípios vigentes, preservando-se os valores eleitos pela sociedade, que não podem sucumbir à sedução das – muitas vezes – *promessas* de realização de grandes e antigas aspirações humanas, como a imortalidade. Indispensável que cada um dos avanços científicos seja detida e meticolosamente analisado e refletido, sob pena de danos irreversíveis para a sociedade.

O objeto do Biodireito é matéria complexa, heterogênea e que confronta normas existentes que na maioria das vezes lhe são estranhas. Pode-se afirmar, contudo, que sua base principiológica está construída. A partir de 1988 instaurou-se no Brasil uma nova ordem jurídica que encontra na Constituição da República seus princípios estruturais. Tais *princípios constitucionais* ou *princípios gerais de direito* compreendem os valores primordiais de nossa sociedade, traduzindo, em sua maioria, direitos fundamentais do homem. Por sua natureza, conforme antes exposto, os princípios constitucionais devem constituir os *princípios do Biodireito*. Não sem razão, já se afirmou que a recepção nos textos constitucionais de uma série de valores fundamentais, como a vida, a dignidade humana, a liberdade e a solidariedade e sua proteção enquanto direitos, tornou-os pedras angulares da bioética moderna⁴².

Em consequência, não poderão as regras do Biodireito, a qualquer título, preterir esses princípios, verdadeiros balizadores da atuação do legislador. Como indicado, tem a Bioética princípios que lhe são próprios, mas a análise e regulamentação *jurídicas* dos problemas bioéticos, insista-se, deverão observar outra ordem de valores, outro método e diversa formulação, pertinentes ao direito.

Impõe-se observar que não há em nossa Constituição um capítulo “dedicado” ou “pertinente” à Bioética ou ao Biodireito. Na verdade, todas as disposições constitucionais relativas à vida humana, sua preservação e qualidade, estão imbricadas com o Biodireito, que não se restringe às questões atinentes à saúde, ao meio ambiente ou à tecnologia.

A título de mera reflexão sobre os temas de Biodireito referenciados acima, à luz dos princípios constitucionais, pode-se afirmar que há disposições mais diretamente vinculadas à matéria tratada no âmbito do Biodireito. Algumas de caráter mais geral, com eficácia derogatória e diretiva de todas as regras que envolvam o ser humano, estão compreendidas dentre os Princípios Fundamentais (CF/88, Título I), como o princípio do respeito à dignidade humana, fundamento da República (CF/88, art. 1º, III), outras dentre os Direitos e Garantias Fundamentais (CF/88, Título II), quais sejam: direito à vida, à igualdade, à saúde. Normas mais específicas encontram-se no Título Da Ordem Social (VIII), que dedica uma seção à saúde, qualificada como direito de todos e dever do Estado (art. 196), um capítulo ao meio ambiente (art. 225) e outro à família, à criança e ao idoso (art. 226).

⁴² MATEO, Ramón Martín. Ob. cit., p. 18-19.

A remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, assim como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, encontram princípio limitativo, de intensidade vinculante máxima, no art. 199, § 4º, da Lei Maior, que veda expressamente todo tipo de comercialização em tais atividades. A Lei 9.434, de 04.02.1997, ao disciplinar a matéria, permitiu a remoção – *gratuita* – de órgãos e partes do corpo humano para fins de transplante. O sangue, o esperma e o óvulo foram expressamente excluídos da regulamentação traçada pela lei. O sangue já encontrou disciplina própria, que também deixou expressa a exigência de gratuidade. A disposição de gametas ainda não foi regulamentada, mas deverá observar a vedação de todo tipo de comercialização, sob pena de inconstitucionalidade⁴³.

Nessa linha, a Lei de Biossegurança, Lei 8.974, de 05.01.1995, veio dar consecução à norma constitucional que reconhece a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo essencial à sadia qualidade de vida (CF/88, art. 225). Atribuiu o constituinte ao Poder Público o dever de assegurar a efetividade desse direito, especificando algumas medidas para tanto (CF/88, art. 225, § 1º), dentre elas: a obrigação de “*preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético*” (inc. II); e a de “*controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente*” (inc. V).

A Lei de Biossegurança regulamentou os referidos incs. II e V, e proibiu: a manipulação genética de células germinais humanas (art. 8º, II); a intervenção em material genético humano *in vivo*, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se princípios éticos, tais como o princípio da autonomia e o princípio de beneficência, e com a aprovação prévia da CTNBio (art. 8º, III); a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível (art. 8º, IV).

A primeira vedação impede a clonagem de seres humanos no Brasil, sem qualquer distinção, ou seja, quer se trate da denominada “clonagem reprodutiva”, quer da “clonagem terapêutica”. A matéria tem suscitado vivo debate⁴⁴, especialmente no que respeita à modalidade terapêutica, hoje uma real possibilidade, para fins de utilização de células tronco na “produção” e/ou “restauração” de órgãos. A norma constitucional regulamentada pela Lei 8.974/95 não é expressa como a referente aos transplantes, mas não se constata, a primeiro exame, discrepância da lei com sua orientação. Registre-se, porém, ser o assunto de alta complexidade a exigir análise específica.

⁴³ Sobre o assunto ver BARBOZA, Heloisa Helena. Direito ao corpo e doação de gametas. In: RIOS, André Rangel. *Bioética no Brasil et al.* Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1999. p. 41-52.

⁴⁴ O Superior Tribunal de Justiça (STJ) promoveu em 12, 13.11.2001 concorrido Seminário Internacional sobre Clonagem Humana – Questões Jurídicas.

O mesmo entendimento pode ser mantido com relação à intervenção em material genético humano *in vivo*. Observa-se na disposição em tela expressa referência a princípios bioéticos, nominados “éticos”, quais sejam, o da autonomia e o da beneficência. Como antes indicado, os princípios da Bioética não devem ser preteridos, em nenhum momento pelo Direito, assumindo na hipótese natureza de “pressupostos” ou “requisitos” legais para a intervenção.

Manteve o legislador, como se vê, bem definidos os âmbitos normativos, promovendo, porém, sua adequada integração, o quê é de todo louvável. Na verdade, os princípios da Bioética guardam, de modo geral, correspondência com princípios do Biodireito, sem prejuízo para a integridade metodológica quanto à sua aplicação, na medida da relação entre Direito e Ética, como antes assinalado, que revela identidade de valores.

Observe-se, porém, que essa correspondência não se verifica sempre e de forma exata. O princípio da autonomia que orienta o consentimento informado para a prática de atividades médicas compreende o conceito de capacidade que juridicamente encontra, por vezes, requisitos e aspectos próprios. O mesmo se dá com o princípio da beneficência. É o que se constata, notadamente, com relação aos incapazes. Os poderes do representante sobre a pessoa do incapaz são (mais do que sobre o patrimônio) limitados, especialmente no que se refere a intervenções e disponibilidade de partes do corpo. Ainda que recomendável, sob o ponto de vista médico, o procedimento somente poderá ocorrer mediante autorização judicial (Lei 9.263/96, art. 10, § 6º), excluída, à evidência, as hipóteses em que houver risco de vida. Os Tribunais, porém, têm divergido na matéria⁴⁵.

De igual modo, não se pode afirmar que o critério de aplicação do princípio da justiça adotado pelo legislador atenda o preconizado pela Bioética. No que se refere à Lei de Transplantes (Lei 9.434/97, regulamentada pelo Decreto 2.268/97), muito se tem debatido sobre qual deva ser a “diferença relevante” que autorize o tratamento diferenciado entre os que estão aguardando doação de órgãos, para que se mantenha a imparcialidade na distribuição dos riscos e dos benefícios.

De acordo com o princípio da “não maleficência”, não se deve causar mal a outro, aspecto que o diferencia do princípio da beneficência que envolve ações de tipo positivo: prevenir ou eliminar o dano e promover o bem. Não está bem claro o entendimento dos segmentos biomédicos quanto a esse princípio no que se refere à utilização de embriões humanos para retirada de células tronco e outras experiências que lhe causam a morte⁴⁶. O direito brasileiro, de acordo com a terceira vedação imposta pela Lei de Biossegurança, acima referida, que

⁴⁵ Na Apelação 92.948-1, j. em 14.04.1988, a 4ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo autorizou a intervenção (RT 630/87). Decidiu em sentido contrário a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação 596.210.153, j. em 06.08.1997.

⁴⁶ Filio-me à corrente que entende haver vida desde a concepção.

proíbe a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível, assumiu posição na matéria, que encontra amparo no princípio da dignidade humana. Todavia, a se manter esse entendimento, retorna-se a questão de alta complexidade, tendo em vista que o mesmo conduz a profundas indagações no tocante à clonagem terapêutica. Arduo tem sido o debate quanto ao embrião humano e necessariamente deverá o legislador se pronunciar quanto a sua forma de tutela, de modo mais abrangente, em respeito exatamente ao princípio da dignidade humana. Haverá valores de maior peso que autorizem superá-la?

Certo é que o direito deve fixar seus marcos referenciais, isto é, o momento do início e do fim da produção de efeitos jurídicos de cada fenômeno. Assim, nos processos que delimitam a existência humana – vida e morte – cabe ao direito estabelecer – para fins jurídicos – o momento em que ocorrem, ainda que esse seja distinto para outros fins e/ou ramos do conhecimento, como a medicina, a teologia. A ponderação de valores pelo direito, embora possa (e deva) tomar por base os princípios bioéticos, não fica a eles adstrita.

Por sua vez, as técnicas de reprodução humana assistida, de franca utilização entre nós, apresentam igualmente intrincadas questões que compreendem desde o destino a ser dado ao denominados “embriões excedentários”, que impõe o retorno aos debates acima referidos, até a difícil e indispensável ponderação dos princípios constitucionais diretamente incidentes sobre a matéria, todos de função limitativa e grau máximo de “intensidade vinculante”, quais sejam: o do melhor interesse da criança (CF/88, art. 227), o da plena igualdade entre os filhos (CF/88, art. 227, § 6º) e o da livre decisão do casal quanto ao planejamento familiar, fundado na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável (CF/88, art. 226, § 7º).

Não menos tormentosa será a atribuição dos “pesos” quando da regulamentação do genoma humano, especialmente de sua tutela, que poderá compreender todas as aplicações do DNA, particularmente no que respeita à disponibilidade e utilização desses dados. Devem ser considerados o princípio da dignidade humana, o direito à privacidade, o direito à saúde, o direito a informações de interesse pessoal, e principalmente o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, quando estes estiverem envolvidos. Não há no momento disciplina legal da matéria, exercendo as normas constitucionais função predominantemente integrativa.

Se de um lado a existência de princípios já assentes facilita de algum modo o trabalho do legislador, do intérprete e do aplicador do Biodireito, de outro a diversidade da matéria, sua extrema complexidade e sua larga abrangência, sem dúvida, exigirá-lhes-ão aprofundado conhecimento da ciência e do sistema jurídicos que poderão fornecer elementos para as soluções mais adequadas.

4 REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. **Anais do Encontro Regional do Conpedi e I Simpósio de Bioética e Biodireito**. Londrina 25 a 27.05.1997.
- ATIENZA, Manuel. **"Juridificar la Bioética". Bioética y Derecho**. Rodolfo Vázquez (Coord.). México: ITAM. 1999.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Direito ao corpo e doação de gametas. In: **Bioética no Brasil**. André Rangel Rios *et al.* Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1999.
- BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.
- BARRETO, Vicente. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito**. Direção de André-Jean Arnaud. Rio de Janeiro: Renovar. 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva. 1996.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1996.
- DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil – Parte Geral**. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho. **Cuadernos Civitas**. Madrid: Civitas, 1996.
- ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. **A Introdução ao Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. v. 1º.
- FROSINI, Vittorio. **Derechos Humanos y Bioética**. Bogotá: Temis, 1997.
- MATEO, Ramón Martín. **Bioética y Derecho**. Barcelon: Ariel, 1987.
- LAVIALLE, Christian. **De la difficulté à légiférer sur le vivant. De la bioéthique au bio-droit**. Claire Neirinck (Coord). Paris: L.G.D.J., 1994.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

DIREITO COMERCIAL DO TRABALHO

LES SOCIÉTÉS BRÉSILIENNES ET LE RÉGIME DE L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves¹

Quand on examine l'histoire de l'économie brésilienne depuis les années 40, on vérifie un mouvement pendulaire, alternant des périodes d'une politique libéraliste envers le capital étranger (surtout dans les années 50) et des périodes de nationalisation de sociétés, constitution d'entreprises publiques et ou des sociétés contrôlées par l'Etat (dans les décennies 60 et 70). Jusqu'à la fin de la deuxième guerre mondiale, le Brésil était une nation peu industrialisée et sa population était presque entièrement concentrée à la campagne. L'agriculture et l'élevage étaient les plus importantes activités économiques.

Dans les années 40, pendant le premier gouvernement de Getúlio Vargas, le responsable par l'installation de la sidérurgie au Brésil, les investissements étrangers ont augmenté rapidement et beaucoup d'industries s'y sont installées, comme les industries automobiliste et pharmaceutique.

Le président Juscelino Kubitschek, qui a gouverné entre 1956 et 1960, a lancé un plan de buts, dont on peut souligner une politique de facilitation à l'entrée du capital étranger et à l'association des compagnies brésiliennes avec des sociétés étrangères. Les investissements étrangers réalisés au gouvernement Kubitschek ont influencé les taux d'urbanisation et d'industrialisation et l'exode vers les villes a été une des plus significatives conséquences de la croissance économique.

La décennie 60 fut marquée par le changement de la politique économique précédente, celle-ci caractérisée par la prévalence de l'investissement privé et un minimum d'intervention par l'Etat. Les présidents de la République qui ont gouverné après le coup d'Etat de 1964, ont adopté une nouvelle politi-

¹ Professeur de Droit Commercial à la Faculté de Droit de l'UERJ.

que économique, ayant pour objectif l'augmentation de la présence du capital public dans des secteurs importants, comme les communications, transports, banques et électricité; des sociétés contrôlées auparavant par des groupes étrangers ont été nationalisées.

Un des objectifs de la politique nationaliste des années 60-70 fut d'assurer à l'Etat le contrôle des principaux secteurs de l'économie et d'avoir le droit d'interférer à la gestion des grandes entreprises, voire les sociétés par actions. Puisque les principales compagnies des secteurs-clef de l'économie étaient entièrement ou majoritairement contrôlées par le gouvernement fédéral ou par les états membres de la fédération brésilienne, les activités de ces compagnies avaient une forte liaison avec les plans nationaux de développement – les PND.

Les PND sont un trace très important de la planification de l'économie à la décennie 70, quoique officiellement et constitutionnellement le modèle économique était celui du libéralisme. Les résultats des PND sont positifs en ce qui concerne la consolidation de l'industrie brésilienne et la diminution de l'importation de certains produits. Toutefois, l'exécution des PND a augmenté davantage les différences entre les 10% plus riches et les 60% plus pauvres, à cause d'une mauvaise et perverse distribution des revenus et de la richesse produite par le pays – le PIB.

Après la fin du dernier gouvernement militaire, en 1985, un nouveau moment a commencé – celui du retour des investissements étrangers en large échelle, mais la croissance de l'inflation, et son explosion au début des années 90, accompagnée de l'échec des plusieurs plans économiques, augmentation du nombre de chômeurs et du risque-pays, ont nuit la confiance des investisseurs étrangers à la politique économique brésilienne et cette méfiance a influencé négativement le marché des valeurs mobilières brésilien.

L'élection du président Fernando Henrique Cardoso, en 1994, après les premiers six mois de la création d'un nouveau plan économique (le Plan Real) représente le début de l'ère des privatisations, ainsi nommé à cause des nombreuses privatisations qui ont été réalisées entre 1996 et 2002. Plusieurs compagnies entièrement ou majoritairement contrôlées par l'état ont été privatisées et la politique de jadis a été abandonnée, c'est-à-dire, de participation de l'Etat dans les plus importants secteurs de l'économie comme une procédure était nécessaire et indispensable à la sécurité nationale et au développement.

Une réforme constitutionnelle en 1995, pendant le premier mandat du président Cardoso, a abrogé le monopole du pétrole, détenu par la Petrobrás (Pétrole Brésilien S.A.), société créée en 1953 pour faire l'exploitation et la distribution du pétrole. Désormais, des milliards de dollars sont arrivés au Brésil avec les investissements faits par les groupes qui ont acquis le contrôle

des sociétés privatisées. L'Etat a aussi enlevé sa participation dans les secteurs électrique et des télécommunications et a fortement réduit sa présence dans les activités de transport de cabotage, siderurgie, chimie et financière.

Cette vague de privatisations a permis l'entrée au Brésil d'un remarquable volume de capital étranger, appliqué partiellement à l'amortization des intérêts de la dette extérieure et le paiement des obligations envers les institutions financières internationales et le Fond Monétaire International.

Il est évident que la stabilité de la monnaie brésilienne vis-à-vis le dollar américain pendant les cinq premières années du Plan Real, le contrôle des déficit public et interne et surtout le contrôle de l'inflation ont influencé fortement les investisseurs étrangers à appliquer leurs épargnes dans l'activité productive, surtout aux secteurs secondaire et tertiaire de l'économie.

Le gouvernement, à son tour, a promis aux investisseurs d'améliorer l'infrastructure, notamment routière et maritime, et les lignes de transmission d'énergie. Les promesses concernant l'infrastructure ont été partiellement accomplies, mais une des entraves qui demeurent est la nécessité d'un investissement au-delà de la capacité du budget des personnes morales de droit public interne. Ce problème met en relief l'importance du partenariat public-privé, puisque seulement avec l'union des secteurs public et privé, celui-ci représenté par les entrepreneurs brésiliens et étrangers, sera possible surmonter les difficultés particulières. La loi du partenariat public-privé, sanctionnée en décembre 2004 et la nouvelle loi des faillites et récupération d'entreprises, dont l'entrée en vigueur sera en juin 2005, ont été considérées par les analystes internationaux des actions importantes du gouvernement pour la consolidation de la stabilité économique.

Il faut mettre en relief le problème de l'écoulement de la production des produits agricoles importants pour l'exportation, comme le soja, le maïs et le coton. Les champs où ces produits cultivés, en général, sont situés à des milliers de kilomètres des ports exportateurs et il faut absolument des routes ou des chemins de fer pour permettre l'envoi de ces produits aux marchés extérieurs. Il y a un vif intérêt des entrepreneurs agricoles avec le partenariat public-privé pour rendre possible la création d'une bonne infrastructure de transport.

Au plan juridique, le Congrès a approuvé des projets du gouvernement pour éliminer des obstacles au capital étranger dans la Constitution de 1988 et, aussi, dans les lois ordinaires, comme la loi des sociétés par actions. La Constitution brésilienne dans l'article 171, abrogé en 1995, disposait sur l'entreprise nationale et celle de capital national. La première était la société constituée au Brésil, selon les lois brésiliennes, ayant son siège administratif au pays, la seconde était contrôlée directement ou indirectement par des personnes

physiques domiciliées au Brésil ou des personnes morales de droit public interne. Le contrôle, pour les personnes morales, était celui de la propriété de la majorité des actions avec le droit de vote et de la gestion de la société. La Constitution déterminait un traitement plus favorisé par la loi aux entreprises de capital national pour l'exploitation des activités considérées stratégiques à la défense nationale et indispensables au développement du pays. En plus, l'entreprise de capital national avait un traitement préférentiel vis-à-vis les autres sociétés quand le gouvernement avait besoin d'acheter des produits ou des services.

D'après le droit brésilien des sociétés, les investissements étrangers peuvent être réalisés avec l'association des sociétés, la constitution d'une société ou l'ouverture d'une filiale au Brésil. Chaque forme d'investissement a ses propres règles. Les formes associatives les plus communes sont le consortium et les joint-ventures. Il y a aussi la participation d'une société dans le capital d'une autre société. Cette participation peut être une simple participation (jusqu'à 10% du capital de la société), une participation à partir de 10% (société liguée), ou le contrôle du capital votant et de la gestion de la société (société contrôlée). Ce contrôle est considéré un bien meuble séparé de l'ensemble des actions ou des quotes du capital, susceptible d'être vendu ou acquérir par une seule personne ou un groupe de personnes. Cette nature du contrôle est très importante aujourd'hui au Brésil, c'est-à-dire, l'acquisition du contrôle de sociétés par des groupes étrangers ou multinationaux à partir de l'offre public pour l'acquisition de la majorité ou de la totalité des actions en circulation au marché des valeurs mobilières.

Il faut absolument remarquer que la nationalité brésilienne de la société, selon le critère de l'article 1.126 du Code Civil de 2002, n'exige que la constitution soit réalisée fasse conformément à la loi brésilienne et que le siège soit établi au Brésil. Donc, les exigences sur la nationalité des associés ou des dirigeants, l'origine du capital ou la nationalité de la société de contrôle ne s'appliquent pas pour déterminer la nationalité brésilienne. Quand la société ne réunit pas les deux aspects mentionnés (constitution et siège) est elle réputé étrangère et le fonctionnement d'un établissement au Brésil dépend de l'autorisation du pouvoir exécutif, accordé par l'autorité compétente.

Il demeure des exigences concernant la nationalité brésilienne des associés et des administrateurs dans les secteurs de l'aviation civile et des communications. La Constitution de 1988, originalement, exigeait que tout le capital des sociétés consacrées aux communications appartenait à des brésiliens légitimes ou avec dix ans, au moins, de naturalisation. En 2002, cette exigence, contenue à l'article 222, a été partiellement abrogée et, maintenant, jusqu'à 30% du capital des sociétés de communications peut être transféré ou souscrit par des étrangers, mais la gestion demeure privative des brésiliens. Selon le

Code Brésilien d'Aéronautique, les services aériens de transport public sont exploités exclusivement, en régime de concession, par des sociétés dont au moins 80% du capital votant appartient à des brésiliens et la gestion est attribuée à des personnes physiques brésiliennes.

Depuis le début du mandat de l'actuel président – Lula – le gouvernement a pris des décisions pour attirer chaque fois plus les investisseurs étrangers, notamment ceux qui n'ont pas encore ouvert des établissements au Brésil. Les successifs voyages de Lula à tous les continents font partie de la politique officielle pour améliorer l'image du pays ailleurs. Dans ces voyages, le président est toujours accompagné des ministres et des grands entrepreneurs brésiliens, lesquels réalisent des réunions d'affaires pour célébrer des accords bilatéraux aux domaines du commerce, science, éducation ou culture.

Tout au long de la dernière décennie du siècle dernier, plusieurs sociétés ont modernisé leurs fonds de commerce et les méthodes dont elles exerçaient l'entreprise, pour obtenir les certificats internationaux ISO. Ces certificats sont indispensables pour que les produits originés du Brésil puissent disputer au marché international la préférence des consommateurs et augmenter le tableau des exportations.

Il faut faire un panorama, autant que bref, sur le régime des sociétés au Code Civil (Loi 10.406, du 10 janvier 2002). Les sociétés sont exclusivement constitués pour la réalisation d'une ou plusieurs activités économiques.

DIREITO DO ESTADO

A CONSTITUIÇÃO DE 1988, A DIGNIDADE HUMANA E O DIREITO À EDUCAÇÃO

Ana Paula de Barcellos¹

Um dos poucos consensos teóricos do mundo contemporâneo diz respeito ao valor essencial do ser humano. Ainda que tal consenso se restrinja muitas vezes apenas ao discurso ou que essa expressão, por demais genérica, seja capaz de agasalhar concepções as mais diversas – eventualmente contraditórias² –, o fato é que a dignidade da pessoa humana, o valor do homem como um fim em si mesmo, é hoje um axioma da civilização ocidental³ e talvez a única ideologia remanescente⁴.

Nesse ambiente, o Constituinte de 1988 fez uma clara opção pela dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro e de sua atuação, dispondo analiticamente sobre o tema ao longo do texto constitucional. A meta central da Carta de 1988, assim como da maior parte das Constituições modernas, pode ser resumida na promoção do bem estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, o que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas, dentre as quais a prestação de educação, objeto de exame mais detido deste pequeno estudo.

A educação figura no texto constitucional como uma atividade prioritária do Estado, pela qual se pode promover o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Não é preciso repisar que a educação⁵ constitui, modernamente, pressuposto básico

¹ Mestra em Direito Público pela UERJ. Professora assistente de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UERJ. Advogada no Rio de Janeiro.

² PINILLA, Ignacio Ara. *Las transformaciones de los derechos humanos*, 1994. p. 32.

³ SEGADO, Francisco Fernández. La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional. *RILSF* 121, p. 73: "En el ordenamiento liberal democrático la dignidad del hombre – según el Tribunal Constitucional Federal alemán – es el valor superior".

⁴ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Conflitos armados e direitos humanos*, 1997. p. 2; PINILLA, Ignacio Ara. *Las transformaciones de los derechos humanos*, 1994. p. 91.

⁵ A educação, note-se, não se resume apenas à transmissão dos conhecimentos próprios de cada disciplina. MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação e a Constituição*, 2001, citando lição de Jean Piaget registrou, p. 157: "(...) o indivíduo não poderia adquirir suas estruturas mentais mais essenciais sem uma contribuição exterior, a exigir um certo meio social de formação, e que em todos os níveis (desde os mais

para a participação no âmbito do Estado, para o exercício da cidadania e para o ingresso no mercado produtivo. A decisão consciente a respeito do voto em cada eleição, a informação acerca dos direitos mais elementares – e.g., direitos do consumidor, e até mesmo o direito de ação –, o acesso ao mercado de trabalho, tudo isso depende hoje, em larga medida, da educação formal⁶. A ela foram dedicados os seguintes dispositivos da Carta de 1988:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição

Art. 23, V – É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...)

V – proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência.

Art. 30, VI Compete aos Municípios: (...)

VI – manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental.

Art. 34, VII, “e” A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...)

VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: (...)

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Art. 35, III – O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando: (...)

III – não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde;

Art. 205. Educação, direito de todos e dever do Estado (...) visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I – ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

elementares até os mais altos) o fator social ou educativo constitui uma condição do desenvolvimento”. E complementa: “[a educação deve garantir a todos] o pleno desenvolvimento de suas funções mentais e a aquisição dos conhecimentos, bem como dos valores morais que correspondam ao exercício dessas funções, até a adaptação à vida social atual”. A Lei 9.394/96 (LDB) dispõe nesse mesmo sentido: “**Art. 2º.** A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Veja-se ainda sobre o tema GARCIA, Maria. A nova lei de diretrizes e bases da educação nacional. CDCCP – RT 23, p. 59 e ss.

⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, 1998, p. 133: “Em tudo, democracia é, segundo seu princípio fundamental, um assunto de cidadãos emancipados, informados, não de uma massa ignorante, apática, dirigida apenas por emoções e desejos irracionais que, por governantes bem-intencionados ou mal-intencionados, sobre a questão do seu próprio destino, é deixada na obscuridade”.; SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*, 2000, p. 143; MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação e a Constituição*, 2001, p. 161.

II – progressiva universalização do ensino médio gratuito;

(...)

IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI – oferta de ensino noturno regular, adequado às necessidades do educando;

VII – atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

(...)

§ 3º A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, nos termos do plano nacional de educação.

Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei que:

(...)

§ 1º Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade.

§ 2º As atividades universitárias de pesquisa e extensão poderão receber apoio financeiro do Poder Público.

A despeito da clareza de boa parte das normas transcritas, não é incomum encontrar quem sustente a impossibilidade de extrair consequências jurídicas concretas ou exigir qualquer prestação com fundamento em tais disposições. Na verdade, o tratamento por doutrina e jurisprudência⁷ conferem a tais normas decorre não apenas (e, por certo, não principalmente) da incapacidade de definir

⁷ STJ – REsp. 57.614/RS – Rel. Min. Demócrito Reinaldo – DJ 01.07.1996, p. 23.989: “Inexiste direito certo se não emanado da lei ou da Constituição. Normas meramente programáticas protegem um interesse geral, mas não conferem aos respectivos beneficiários o poder de exigir a sua satisfação antes que o legislador cumpra o dever de complementá-las com a legislação integrativa”.; e STJ – REsp. 63.128/GO – Rel. Min. Adhemar Maciel – DJ 20.05.1996, p. 16.745: “Constituição dirigente e programática. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ação Civil Pública para obrigar o governo goiano a construir um centro de recuperação e triagem. (...) A Constituição federal e em suas águas a Constituição do Estado de Goiás são ‘dirigentes’ e ‘programáticas’. Tem, no particular, preceitos impositivos para o Legislativo (elaborar leis infraconstitucionais de acordo com as ‘tarefas’ e ‘programas’ pre-estabelecidos) e para o Judiciário (‘atualização constitucional’). Mas, no caso dos autos, as normas invocadas não estabelecem, de modo concreto, a obrigação do Executivo de construir, no momento, o centro. Assim, haveria uma intromissão indevida do Poder Judiciário no Executivo, único em condições de escolher o momento oportuno e conveniente para a execução da obra reclamada”.

os efeitos que elas pretendem produzir, isto é, sua pretensão de *dever ser*, mas sim do confronto, muitas vezes implementado de forma equivocada, dessas normas com outras, como as que cuidam da separação dos poderes e da reserva orçamentária, tendo em conta a quantidade limitada de recursos públicos. Explique-se melhor.

Do ponto de vista jurídico, os chamados direitos sociais, econômicos e culturais, de que o direito à educação é uma espécie, podem envolver duas dificuldades hermenêuticas que precisam ser solucionadas pelo intérprete: a identificação dos efeitos que pretendem produzir na realidade e, na sequência, a definição do que pode ser exigido judicialmente.

O grupo que engloba as normas pertinentes ao tema da **educação** traz algumas indicações bastante nítidas acerca das duas questões. Quanto aos efeitos que as normas pretendem produzir, ao lado do princípio geral, cujo objetivo é que a educação seja o mais abrangente e completa possível, encontram-se várias regras e subprincípios mais específicos, que a Constituição ordena sob a forma de metas prioritárias. Assim, em primeiro lugar, estão as seguintes:

- (i) o atendimento em creches e pré-escola às crianças até 6 (seis) anos⁸;
- (ii) o direito à educação fundamental, associado a programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde⁹; e
- (iii) a oferta de ensino noturno (ao menos o fundamental)¹⁰.

Algumas observações sobre o tema serão pertinentes. O direito ao atendimento em creches e pré-escola relaciona-se não apenas com o direito à educação, mas também com a assistência aos desamparados. Trata-se de uma forma de permitir que o pai e a mãe de menores de 6 (seis) anos trabalhem, sem prejuízos maiores para a criança. Não há aqui muita dificuldade com a definição dos efeitos: as expressões creche, pré-escola e criança até 6 (seis) anos são inteiramente conhecidas.

O direito ao ensino fundamental gratuito é repetidamente referido pela Constituição, que chega a afirmar tratar-se de um *direito público subjetivo*¹¹. Por educação fundamental entendem-se os primeiros oito anos de escolaridade, da primeira à oitava série do primeiro grau, na forma como os currículos escolares brasileiros são hoje organizados¹². Observe-se que o objetivo pretendido pela

⁸ Lei 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB), arts. 29 a 31.

⁹ Lei 9.394/96 (LDB) arts. 22 a 28 e 32 a 34.

¹⁰ Lei 9.394/96 (LDB) arts. 4º, VI, 37 e ss.

¹¹ A Constituição de 1824 já referia que a instrução primária seria gratuita a todos os cidadãos. Sobre o tratamento da educação ao longo da história constitucional brasileira, veja-se: MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a Constituição**, 2001, p. 21 e ss.

¹² **Lei 9.394/96 (LDB), art. 32.** O ensino fundamental, com duração mínima de oito anos, obrigatório e gratuito na escola pública, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante: (...).

norma não é apenas assegurar que seja oferecido o ensino fundamental, mas que: (i) todos tenham efetivamente acesso a ele – por isso a referência no dispositivo à obrigatoriedade¹³ e, com o mesmo propósito, ao oferecimento obrigatório em horário noturno e sob forma didática adequada, a fim de que também os adultos não alfabetizados tenham oportunidade de obter essa formação básica –; e (ii) todos tenham condições reais de apreender os conteúdos ensinados, daí a garantia de programas suplementares de material didático, transporte, alimentação e assistência à saúde, no âmbito da própria escola.

O direito à educação fundamental envolve, ainda, prestações que assegurem condições de real aproveitamento para o aluno, daí porque o serviço deverá ser oferecido em horário diurno, para o público infantil e adolescente, e noturno, sob formas didáticas adequadas, para adultos e jovens que não tenham tido acesso à educação na idade própria, além de acompanhar material didático, alimentação e prestações básicas de saúde e transporte, quando necessário.

Identificados os efeitos pretendidos pela norma, é simples apurar o que se poderá exigir judicialmente caso as prestações descritas acima não sejam oferecidas pelo Poder Público. Parece certo que, sem prejuízo de outros direitos adicionais, o indivíduo poderá exigir judicialmente uma vaga em alguma escola pública, de qualquer nível federativo (já que a competência é comum a todos¹⁴), onde possa cursar o ensino fundamental¹⁵. Algumas notas ainda precisam ser feitas sobre esse ponto.

É perfeitamente possível criticar de logo a opção do constituinte. Alguém poderá dizer que, no mundo contemporâneo, no qual o mercado de trabalho demanda níveis cada vez mais altos de educação, apenas o ensino fundamental não é suficiente para oferecer igualdade de chances aos indivíduos. A ponderação é provavelmente verdadeira em certo sentido. Nos centros urbanos em espe-

¹³ A importância da educação justifica até mesmo a punição, civil e criminal, dos pais que não diligenciarem acerca da formação escolar de seus filhos. Veja-se: **Lei 8.069/90 (ECA), art. 24.** A perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

(...)

Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

(...)

V – obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar”.

Lei 9.394/96 (LDB), art. 6º. “É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula dos menores, a partir dos sete anos de idade, no ensino fundamental”.

CP, art. 246. Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar. Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa”.

¹⁴ Sobre as competências dos entes federados na matéria, veja-se, ainda, MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a Constituição**, 2001, p. 244 e ss.

¹⁵ Não apenas o indivíduo tem legitimidade para essa demanda, como se verá adiante. A própria Lei 9.394/96 (LDB) prevê, em seu art. 5º, que “O acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigi-lo”.

cial, melhores condições de emprego e salário exigem níveis de escolaridade cada vez mais altos e o Estado deve estar politicamente comprometido com essa necessidade. Nada obstante essa evidência, é doloroso examinar as estatísticas disponíveis sobre o assunto.

A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios de 2001 apurou, *e.g.*, que, na região Nordeste, 24,3% dos maiores de 15 anos são analfabetos; na Norte, 10,6%; na Centro-Oeste, 10,2%; na Sudeste, 7,5% e na Sul, 7,1%¹⁶. Note-se que tudo o que os índices revelam é que essas pessoas não são capazes de assinar seu próprio nome. Um grande percentual, ainda que saiba *subscrever* o nome – e portanto não seja considerado analfabeto –, não é, *e.g.*, capaz de ler um texto de jornal e compreendê-lo, muito menos apresenta condições de escrever uma frase sobre sua própria vida, antigo critério adotado pela Unesco (1951) para considerar um indivíduo alfabetizado¹⁷.

Desse modo, assegurar o ensino fundamental a todos provavelmente não será suficiente para os projetos e a capacidade de alguns, que haverão de seguir adiante por outros meios, mas certamente representará um enorme ganho para muitos¹⁸. Essa é a lógica do chamado *mínimo existencial* abaixo do qual não se pode admitir que ninguém esteja.

Uma segunda questão que se pode colocar neste ponto é a da falta de estrutura pública para atender a todos os estudantes, seja qual for sua faixa etária. Imagine-se que em determinado município não haja, *e.g.*, escola noturna que ofereça o ensino fundamental. Ou imagine que não haja vagas suficientes para todas as crianças na escola diurna existente no município. Que fazer?

Além das conseqüências atípicas previstas na Constituição (como a responsabilização da autoridade negligente, intervenção federal etc.), a norma autoriza que o Judiciário determine ao Poder Público, mediante pedido do interessado, o custeio de sua educação fundamental em uma instituição de ensino privada de padrão e custo similares ao da pública até que a Administração esteja em condi-

¹⁶ Os dados são do IBGE, 2003, Pesquisa nacional por amostra de domicílios 2001. Disponível em: <www.ibge.gov.br>.

¹⁷ Ata da Reunião do Comitê Internacional de Peritos sobre Alfabetização, 1951, Unesco. Em 1962, o Comitê reformulou esse critério e passou a definir a pessoa alfabetizada como aquela "que dispõe dos conhecimentos teóricos e práticos fundamentais para empreender as atividades em que a alfabetização é necessária para uma atuação eficaz no seu grupo e comunidade, e que possui um domínio suficiente da leitura, escrita e aritmética que lhe permitam continuar utilizando os conhecimentos adquiridos, para seu desenvolvimento pessoal e desenvolvimento de sua comunidade".

¹⁸ Lei 9.394/96, art. 5º, § 2º Em todas as esferas administrativas, o Poder Público assegurará em primeiro lugar o acesso ao ensino obrigatório, nos termos deste artigo, contemplando em seguida os demais níveis e modalidades de ensino, conforme as prioridades constitucionais e legais.

MALISKA, Marcos Augusto. O direito à educação e a Constituição. 2001, p. 227: "A oferta pública do ensino médio está condicionada, primeiramente, à garantia do ensino fundamental. Ao Estado cabe, prioritariamente, investir no ensino fundamental como primeira etapa da educação. Portanto, a discricionariedade administrativa de escolher entre ofertar o ensino fundamental ou ensino médio está limitada ao pleno cumprimento da função primeira".

ções de prestar o serviço¹⁹. Essa solução é sinalizada pelo § 1º do art. 213 da Constituição que dispõe, *in verbis*:

Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:
(...)

§ 1º Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade.

A expressão "na forma da lei" constante do § 1º merece atenção especial. Seria possível argumentar que apenas com fundamento em lei regulamentando a questão (que até o momento inexistente) o Judiciário poderia determinar o custeio de uma escola privada pelo Poder Público. Não é essa, todavia, a melhor interpretação e é neste ponto que o tema entra em contato com a idéia de separação de poderes.

Antes de mais nada, do ponto de vista da hermenêutica jurídica, cabe ao intérprete, diante de várias interpretações possíveis, escolher aquela que melhor realiza o princípio constitucional em foco; no caso, o princípio da dignidade da pessoa humana. Muito bem. Como já se viu, mais do que apenas um efeito isolado do princípio, há direito subjetivo ao ensino fundamental gratuito. Como ele deve ser prestado? A regra geral é que a Administração está obrigada a oferecê-lo por seus próprios meios, justificando-se inclusive a responsabilização da autoridade que assim não proceder (art. 208, § 3º).

O art. 213, § 1º, entretanto, prevê uma exceção transitória a essa regra geral, exigindo para tanto a manifestação do Poder Legislativo. Isto é: quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública, o Poder Público poderá destinar os recursos – que deveriam, a rigor, ser aplicados na expansão da rede pública de ensino – ao custeio do ensino fundamental e médio em instituições privadas, para que esses indivíduos não sejam prejudicados pela deficiência do serviço prestado pelo Poder Público. Continua a Administração obrigada, todavia, a expandir sua rede, para que seja capaz de atender a toda a população.

O propósito claro do constituinte, harmônico com as demais disposições constitucionais sobre o assunto, é impedir que a Administração possa simplesmente não investir em sua rede de ensino, preferindo aplicar os recursos destinados a esse fim em bolsas de estudo indefinidamente. Essa destinação anômala de recursos, entretanto, será possível em atenção ao direito fundamental à edu-

¹⁹ Entendem nesse mesmo sentido BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. 4. ed., 2000, p. 112; SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. As normas programáticas – Uma análise político-constitucional. CDCCP – RT 16, p. 119 e ss.

cação, mas só poderá ser praticada de maneira institucionalizada e global pelo Poder Público mediante a regulamentação legislativa.

Tudo é diferente quando a questão se coloca diante do Poder Judiciário, não se lhe aplicando a exigência da lei prévia em questão. Ora bem: se o indivíduo vai ao Judiciário pleitear o direito de cursar gratuitamente o ensino fundamental, isso significa que esse bem não lhe foi oferecido pela Administração, nem por si própria, nem através da solução provisória de bolsas em instituições privadas prevista pela Constituição. Não se cuida aqui de fixar uma política de governo a respeito da educação, mas de tutelar um direito subjetivo constitucionalmente previsto e descumprido. A exigência de lei prévia, portanto, dirige-se ao Executivo, e não ao Judiciário.

Também não se pode dizer que há necessidade de lei regulamentadora na hipótese, ou que os dispositivos que consagram o direito subjetivo à educação fundamental não seriam auto-aplicáveis. Como já se fez questão de registrar, sabe-se, com precisão, o que é ensino fundamental, assim como o que são instituições privadas de ensino. Demonstrado que o Poder Público efetivamente não dispõe de uma vaga (diurna ou noturna, conforme o caso) no ensino fundamental para o autor da demanda, o único ponto que exigirá uma decisão propriamente dita será a escolha da instituição privada de ensino. Sobre esse aspecto é possível fazer duas observações.

Em primeiro lugar, o magistrado deverá estar atento aos princípios da razoabilidade²⁰ e da isonomia no caso concreto. Nada justifica que o indivíduo que obteve judicialmente o direito ao ensino fundamental seja mais bem aquinhado do que aquele que frequentou as filas, ao longo das madrugadas, para inscrição nas escolas públicas e obteve uma vaga. Assim, a escola privada escolhida deve ter um padrão e, principalmente, um custo equivalentes ao da escola pública²¹. Ou seja: idealmente, o gasto que o Poder Público terá com esse aluno em uma escola privada deve ser o mais próximo possível do custo de um aluno nas mesmas circunstâncias em sua rede de ensino. Além disso, o juiz poderá utilizar analogicamente o Código de Processo Civil (art. 632 e ss.), que dispõe minuciosamente a respeito da obrigação de fazer executada por terceiro e custeada pelo devedor²².

²⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed., 2000, p. 198 e ss. O princípio da razoabilidade se desdobra em três fases: (i) a verificação da adequação lógica entre meios empregados e fins pretendidos; (ii) a razoabilidade interna, que consiste na escolha da medida que apresente o menor custo possível para o maior benefício; e (iii) a razoabilidade externa, que é a ponderação do fim pretendido, e da medida escolhida para implementá-lo com os demais bens constitucionais.

²¹ De acordo com os dados do INEP (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais), do Ministério da Educação. Disponível em: <www.inep.gov.br>, "em 1995, o Brasil gastou US\$ 870 por cada aluno do ensino fundamental na rede pública. Apenas a título de informação, a educação infantil e o ensino médio custam, por ano e por aluno, respectivamente, US\$ 562 e US\$ 1.018. É bem de ver que esses valores provavelmente são maiores hoje tendo em vista os repasses do Fundef, mas não há dados consolidados atualizados".

²² O processo licitatório previsto no CPC poderá ser utilizado quando houver mais de uma escola privada, de mesmo padrão, próxima à residência do autor.

Lembre-se aqui um ponto. O direito à educação fundamental é um elemento do *mínimo existencial*, compondo o núcleo da dignidade humana e, portanto, sendo oponível aos poderes constituídos. Imaginar que seu atendimento possa ficar na dependência exclusiva da ação, e dos humores, do Executivo – em equipar sua rede de ensino de maneira conveniente – e do Legislativo – em dispor sobre a concessão de bolsas de estudo em instituições privadas – é tornar totalmente sem sentido o próprio Estado de direito constitucional. Ao Judiciário compete tutelar o *mínimo existencial* e isso pelos meios substitutivos que forem necessários e aptos para atingir tal fim. Por isso mesmo apenas se reconhece essa legitimidade ao Judiciário quando se trata desse mínimo sem o qual a própria dignidade resta violada, e não de toda a extensão dos efeitos ideais das normas que se relacionam com a dignidade²³.

Além da legitimidade individual do titular do direito à educação fundamental, não há dúvida de que o Ministério Público, na esteira do art. 129, III, da Carta de 1988, poderá ajuizar ações civis públicas para a defesa de interesses coletivos e difusos relacionados com o direito em questão²⁴. No que diz respeito às crianças e adolescentes, a Lei 8.069, de 13.07.1990, trata especificamente da legitimidade do Ministério Público (art. 210, I, e ss.)²⁵, o que, por evidente, não exclui sua atuação quando se tratar do oferecimento de educação fundamental aos adultos que não tiveram acesso a ela na idade própria²⁶. Na linha da tutela coletiva, também as associações terão legitimidade para defesa de tais direitos, nos termos da Lei 7.347, de 24.07.1985, art. 5º, (Lei da Ação Civil Pública)²⁷ e da própria Lei 8.069/90, art. 210, III²⁸.

²³ Nesse sentido é a dicção do art. 213, da Lei 8.069, de 13.07.1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que trata da prestação jurisdicional nas demandas que envolvam direitos assegurados às crianças e aos adolescentes, dentre os quais o direito ao ensino obrigatório: "Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento".

²⁴ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Direito ao desenvolvimento e direito à educação – relações de realização e tutela. *CDCCP – RT 6*, p. 124 e ss.

²⁵ STJ – REsp. 212.961/MG – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – DJ 18.09.2000, p. 100: "A teor do Código da Criança e do Adolescente, o Ministério Público não apenas está legitimado, mas 'é competente'. Vale dizer: tem o encargo legal de defender, em substituição processual, os interesses sociais da criança".

²⁶ Sobre o papel do Ministério Público na defesa dos interesses coletivos e difusos, veja-se MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 11. ed., 1999.

²⁷ Lei 7.347, de 24.07.1985 (Lei da Ação Civil Pública): "Art. 5º. A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que: I – esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil; II – inclua entre suas finalidades institucionais a proteção do meio ambiente (...)"

²⁸ Lei 8.069/90 (ECA): "Art. 210. Para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, consideram-se legitimados concorrentemente: (...)

III – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, dispensada a autorização da assembleia, se houver prévia autorização estatutária".

É bem de ver que o Ministério Público e os demais legitimados para a ação civil pública poderão agir em duas frentes. Na defesa de interesses coletivos, poderão pleitear o custeio pelo Poder Público do ensino fundamental em escolas privadas para um conjunto representativo de indivíduos, como, e.g., de todas as crianças de determinada cidade em que não há escola pública. Na defesa de interesses difusos, o MP e as associações organizadas na forma legal poderão requerer a inclusão obrigatória no orçamento do próximo exercício – decisão que deverá ser vinculante para Executivo e Legislativo – da verba necessária para a construção da escola adequada e seu aparelhamento, de modo que o serviço venha a ser prestado regularmente como determina a Constituição²⁹. Por fim, como se registrou inicialmente, uma crítica freqüentemente sacada contra o que se acaba de registrar envolve a questão dos *custos financeiros* e da quantidade limitada de recursos existentes. Para concluir, cabe fazer algumas observações sobre esse aspecto da questão.

O Estado de direito constitucional exige que a ação do Poder Público esteja subordinada, isto é, juridicamente vinculada, aos termos da Constituição Federal. Isso não significa que as iniciativas e os atos das autoridades já estejam inteiramente predeterminados pela Carta, mas certamente significa que tudo o que a Constituição dispõe haverá de ser cumprido e respeitado pelos poderes constituídos. Ora, a gestão de recursos financeiros envolve sempre dois tipos de ação: a obtenção e o dispêndio. Não é diferente com os recursos públicos. A apuração de recursos pelo Poder Público é tema amplamente regulamentado pelo direito constitucional, desde as clássicas limitações ao poder de tributar, até as modernas regras que regem o endividamento público. Em suma: para a apuração de receitas, o Estado deverá obediência às normas jurídicas pertinentes. E o que dizer da despesa?

A despesa pública é exatamente o mecanismo pelo qual o Estado, além de sustentar sua própria estrutura de funcionamento, procura realizar seus fins e atingir seus objetivos. Do ponto de vista formal, as despesas públicas deverão estar previstas no orçamento, nos termos constitucionais e legais; mas o que deverá constar do orçamento? Em que se deverá investir? Em que os recursos públicos deverão ser aplicados?³⁰ Essas decisões deverão estar vinculadas juridicamente às prioridades eleitas pelo constituinte originário³¹. Imaginar que a influência da

²⁹ Não se pode deixar de referir que o generalizado descumprimento dos precatórios é uma das faces da crise financeira em que estão mergulhados Estados e Municípios. Veja-se sobre o tema BARROSO, Luís Roberto. A derrota da federação: o colapso financeiro dos Estados e Municípios. In: **Temas de Direito Constitucional**, 2001, p. 141. Sobre a questão das prioridades orçamentárias veja-se o capítulo VII.

³⁰ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Cidadania e res publica: a emergência dos direitos republicanos. **RDA** 208, p. 147 e ss. Em interessante estudo (ainda que nem sempre se concorde com suas aplicações), o autor identifica como *direito republicano* o direito a que os recursos públicos sejam aplicados no interesse e benefício de toda a coletividade e não de alguns grupos privados.

³¹ MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. **Derechos sociales y positivismo jurídico**, 1999, observa com precisão que o próprio fato da escassez de recursos demanda e justifica a definição das prioridades através da norma jurídica; p. 82: "La realidad de la escasez no es sólo la base para una concepción económica de la sociedad."

Constituição no que diz respeito aos gastos públicos se limitaria à formalidade de sua previsão orçamentária seria ignorar por completo a natureza normativa da Carta e dos fins materiais por ela estabelecidos. Tal concepção provocaria, ainda, uma partição inteiramente sem sentido na atividade financeira do Estado: a apuração das receitas, especialmente no que diz respeito ao direito tributário, estaria submetida aos comandos constitucionais, mas as despesas não³² (!).

Se é assim, e se os meios financeiros não são ilimitados, os recursos disponíveis deverão ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, até que eles sejam realizados. Os recursos remanescentes haverão de ser destinados de acordo com as opções políticas que a deliberação democrática apurar em cada momento. No caso brasileiro, a essa conclusão se chega igualmente em decorrência de um conjunto de compromissos internacionais assumidos formalmente. Com efeito, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais³³, a Convenção Internacional sobre o

Si al análisis económico se le añaden ingredientes éticos y políticos, donde se tenga en cuenta a la persona em su dimensión integral, la escasez es también un punto de partida para justificar el Derecho". ;

³² CAMPOS, German J. Bidart. **El orden socioeconómico en la constitución**. 1999, p. 353.

³³ O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, foi aprovado pelo Decreto Legislativo 226, de 12.12.1991, e promulgado pelo Decreto 591, de 06.07.1992. Vale transcrever os seguintes artigos, por pertinentes:

"Art. 2.1. Cada Estado – Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

(...)

Art. 6.1. Os Estados – Partes do presente Pacto reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito.

(...)

Art. 11.1. Os Estados – Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados – Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

(...)

Art. 13.1. Os Estados – Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

2. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito:

a) A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos; (...)

Art. 14. Todo Estado Parte do presente Pacto que, no momento em que se tomar Parte, ainda não tenha garantido em seu próprio território ou territórios sob sua jurisdição a obrigatoriedade e a gratuidade da educação primária, se compromete a elaborar e a adotar, dentro de um prazo de dois anos, um plano de ação

direito das crianças³⁴ e também o Pacto de São José de Costa Rica³⁵ obrigam os Estados signatários a investirem o máximo dos recursos disponíveis na promoção dos direitos previstos em seus textos.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed., 2000. p. 198 e ss.
- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 4. ed., 2000, p. 112.
- CAMPOS, German J. Bidart. El orden socioeconómico en la constitución. 1999, p. 353.
- GARCIA, Maria. A nova lei de diretrizes e bases da educação nacional. *CDCCP – RT 23*, p. 59 e ss.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, 1998, p. 133.
- MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação e a Constituição*, 2001, citando lição de Jean Piaget registrou, p. 157.
- MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Derechos sociales y positivismo jurídico*, 1999.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 11. ed., 1999.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Conflitos armados e direitos humanos*, 1997. p. 2.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Cidadania e res publica: a emergência dos direitos republicanos. *RDA 208*, p. 147 e ss.
- PINILLA, Ignacio Ara. *Las transformaciones de los derechos humanos*, 1994. p. 32.
- RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Direito ao desenvolvimento e direito à educação – relações de realização e tutela. *CDCCP – RT 6*, p. 124 e ss.
- SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. As normas programáticas – Uma análise político-constitucional. *CDCCP – RT 16*, p. 119 e ss.
- SEGADO, Francisco Fernández. La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional. *RILSF 121*, p. 73.
- SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*, 2000. p. 143.

detalhado destinado à implementação progressiva, dentro de um número razoável de anos estabelecidos no próprio plano, do princípio da educação primária obrigatória e gratuita para todos".

³⁴ A Convenção sobre os direitos das crianças, de 1989, foi aprovada pelo Decreto Legislativo 28, de 14.09.1990, e promulgada pelo Decreto 99.710, de 21.11.1990. Veja-se: "Art. 4. Os Estados-partes tomarão todas as medidas apropriadas, administrativas, legislativas e outras, para a implementação dos direitos reconhecidos nesta Convenção. Com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados-partes tomarão tais medidas no alcance máximo de seus recursos disponíveis e, quando necessário, no âmbito da cooperação internacional".

³⁵ A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de São José de Costa Rica, 1969, aprovada pelo Decreto Legislativo 27, de 16.05.1992, e promulgada pelo Decreto 678, de 06.11.1992, traz a seguinte redação:

"Art. 26. Desenvolvimento progressivo.

Os Estados-Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou outros meios apropriados".

LIBERDADE DE EXPRESSÃO VERSUS DIREITOS DA PERSONALIDADE. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E CRITÉRIOS DE PONDERAÇÃO¹

Luís Roberto Barroso²

Sumário: Introdução: Colocação do problema; Parte I: Alguns aspectos da moderna interpretação constitucional; I. A interpretação jurídica tradicional; II. A nova interpretação constitucional; 1. O fenômeno da colisão de direitos fundamentais; 2. A técnica da ponderação; Parte II: A liberdade de informação e expressão e os direitos da personalidade: ponderação de bens e valores constitucionais; III. A questão sob a ótica constitucional; 1. Direitos constitucionais da personalidade; 2. Liberdades constitucionais de informação e de expressão e a liberdade de imprensa; 3. Parâmetros constitucionais para a ponderação na hipótese de colisão; IV. A questão sob a ótica infraconstitucional. Parâmetros criados pelo legislador para a ponderação na hipótese de colisão; 1. Interpretação constitucionalmente adequada do art. 21, § 2º da Lei de Imprensa (Lei 5.250/67); 2. Interpretação constitucionalmente adequada do art. 20 do novo Código Civil; V. Solução da ponderação na hipótese em estudo; VI. Conclusões; VII. Referências.

INTRODUÇÃO

COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

O estudo que se segue tem por objeto a análise da legitimidade da exibição, independentemente de autorização dos eventuais envolvidos, de programas ou matérias jornalísticas nos quais (i) sejam citados os nomes ou divulgada a imagem de pessoas relacionadas com o evento noticiado ou (ii) sejam relatados e encenados eventos criminais de grande repercussão ocorridos no passado.

Como intuitivamente se constata, está em jogo a disputa, inevitável em um estado democrático de direito, entre a liberdade de expressão e de informação, de um lado, e os denominados direitos da personalidade, de outro lado, em

¹ Trabalho desenvolvido com a colaboração de Ana Paula de Barcellos.

² Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito pela Yale Law School e Doutor livre-docente pela UERJ.

tal categoria compreendidos os direitos à honra, à imagem e à vida privada. Cuida-se de determinar se as pessoas retratadas, seus parentes ou herdeiros, podem impedir a exibição de tais programas ou pretender receber indenizações por terem sido neles referidos.

O equacionamento do problema e a apresentação da solução constitucionalmente adequada dependem da discussão de algumas das teses centrais relacionadas com a nova interpretação constitucional: colisão de direitos fundamentais, ponderação de valores, discricionariedade judicial e teoria da argumentação. Após a exposição dos conceitos essenciais na matéria e definição dos elementos relevantes de ponderação, a questão se torna surpreendentemente simples.

Veja-se a análise que se segue.

PARTE I ALGUNS ASPECTOS DA MODERNA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

I A interpretação jurídica tradicional

Um típico operador jurídico formado na tradição romano-germânica, como é o caso brasileiro, diante de um problema que lhe caiba resolver, adotará uma linha de raciocínio semelhante à que se descreve a seguir. Após examinar a situação de fato que lhe foi trazida, irá identificar no ordenamento positivo a norma que deverá reger aquela hipótese. Em seguida, procederá a um tipo de raciocínio lógico, de natureza silogística, no qual a norma será a premissa maior, os fatos serão a premissa menor e a conclusão será a consequência do enquadramento dos fatos à norma. Esse método tradicional de aplicação do direito, pelo qual se realiza a subsunção dos fatos à norma e pronuncia-se uma conclusão, denomina-se método *subsuntivo*.

Esse modo de raciocínio jurídico utiliza, como premissa de seu desenvolvimento, um tipo de norma jurídica que se identifica como regra. Regras são normas que especificam a conduta a ser seguida por seus destinatários. O papel do intérprete, ao aplicá-las, envolve uma operação relativamente simples de verificação da ocorrência do fato constante do seu relato e de declaração da consequência jurídica correspondente. Por exemplo: a aposentadoria compulsória do servidor público se dá aos setenta anos (regra); José, serventuário da Justiça, completou setenta anos (fato); José passará automaticamente para a inatividade (conclusão). A interpretação jurídica tradicional, portanto, tem como principal instrumento de trabalho a figura normativa da *regra*.

A atividade de interpretação descrita acima utiliza-se de um conjunto tradicional de elementos de interpretação, de longa data identificados como gramatical, histórico, sistemático e teleológico. São eles instrumentos que vão per-

mitir ao intérprete em geral, e ao juiz em particular, a revelação do conteúdo, sentido e alcance da norma. O Direito, a resposta para o problema, já vêm contidos no texto da lei. Interpretar é descobrir essa solução previamente concebida pelo legislador. Mais ainda: o ordenamento traz em si *uma* solução adequada para a questão. O intérprete, como consequência, não faz escolhas próprias, mas revela a que já se contém na norma. *O juiz desempenha uma função técnica de conhecimento, e não um papel de criação do direito.*

A interpretação jurídica tradicional, portanto, desenvolve-se por um método subsuntivo, fundado em um modelo de regras, que reserva ao intérprete um papel estritamente técnico de revelação do sentido de um Direito integralmente contido na norma legislada.

II A nova interpretação constitucional

A idéia de uma nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição. Não importa em desprezo ou abandono do método clássico – o *subsuntivo*, fundado na aplicação de *regras* – nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ao contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos. Relevante, mas nem sempre suficiente.

Mesmo no quadro da dogmática jurídica tradicional, já haviam sido sistematizados diversos princípios específicos de interpretação constitucional, aptos a superar as limitações da interpretação jurídica convencional, concebida sobretudo em função da legislação infraconstitucional, e mais especialmente do direito civil³. A grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo pré-existente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização.

De fato, a técnica legislativa, ao longo do século XX, passou a utilizar-se, crescentemente, de *cláusulas abertas ou conceitos indeterminados*, como dano moral, justa indenização, ordem pública, melhor interesse do menor, boa-fé. Por essa fórmula, o ordenamento jurídico passou a transferir parte da competência decisória do legislador para o intérprete. A lei fornece parâmetros, mas somente à luz do caso concreto, dos elementos subjetivos e objetivos a ele relacionados, tal como apreendidos pelo aplicador do Direito, será possível a determinação da

³ V. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2004. Os princípios específicos e instrumentais à interpretação constitucional são os da supremacia, presunção de constitucionalidade, interpretação conforme a Constituição, unidade, razoabilidade-proporcionalidade e efetividade.

vontade legal. O juiz, portanto, passou a exercer uma função claramente integradora da norma, complementando-a com sua própria valoração.

Na sequência histórica, sobreveio a ascensão dos *princípios*, cuja carga axiológica e dimensão ética conquistaram, finalmente, eficácia jurídica e aplicabilidade direta e imediata. Princípios e regras passam a desfrutar do mesmo *status* de norma jurídica, sem embargo de serem distintos no conteúdo, na estrutura normativa e na aplicação. *Regras* são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da *subsunção*: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade *tudo ou nada*; ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer⁴.

Princípios, por sua vez, expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados. Designam, portanto, “*estados ideais*”⁵, sem especificar a conduta a ser seguida. A atividade do intérprete aqui será mais complexa, pois a ele caberá definir a ação a tomar. E mais: em uma ordem democrática, princípios freqüentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante *ponderação*: o intérprete irá aferir o peso de cada um, à vista das circunstâncias, fazendo concessões recíprocas. Sua aplicação, portanto, não será no esquema *tudo ou nada*, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato⁶.

Com as mesmas características normativas dos princípios – na verdade, como uma concretização do princípio da dignidade da pessoa humana – colocam-se boa parte dos *direitos fundamentais*, cuja proteção foi alçada ao centro dos sistemas jurídicos contemporâneos. Princípios e direitos previstos na Constituição entram muitas vezes em linha de colisão, por abrigarem valores contrapostos e igualmente relevantes, como por exemplo: livre iniciativa e proteção do

consumidor, direito de propriedade e função social da propriedade, segurança pública e liberdades individuais, direitos da personalidade e liberdade de expressão. O que caracteriza esse tipo de situação jurídica é a ausência de uma solução em tese para o conflito, fornecida abstratamente pelas normas aplicáveis.

Veja-se, então: na aplicação dos princípios, o intérprete irá determinar, *in concreto*, quais são as condutas aptas a realizá-los adequadamente. Nos casos de colisão de princípios ou de direitos fundamentais, caberá a ele fazer as valorações adequadas, de modo a preservar o máximo de cada um dos valores em conflito, realizando escolhas acerca de qual interesse deverá circunstancialmente prevalecer. Um intérprete que verifica a legitimidade de condutas alternativas, que faz valorações e escolhas, não desempenha apenas uma função de conhecimento. Com maior ou menor intensidade, de acordo com o caso, ele exerce sua discricionariedade. Para que não sejam arbitrárias, suas decisões, mais do que nunca, deverão ser racionais e argumentativamente fundamentadas.

A moderna interpretação constitucional diferencia-se da tradicional em razão de alguns fatores: a norma, como relato puramente abstrato, já não desfruta de primazia; o problema, a questão tópica a ser resolvida passa a fornecer elementos para sua solução; o papel do intérprete deixa de ser de pura aplicação da norma preexistente e passa a incluir uma parcela de criação do Direito do caso concreto. E, como técnica de raciocínio e de decisão, a ponderação passa a conviver com a subsunção. Para que se legitimem suas escolhas, o intérprete terá de servir-se dos elementos da teoria da argumentação, para convencer os destinatários do seu trabalho de que produziu a solução constitucionalmente adequada para a questão que lhe foi submetida. Por sua relevância para o estudo, os tópicos seguintes ocupam-se de forma específica dos fenômenos da colisão dos direitos fundamentais e da ponderação como técnica de decisão jurídica.

1 O fenômeno da colisão de direitos fundamentais

Os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, temporal e especialização (v. *supra*, nota 3) – não são aptos, como regra geral, para a solução de colisões entre normas constitucionais, especialmente as que veiculam direitos fundamentais. Tais colisões, todavia, surgem inexoravelmente no direito constitucional contemporâneo, por razões numerosas. Duas delas são destacadas a seguir: (i) a complexidade e o pluralismo das sociedades modernas levam ao abrigo da Constituição valores e interesses diversos, que eventualmente entram em choque; e (ii) sendo os direitos fundamentais expressos, freqüentemente, sob a forma de princípios, sujeitam-se, como já exposto (v. *supra*), à concorrência com outros princípios e à aplicabilidade no limite do possível, à vista de circunstâncias fáticas e jurídicas⁷.

⁷ Há vasto material sobre o assunto, tanto na doutrina brasileira quanto no direito comparado. A respeito da colisão de direitos fundamentais em geral, v. STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais*

⁴ V. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: *Temas de direito constitucional*, t. II, p. 32: “O Direito, como se sabe, é um sistema de normas harmonicamente articuladas. Uma situação não pode ser regida simultaneamente por duas disposições legais que se contraponham. Para solucionar essas hipóteses de conflito de leis, o ordenamento jurídico se serve de três critérios tradicionais: o da *hierarquia* – pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior –, o *cronológico* – onde a lei posterior prevalece sobre a anterior – e o da *especialização* – em que a lei específica prevalece sobre a lei geral. Estes critérios, todavia, não são adequados ou plenamente satisfatórios quando a colisão se dá entre normas constitucionais, especialmente entre princípios constitucionais, categoria na qual devem ser situados os conflitos entre direitos fundamentais”.

⁵ AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)*, 2003.

⁶ ALEX, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 1997, p. 86: “Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas” (tradução livre).

Como é sabido, por força do princípio da unidade da Constituição inexistem hierarquia jurídica entre normas constitucionais. É certo que alguns autores têm admitido a existência de uma hierarquia axiológica, pela qual determinadas normas influenciariam o sentido e alcance de outras, independentemente de uma superioridade formal. Aqui, todavia, esta questão não se põe. É que os direitos fundamentais entre si não apenas têm o mesmo *status* jurídico como também ocupam o mesmo patamar axiológico⁸. No caso brasileiro, desfrutaram todos da condição de cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º, IV).

A circunstância que se acaba de destacar produz algumas consequências relevantes no equacionamento das colisões de direitos fundamentais. A primeira delas é intuitiva: se não há entre eles hierarquia de qualquer sorte, não é possível estabelecer uma regra abstrata e permanente de preferência de um sobre o outro. A solução de episódios de conflito deverá ser apurada diante do caso concreto. Em função das particularidades do caso é que se poderão submeter os direitos envolvidos a um processo de ponderação pelo qual, por meio de compressões recíprocas, seja possível chegar a uma solução adequada.

A segunda implicação relevante do reconhecimento de identidade hierárquica entre os direitos fundamentais diz respeito à atuação do Poder Legislativo diante das colisões de direitos dessa natureza. Nem sempre é singela a demarcação do espaço legítimo de atuação da *lei* na matéria, sem confrontar-se com a Constituição. No particular, há algumas situações diversas a considerar. Há casos em que a Constituição autoriza expressamente a restrição de um direito fundamental⁹. Aliás, mesmo nas hipóteses em que não há referência direta, a doutrina majoritária admite a atuação do legislador, com base na idéia de que existem limites *iminentes* aos direitos fundamentais¹⁰. Pois bem: em uma ou outra hipótese, ao

e princípio da proporcionalidade, 2001; SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 2000; TORRES, Ricardo Lobo. Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação. In: ZILLES, Urbano (Coord.). *Miguel Reale. Estudos em homenagem a seus 90 anos*, 2000. Sobre a temática específica da colisão entre a liberdade de expressão em sentido amplo e outros direitos fundamentais, sobretudo os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, v. SOUZA, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos fundamentais. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e de informação*, 2000; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*, 1999; CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade*, em

⁸ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e de informação*. 2000, p. 120: "Sucede que não há hierarquia entre os direitos fundamentais. Estes, quando se encontram em oposição entre si, não se resolve a colisão suprimindo um em favor do outro. Ambos os direitos protegem a dignidade da pessoa humana e merecem ser preservados o máximo possível na solução da colisão".

⁹ E.g., CF, art. 5º, "XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal"; e "XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

¹⁰ Para parte dos autores que tratam do tema, ao regulamentar o exercício do direito o legislador poderá explicitar limites iminentes, independentemente de expressa previsão constitucional. V. STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. 2001, p. 60-1: "Em outros termos, a

disciplinar o exercício de determinado direito, a lei poderá estar evitando colisões.

Situação diversa se coloca, porém, quando o legislador procura arbitrar diretamente colisões entre direitos. Como se afirmou acima, uma regra que estabeleça uma preferência abstrata de um direito fundamental sobre outro não será válida por desprezar o direito preterido de forma permanente e violar a unidade da Constituição. O legislador, portanto, deverá limitar-se a estabelecer parâmetros gerais, diretrizes a serem consideradas pelo intérprete, sem privá-lo, todavia, do sopesamento dos elementos do caso concreto e do juízo de equidade que lhe cabe fazer. Mesmo nas hipóteses em que se admita como legítimo que o legislador formule uma solução específica para o conflito potencial de direitos fundamentais, sua validade em tese não afasta a possibilidade de que se venha a reconhecer sua inadequação em concreto.

Um exemplo, respaldado em diversos precedentes judiciais, ilustrará o argumento. Como é de conhecimento geral, existem inúmeras leis que disciplinam ou restringem a concessão de tutela antecipada ou de medidas cautelares em processos judiciais. A postulação de uma dessas providências, *initio litis*, desencadeia uma colisão de direitos fundamentais, assim identificada: de um lado, o direito ao devido processo legal – do qual decorreria que somente após o procedimento adequado, com instrução e contraditório, seria possível que uma decisão judicial produzisse efeitos sobre a parte; e, de outro, o direito de acesso ao Judiciário, no qual está implícita a prestação jurisdicional eficaz: deve-se impedir que uma ameaça a direito se converta em uma lesão efetiva. Pois bem: a legislação não apenas estabelece requisitos específicos para esse tipo de tutela (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), como impõe, em muitos casos, restrições à sua concessão, em razão do objeto do pedido ou do sujeito em face de quem se faz o requerimento.

Nada obstante, o entendimento que prevalece é o de que a lei não pode impor solução rígida e abstrata para esta colisão, assim como para quaisquer outras. E ainda quando a solução proposta encontre respaldo constitucional e seja em tese válida, isso não impedirá o julgador, diante do caso concreto, de se afastar da fórmula legal se ela produzir uma situação indesejada pela Constituição. Há um interessante julgado do Supremo Tribunal Federal sobre o tema¹¹. Em ação direta de inconstitucionalidade, pleiteava-se a declaração de inconstitucionalidade da Medida Provisória 173/90, por afronta ao princípio do acesso à justiça e/ou da inafastabilidade do controle judicial. É que ela vedava a conces-

restrição de direitos fundamentais operada pelo legislador ordinário, antecipando-se a futuros conflitos (conflitos em potencial), pode ser justificada invocando-se a teoria dos limites iminentes; o legislador poderá argumentar que, embora não tenham sido prescritos nem direta nem indiretamente pelo legislador constituinte, os limites que está fixando são legítimos, porque iminentes ao sistema de direitos fundamentais e à Constituição como um todo".

¹¹ STF – DJ 29.06.1990, ADInMC 223/DF – Rel. Min. Paulo Brossard.

são de liminar em mandados de segurança e em ações ordinárias e cautelares decorrentes de um conjunto de dez outras medidas provisórias, bem como proibia a execução das sentenças proferidas em tais ações antes de seu trânsito em julgado.

No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o pedido. Vale dizer: considerou constitucional em tese a vedação. Nada obstante, o acórdão fez a ressalva de que tal pronunciamento não impedia o juiz do caso concreto de conceder a liminar, se em relação à situação que lhe competisse julgar não fosse razoável a aplicação da norma proibitiva¹². O raciocínio subjacente é o de que uma norma pode ser constitucional em tese e inconstitucional em concreto, à vista das circunstâncias de fato sobre as quais deverá incidir.

Antes de prosseguir, cabe resumir o que foi exposto neste tópico. A colisão de direitos fundamentais é um fenômeno contemporâneo e, salvo indicação expressa da própria Constituição, não é possível arbitrar esse conflito, de forma abstrata, permanente e inteiramente dissociada das características do caso concreto. O legislador não está impedido de tentar proceder a esse arbitramento, mas suas decisões estarão sujeitas a um duplo controle de constitucionalidade: o que se processa em tese, tendo em conta apenas os enunciados normativos envolvidos, e, em seguida, a um outro, desenvolvido diante do caso concreto e do resultado que a incidência da norma produz na hipótese. De toda sorte, a ponderação será a técnica empregada pelo aplicador tanto na ausência de parâmetros legislativos de solução como diante deles, para a verificação de sua adequação ao caso. O tópico seguinte, portanto, dedica algumas notas ao tema da ponderação.

¹² STF – DJ 29.06.1990 – ADInMC 223/DF – Rel. Min. Paulo Brossard: “Generalidade, diversidade e imprecisão de limites do âmbito de vedação de liminar da MP 173, que, se lhe podem vir, a final, a comprometer a validade, dificultam marcar, em tese, no juízo de delibação sobre o pedido de sua suspensão cautelar, até onde são razoáveis as proibições nela impostas, enquanto contenção ao abuso do poder cautelar, e onde se inicia, inversamente, o abuso das limitações e a conseqüente afronta à plenitude da jurisdição e ao Poder Judiciário. Indeferimento da suspensão liminar da MP 173, que não prejudica, segundo o relator do acórdão, o exame judicial em cada caso concreto da constitucionalidade, incluída a razoabilidade, da aplicação da norma proibitiva da liminar. Considerações, em diversos votos, dos riscos da suspensão cautelar da medida impugnada”. V. a propósito, o bem fundamentado voto do Min. Sepúlveda Pertence, aderindo ao relator, do qual se transcreve breve passagem: “O que vejo, aqui, embora entendendo não ser de bom aviso, naquela medida de discricionariedade que há na grave decisão a tomar, da suspensão cautelar, em tese, é que a simbiose institucional a que me referi, dos dois sistemas de controle da constitucionalidade da lei, permite não deixar ao desamparo ninguém que precise de medida liminar em caso onde – segundo as premissas que tentei desenvolver e melhor do que eu desenvolveram os Ministros Paulo Brossard e Celso de Mello – a vedação da liminar, por que desarrazoada, por que incompatível com o art. 5º, XXXV, por que ofensiva do âmbito de jurisdição do Poder Judiciário, se mostra inconstitucional.

Assim, creio que a solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas ao seu poder cautelar, para, se entender abusiva essa restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva (fls. 12”).

2 A técnica da ponderação¹³

Como registrado acima, durante muito tempo a subsunção foi a única fórmula para compreender a aplicação do direito, a saber: premissa maior – a norma – incidindo sobre a premissa menor – os fatos – e produzindo como consequência a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto. Como já se viu, essa espécie de raciocínio continua a ser fundamental para a dinâmica do direito. Mais recentemente, porém, a dogmática jurídica deu-se conta de que a subsunção tem limites, não sendo por si só suficiente para lidar com situações que, em decorrência da expansão dos princípios, são cada vez mais freqüentes. Não é difícil demonstrar e ilustrar o argumento:

Imagine-se uma hipótese em que mais de uma norma possa incidir sobre o mesmo conjunto de fatos – várias premissas maiores, portanto, para apenas uma premissa menor –, como no caso aqui em exame da oposição entre liberdade de imprensa e de expressão, de um lado, e os direitos à honra, à imagem, à intimidade e à vida privada, de outro. Como se constata singelamente, as normas envolvidas tutelam valores distintos e apontam soluções diversas e contraditórias para a questão. Na sua lógica unidirecional (premissa maior – premissa menor), a solução subsuntiva para esse problema somente poderia trabalhar com uma das normas, o que importaria na escolha de uma única premissa maior, descartando-se as demais. Tal fórmula, todavia, não seria constitucionalmente adequada: como já se sublinhou, o princípio da unidade da Constituição não admite que o intérprete simplesmente opte por uma norma e despreze outra também aplicável em tese, como se houvesse hierarquia entre elas. Como consequência, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de lidar com o fato de que a Constituição é um documento dialético – que tutela valores e interesses potencialmente conflitantes – e que princípios nela consagrados entram, freqüentemente, em rota de colisão.

A dificuldade descrita já foi amplamente percebida pela doutrina; é pacífico que casos como esses não são resolvidos por uma subsunção simples. Será preciso um raciocínio de estrutura diversa, mais complexo, capaz de trabalhar multidirecionalmente, produzindo a regra concreta que vai reger a hipótese a partir de uma síntese dos distintos elementos normativos incidentes sobre aquele

¹³ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, 1997; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997 e os seguintes textos mimeografados: *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais* (1998) e *Constitutional rights, balancing, and rationality* (2002) (textos gentilmente cedidos por CAMARGO, Margarida Lacombe); LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, 1997; SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 2000; TORRES, Ricardo Lobo. *Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação*. In: ZILLES, Urbano (Coord.). *Miguel Reale. Estudos em homenagem a seus 90 anos*, 2000. p. 643 e ss.; BARAK, Aaron. *Foreword: a judge on judging: the role of a Supreme Court in a Democracy*. *Harvard Law Review* 116/1, 2002; GOUVEA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*, 2003; AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)*, 2003.

conjunto de fatos. De alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que, na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, embora alguma(s) dela(s) venha(m) a se destacar sobre as demais. Esse é, de maneira geral, o objetivo daquilo que se convencionou denominar *técnica da ponderação*.

A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica¹⁴ aplicável a casos difíceis¹⁵, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, sobretudo quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas¹⁶. A estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas. A importância que o tema ganhou no cotidiano da atividade jurisdicional, entretanto, tem levado a doutrina a estudá-lo mais cuidadosamente¹⁷. De forma simplificada, é possível descrever a ponderação como um processo em três etapas, relatadas a seguir.

Na *primeira* etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Como se viu, a existência dessa espécie de conflito – insuperável pela subsunção – é o ambiente próprio de trabalho da ponderação¹⁸. Assinale-se que norma não se confunde com dispositivo: por vezes uma norma será o resultado da conjugação de mais de um dispositivo. Por seu turno, um dispositivo isoladamente considerado pode não conter uma norma ou, ao revés, abrigar mais de uma¹⁹. Ainda neste estágio, os diversos fundamentos normativos (isto é: as diversas premissas maiores pertinentes) são agrupados em função da solução que estejam sugerindo: aqueles que indicam a mesma solução devem formar um conjunto de argumentos. O propósito desse agrupamento é facilitar o trabalho posterior de comparação entre os elementos normativos em jogo.

¹⁴ SANTIAGO, José María Rodríguez de. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, 2000.

¹⁵ Do inglês *hard cases*, a expressão identifica situações para as quais não há uma formulação simples e objetiva a ser colhida no ordenamento, sendo necessária a atuação subjetiva do intérprete e a realização de escolhas, com eventual emprego de discricionariedade.

¹⁶ A ponderação também tem sido empregada em outras circunstâncias, como na definição do conteúdo de conceitos jurídicos indeterminados (a definição do que sejam os “valores éticos e sociais da pessoa e da família”, referidos no art. 221, IV, da Constituição, envolverá por certo um raciocínio do tipo ponderativo) ou na aplicação da equidade a casos concretos, embora este último caso possa ser reconduzido a um confronto de princípios, já que a equidade tem como fundamento normativo específico o princípio constitucional da justiça.

¹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação. In: ZILLES, Urbano (Coord.). *Miguel Reale. Estudos em homenagem a seus 90 anos*. 2000, p. 643 e ss.

¹⁸ Por vezes, o conflito se estabelece mais claramente entre interesses opostos, quando então será preciso verificar se esses interesses podem ser reconduzidos a normas jurídicas (as quais, por sua vez, podem ter como fundamento regras e/ou princípios, explícitos ou implícitos).

¹⁹ Sobre o tema, v. AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)*. 2003, p. 13.

Na *segunda* etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. Como se sabe, os fatos e as consequências práticas da incidência da norma têm assumido importância especial na moderna interpretação constitucional. Embora os princípios e regras tenham, em tese, uma existência autônoma, no mundo abstrato dos enunciados normativos, é no momento em que entram em contato com as situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido. Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência.

Até aqui, na verdade, nada foi solucionado e nem sequer há maior novidade. Identificação das normas aplicáveis e compreensão dos fatos relevantes fazem parte de todo e qualquer processo interpretativo, sejam os casos fáceis ou difíceis. É na *terceira* etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção. Relembre-se, como já assentado, que os princípios, por sua estrutura e natureza, e observados determinados limites, podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, à vista de circunstâncias jurídicas ou fáticas, sem que isso afete sua validade²⁰. Pois bem: nessa fase decisória, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto serão examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos a serem atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas a preponderar no caso. Os parâmetros construídos na primeira etapa deverão ser empregados aqui e adaptados, se necessário, às particularidades do caso concreto.

Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da *proporcionalidade* ou *razoabilidade*²¹.

²⁰ Essa estrutura em geral não se repete com as regras, de modo que a ponderação destas será um fenômeno muito mais complexo e excepcional.

²¹ Neste sentido, v. OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios. O princípio constitucional da razoabilidade*. 2003, p. 219: “Os princípios são mandados de otimização. Por isto a metodologia pertinente é a da ponderação de valores normativos. Ela acontece sob a lógica dos valores, que outra coisa não é senão a lógica do razoável, conforme proposta neste estudo. Nesta esteira, é que Alexy assevera: ‘La ley de ponderación no formula otra cosa que el principio de la proporcionalidad’. O critério da razoabilidade fornece a (justa) medida pela qual se otimizam os princípios em jogo. Como sustenta Canotilho, o que se almeja é uma ‘ponderação de bens racionalmente controlada’. Na jurisprudência, o STF tem aplicado reiteradamente o princípio da razoabilidade. Confira-se, exemplificativamente, o seguinte trecho de acórdão: ‘A cláusula do devido processo legal – objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição – deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário. A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro

Assentadas as premissas teóricas imprescindíveis, passa-se, a seguir, à segunda parte desse estudo. Nela, o roteiro acima apresentado será aplicado ao conflito específico entre liberdade de informação e expressão e direitos da personalidade. Em primeiro lugar, serão examinadas as normas constitucionais pertinentes e construídos os parâmetros possíveis na matéria. Em seguida, serão investigadas as normas infraconstitucionais que igualmente pretendem repercutir sobre a hipótese, tendo em conta, naturalmente, sua compatibilidade com os termos constitucionais. Em seguida, serão considerados os possíveis fatos relevantes para se apurar, então, a solução dessa modalidade de conflito.

PARTE II A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E EXPRESSÃO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE: PONDERAÇÃO DE BENS E VALORES CONSTITUCIONAIS

III A questão sob a ótica constitucional

1 Direitos constitucionais da personalidade

O reconhecimento dos direitos da personalidade como direitos autônomos²², de que todo indivíduo é titular²³, generalizou-se após a Segunda Guerra Mundial e a doutrina descreve-os hoje como emanações da própria dignidade humana, funcionando como “atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano”²⁴. Duas características dos direitos da personalidade merecem registro. A primeira delas é que tais direitos, atribuídos a todo ser humano²⁵ e reconhecidos pelos textos constitucionais modernos em geral, são oponíveis a toda a coletivi-

da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe da competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal” (STF – DJ 27.04.2001 – ADInMC 1.063-8 – Rel. Min. Celso de Mello).

²² Sobre a discussão acerca da existência autônoma dos direitos da personalidade, v. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 1997, p. 155.

²³ PERLINGIERI, Pietro. La personalidad humana nell'ordenamento giuridico. *Apud* TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*. 2001, p. 42: “O direito da personalidade nasce imediatamente e contextualmente com a pessoa (direitos inatos). Está-se diante do princípio da igualdade: todos nascem com a mesma titularidade e com as mesmas situações jurídicas subjetivas (...) A personalidade comporta imediata titularidade de relações personalíssimas”.

²⁴ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*. 2001, p. 33.

²⁵ CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. 2002, p. 67: “Identificados como inatos, no sentido de que não é necessária a prática de ato de aquisição, posto que inerentes ao homem, bastando o nascimento com vida para que passem a existir, os direitos da personalidade vêm sendo reconhecidos igualmente aos nascituros”.

dade e também ao Estado²⁶. A segunda característica peculiar dos direitos da personalidade consiste em que nem sempre sua violação produz um prejuízo que tenha repercussões econômicas ou patrimoniais²⁷, o que ensejará formas variadas de reparação, como o “direito de resposta”, a divulgação de desmentidos de caráter geral e/ou a indenização pelo dano não-patrimonial (ou moral, como se convencionou denominar).

Uma classificação que se tornou corrente na doutrina é a que separa os direitos da personalidade em dois grupos: (i) direitos à integridade física, englobando o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e (ii) direitos à integridade moral, rubrica na qual se inserem os direitos à honra, à liberdade, à vida privada, à intimidade, à imagem, ao nome e o direito moral do autor, dentre outros. Neste estudo, interessam mais diretamente alguns direitos do segundo grupo, em especial os direitos à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem. A Constituição de 1988 abrigou essas idéias, proclamando a centralidade da dignidade da pessoa humana e dedicando dispositivos expressos à tutela da personalidade, dentre os quais é possível destacar os seguintes:

Art. 5º (...)

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

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

De forma simples, os direitos à intimidade e à vida privada protegem as pessoas na sua individualidade e resguardam o direito de estar só²⁸. A intimidade e a vida privada são esferas diversas²⁹ compreendidas em um conceito mais amplo: o de *direito de privacidade*. Dele decorre o reconhecimento da existência, na vida das pessoas, de espaços que devem ser preservados da curiosidade alheia, por envolverem o modo de ser de cada um, as suas particularidades. Aí

²⁶ MARTÍNEZ, Miguel Ángel Alegre. *El derecho a la propia imagen*. 1997, p. 140: “Es de notar, además, que los destinatarios de esse deber genérico son todas las personas. El respeto a los derechos fundamentales, traducción del respeto a la dignidad de la persona, corresponde a todos, precisamente porque los derechos que deben ser respetados son patrimonio de todos, y el no respeto a los mismos por parte de cualquiera privará al otro del disfrute de sus derechos, exigido por su dignidad”.

²⁷ V. TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*. 2001, p. 33 e ss.

²⁸ O artigo *The right to privacy*, de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, publicado na *Harvard Law Review* em 1890, marca o início da construção dogmática desses direitos.

²⁹ A intimidade corresponde a um círculo mais restrito de fatos relacionados exclusivamente ao indivíduo, ao passo que a vida privada identifica um espaço mais amplo de suas relações sociais. A proteção de uma e outra, portanto, varia de intensidade. Sobre o tema, v. FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos – a honra, a intimidade e a imagem versus a liberdade de expressão e de informação*. 2000, p. 140 e ss. e GARDÓ, Antonio Fayos. *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, p. 25 e ss.

estão incluídos os fatos ordinários, ocorridos geralmente no âmbito do domicílio ou em locais reservados, como hábitos, atitudes, comentários, escolhas pessoais, vida familiar, relações afetivas. Como regra geral, não haverá interesse público em ter acesso a esse tipo de informação.

Ainda no campo do direito de privacidade, a doutrina e a jurisprudência costumam identificar um elemento decisivo na determinação da intensidade de sua proteção: o *grau de exposição pública* da pessoa, em razão de seu cargo ou atividade, ou até mesmo de alguma circunstância eventual. A privacidade de indivíduos de vida pública – políticos, atletas, artistas – sujeita-se a parâmetro de aferição menos rígido do que os de vida estritamente privada. Isso decorre, naturalmente, da necessidade de auto-exposição, de promoção pessoal ou do interesse público na transparência de determinadas condutas. Por vezes, a notoriedade advém de uma fatalidade ou de uma circunstância negativa, como estar envolvido em um acidente ou ter cometido um crime. Remarque-se bem: o direito de privacidade existe em relação a todas as pessoas e deve ser protegido. Mas o âmbito do que se deve interditar à curiosidade do público é menor no caso das pessoas públicas³⁰.

Também se entende que não há ofensa à privacidade – isto é, quer à intimidade, quer à vida privada – se o fato divulgado, sobretudo por meios de comunicação de massa, já ingressou no domínio público, pode ser conhecido por outra forma regular de obtenção de informação ou se a divulgação limita-se a reproduzir informação antes difundida³¹. Nesse caso, não se cogita de lesão à privacidade nem tampouco ao direito de imagem (v. *supra*). Confira-se, nesse sentido, a seguinte ementa de acórdão, relatado pelo Desembargador José Carlos Barbosa Moreira, no qual se discutia se peça teatral que retratava a vida de determinados personagens históricos (Olga Benário e Luiz Carlos Prestes) violava sua intimidade: “*Verificada a inexistência de ofensa à honra, tampouco se reconhece violação da privacidade, uma vez que os fatos mostrados são do conhecimento geral, ou pelo menos acessíveis a todos os interessados, por outros meios não excepcionais, como a leitura de livro para cuja redação ministrara informações o próprio titular do direito que se alega lesado*”³².

A *honra* é igualmente um direito da personalidade previsto constitucionalmente. Por ele se procura proteger a dignidade pessoal do indivíduo, sua

³⁰ V. CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. 1997, p. 99 e ss.; MARTINEZ, Miguel Angel Alegre. *El derecho a la propia imagen*. 1997, p. 120 e ss.

³¹ V. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*, 1999, p. 230: “Antonio Scalise, depois de examinar a jurisprudência italiana, concluiu que a informação jornalística é legítima se preencher três requisitos: o interesse social da notícia, a verdade do fato narrado e a continência da narração. Finalmente, é continente a narrativa quando a exposição do fato e sua valorização não integram os extremos de uma agressão moral, mas é expressão de uma harmônica fusão do dado objetivo de percepção e do pensamento de quem recebe, além de um justo temperamento do momento histórico e do momento crítico da notícia”.

³² TJRJ – DO 03.04.1989 – AC 1988.001.03920 – Rel. Des. Barbosa Moreira.

reputação diante de si próprio e do meio social no qual está inserido³³. De forma geral, a legislação, a doutrina e a jurisprudência estabelecem que o direito à honra é limitado pela circunstância de ser verdadeiro o fato imputado ao indivíduo³⁴; nessa hipótese, não se poderia opor a honra pessoal à verdade. Excepcionalmente, porém, a doutrina admite (e a legislação de alguns países autoriza³⁵) que se impeça a divulgação de fatos verdadeiros mas detratores da honra individual: é o que se denomina de “*segredo da desonra*”³⁶. Os fatos que comportam essa exceção envolvem, de forma geral, circunstâncias de caráter puramente privado, sem repercussão sobre o meio social, de tal modo que de forma muito evidente não exista qualquer interesse público na sua divulgação³⁷.

Para os fins relevantes ao presente estudo, é importante registrar que o conflito potencial entre a proteção à honra dos acusados e a divulgação de fatos criminosos ou de procedimentos criminais (no momento de sua apuração ou posteriormente) tem sido examinado com frequência pela doutrina e jurisprudência. E, a propósito, existe amplo consenso no sentido de que há interesse público na divulgação de tais fatos, sendo inoponível a ela o direito do acusado à honra³⁸. Vejam-se alguns dos elementos que conduzem a essa conclusão: (i) a circunstância de os fatos criminosos divulgados serem verdadeiros e a informação acerca deles haver sido obtida lícitamente (mesmo porque o processo é um

³³ Nas palavras de Adriano de Cupis (Os direitos da personalidade, 1961. *Apud* FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos – a honra, a intimidade e a imagem versus a liberdade de expressão e de informação*. 2000, p. 134), citado pela maioria dos autores: “a dignidade pessoal refletida na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa”.

³⁴ Faz-se desde logo o registro de que, sobretudo quando se trata dos meios de comunicação, a verdade em questão não corresponde a uma verdade absoluta, muitas vezes impossível de apurar, e sim a uma verdade subjetiva, plausível ou fundamentada. A este ponto se retornará no próximo capítulo.

³⁵ Na Inglaterra, o *Rehabilitation of Offenders Act* proíbe a divulgação de informações obtidas por meios ilícitos sobre o cometimento de crimes, quando os condenados já tenham sido reabilitados, bem como a divulgação das referidas informações por pessoas que as tenham obtido em virtude do cargo ou função pública que ocupem. Não há, contudo, nenhum óbice à divulgação de material obtido através de meios regulares – não ilícitos –, no que se incluem os registros públicos. Sobre o tema, v. GARDÓ, Antonio Fayos. *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*. 2000, p. 329-30.

³⁶ V. FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos – a honra, a intimidade e a imagem versus a liberdade de expressão e de informação*. 2000, p. 136.

³⁷ Só se pode afastar a exceção da verdade no caso de imputação de fato relativo exclusivamente à intimidade. Não é o que ocorre, por óbvio, em relação à prática de um crime, que não se inclui sequer na vida privada, sendo um acontecimento de repercussão social por natureza. Nesse sentido, tratando especificamente da configuração de difamação pelo Tribunal Constitucional espanhol. V. CODERCH, Pablo Salvador (Org.). *El mercado de las ideas*. 1990, p. 166-7: “La *exceptio veritatis* no se admite en materia de intimidad mas, en el marco de una concepción factual del honor, no hay razón para rechazar su alegación en sede de difamación”.

³⁸ GARDÓ, Antonio Fayos. *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*. 2000, p. 67: “Asimismo hay interés público en todos los supuestos en que una persona es acusada o juzgada por algún delito: hay sentencias que lo admiten en caso de abuso sexual de menores, violaciones, secuestros, homicidios, etc., aceptándose incluso la existencia del *Public concern* en casos en que la persona ha sido absuelta o ya ha transcurrido mucho tiempo desde la condena”. O autor menciona casos da jurisprudência norte-americana. A última hipótese – julgamentos em que houve absolvição ou cuja condenação data de muito tempo – é exemplificada com o caso *Wasser v. San Diego Union, Cal. App. 1987, 191 Cal. App. 3d 1455, 236 Cal. Rptr. 772, 775-777*.

procedimento público) afasta por si só a alegação de ofensa à honra; (ii) não se aplica a exceção do “segredo da desonra” porque fatos criminosos, por sua própria natureza, repercutem sobre terceiros (na verdade, sobre toda a sociedade), e tanto não dizem respeito exclusivamente à esfera íntima da pessoa que são considerados criminosos; (iii) ademais, há o interesse público específico na prevenção geral própria do Direito Penal, isto é, a divulgação de que a lei penal está sendo aplicada tem a função de servir de desestímulo aos potenciais infratores³⁹.

É oportuno, neste passo, fazer um breve registro sobre o famoso e controvertido caso *Lebach*, julgado em 1973 pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. Em linhas gerais, tratava-se de decidir se um canal de televisão poderia exibir documentário sobre um homicídio que havia abalado a opinião pública alemã alguns anos antes, conhecido como “o assassinato de soldados de *Lebach*”. A questão foi suscitada por um dos condenados, então em fase final de cumprimento de pena, sob o fundamento de que a veiculação do programa atingiria a sua honra e, sobretudo, configuraria sério obstáculo ao seu processo de ressocialização. A primeira instância e o tribunal revisor negaram o pedido de liminar formulado pelo autor, que pretendia obstar a exibição. O fundamento adotado foi o de que o envolvimento no fato delituoso o tornara um personagem da história alemã recente, o que conferia à divulgação do episódio interesse público inegável, prevalente inclusive sobre a legítima pretensão de ressocialização.

Diante disso, o autor interpôs recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) perante o Tribunal Constitucional, alegando, em síntese, violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, que abrigaria em seu conteúdo o direito à reinserção social. Após proceder à oitiva de representantes do canal de televisão interessado, da comunidade editorial alemã, de especialistas nos diversos ramos do conhecimento pertinentes, do Governo Federal e do Estado da Federação onde o condenado haveria de se reintegrar, o Tribunal reformou o entendimento dos juízos anteriores, concedendo a liminar para impedir a veiculação do programa, caso houvesse menção expressa ao interessado.

A decisão é controvertida na própria Alemanha e dificilmente seria compatível, em tese, com as opções veiculadas pelo poder constituinte originário de 1988. Também do ponto de vista dos traços do caso concreto, que acabaram por determinar a decisão do Tribunal Constitucional, o caso *Lebach* não serve de paradigma para este tipo de conflito, dadas as grandes especificidades que o

³⁹ Sobre o tema, veja-se a respeitada e atual doutrina de ROXIN, Claus (*Derecho penal – parte general*. 1997, t. I, p. 90): “La teoría preventiva general tiene también hoy en día mucha influencia como teoría de la pena. Posee una cierta evidencia de psicología del profano y se justifica asimismo por la consideración de la psicología profunda de que muchas personas solo contienen sus impulsos antijurídicos cuando ven que aquel que se permite su satisfacción por medios extralegales no consigue éxito con ello, sino que sufre graves inconvenientes”. Na doutrina nacional, confira-se o magistério de FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal*, 1989, p. 276: “Prevenção geral é a intimidação que se supõe alcançar através da ameaça da pena e de sua efetiva imposição, atemorizando os possíveis infratores”.

cercaram, sobretudo a coincidência temporal entre a iniciativa de exibição do documentário e a soltura de um dos apenados. De parte isto, o temor ao precedente da interdição prévia à veiculação de fatos ou programas não assombra o imaginário político alemão com a intensidade que ocorre no Brasil.

O direito à imagem protege a representação física do corpo humano ou de qualquer de suas partes, ou ainda de traços característicos da pessoa pelos quais ela possa ser reconhecida⁴⁰. A reprodução da imagem depende, em regra, de autorização do titular. Nesse sentido, a imagem é objeto de um direito autônomo, embora sua violação venha associada, com frequência, à de outros direitos da personalidade, sobretudo a honra. Note-se, porém, que a circunstância de já ser público o fato divulgado juntamente com a imagem afasta a alegação de ofensa à honra ou à intimidade, mas não interfere com o direito de imagem, que será violado a cada vez que ocorrerem novas divulgações da mesma reprodução⁴¹. A doutrina e a jurisprudência, tanto no Brasil como no exterior, registram alguns limites ao direito de imagem⁴². Atos judiciais, inclusive julgamentos, são públicos via de regra (CF, art. 93, IX⁴³), o que afasta a alegação de lesão à imagem captada nessas circunstâncias. Igualmente, a difusão de conhecimento histórico, científico e da informação jornalística constituem limites a esse direito⁴⁴.

Com as notas acima procurou-se delinear os traços gerais dos direitos da personalidade mais relevantes para a hipótese de conflito em exame. A seguir,

⁴⁰ CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. 2002, p. 17: “Compreende-se nesse conceito, não apenas o semblante do indivíduo, mas partes distintas do seu corpo, sua própria voz, enfim, quaisquer sinais pessoais de natureza física pelos quais possa ser ela reconhecida”.

⁴¹ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos – a honra, a intimidade e a imagem versus a liberdade de expressão e de informação*. 2000, p. 150.

⁴² MARTÍNEZ, Miguel Ángel Alegre. *El derecho a la propia imagen*. 1997, p. 125, lista algumas hipóteses interessantes de limitação legítima ao direito de imagem: fotografias tiradas por radares eletrônicos de trânsito e imagens captadas por câmeras de segurança, inclusive as instaladas nas ruas e espaços públicos.

⁴³ CF, art. 93, IX: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”.

⁴⁴ O'CALLAGHAN, Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen. *Apud* MARTÍNEZ, Miguel Ángel Alegre. *El derecho a la propia imagen*. 1997, p. 124: “En efecto, consecuencia de ello es que las imágenes que se captan, publiquen o transmitan de un proceso no entran en el derecho a la imagen de los interesados, los cuales no podrán ejercer sobre las mismas el aspecto positivo y, especialmente, el negativo, que forma su contenido”; MARTÍNEZ, Miguel Ángel Alegre. *El derecho a la propia imagen*. 1997, p. 127: “Otra ‘causa de justificación’ introducida con carácter general por el artículo 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982, es el predominio de ‘un interés histórico, científico o cultural relevante’. Para que pueda considerarse justificada la información, por tanto, ha de revelar imágenes que aporten datos importantes para el conocimiento de un hecho, acontecimiento o época, o suponga una aportación importante en el ámbito de la cultura o de la investigación”. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (*Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*, 1994, p. 38) menciona ainda os seguintes permissivos gerais encontrados na Lei Orgânica de Proteção Civil, também da Espanha: (i) imagens de pessoas públicas captadas em atos públicos ou lugares abertos ao público; (ii) caricaturas de pessoas públicas; (iii) acontecimentos públicos.

será feito um estudo semelhante acerca das liberdades de expressão e de informação, bem como da chamada liberdade de imprensa.

2 Liberdades constitucionais de informação e de expressão e a liberdade de imprensa.

A doutrina brasileira distingue as liberdades de informação e de expressão⁴⁵, registrando que a primeira diz respeito ao direito individual de comunicar livremente fatos⁴⁶ e ao direito difuso de ser deles informado; a liberdade de expressão, por seu turno, destina-se a tutelar o direito de externar idéias, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação do pensamento humano. Sem embargo, é de reconhecimento geral que a comunicação de fatos nunca é uma atividade completamente neutra: até mesmo na seleção dos fatos a serem divulgados há uma interferência do componente pessoal⁴⁷. Da mesma forma, a expressão artística muitas vezes tem por base acontecimentos reais. Talvez por isso o direito norte-americano⁴⁸, o Convênio Europeu de Direitos Humanos (art. 10.1) e a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 19⁴⁹) tratem as duas liberdades de forma conjunta.

É fora de dúvida que a liberdade de informação se insere na liberdade de expressão em sentido amplo⁵⁰, mas a distinção parece útil por conta de um ine-

gável interesse prático, relacionado com os diferentes requisitos exigíveis de cada uma das modalidades e suas possíveis limitações. A informação não pode prescindir da verdade – ainda que uma verdade subjetiva e apenas possível (o ponto será desenvolvido adiante) – pela circunstância de que é isso que as pessoas legitimamente supõem estar conhecendo ao buscá-la. Decerto, não se cogita desse requisito quando se cuida de manifestações da liberdade de expressão⁵¹. De qualquer forma, a distinção deve pautar-se por um critério de prevalência: haverá exercício do direito de informação quando a finalidade da manifestação for a comunicação de fatos noticiáveis, cuja caracterização vai repousar sobretudo no critério da sua veracidade⁵².

Além das expressões *liberdade de informação* e de *expressão*, há ainda uma terceira locução que se tornou tradicional no estudo do tema e que igualmente tem assento constitucional: a liberdade de imprensa. A expressão designa a liberdade reconhecida (na verdade, conquistada ao longo do tempo) aos meios de comunicação em geral (não apenas impressos, como o termo poderia sugerir) de comunicarem fatos e idéias, envolvendo, desse modo, tanto a liberdade de informação como a de expressão.

Se de um lado, portanto, as liberdades de informação e expressão manifestam um caráter individual, e nesse sentido funcionam como meios para o desenvolvimento da personalidade, essas mesmas liberdades atendem ao inegável interesse público da livre circulação de idéias, corolário e base de funcionamento do regime democrático, tendo portanto uma dimensão eminentemente coletiva⁵³, sobretudo quando se esteja diante de um meio de comunicação social ou de massa. A divulgação de fatos relacionados com a atuação do Poder Público ganha ainda importância especial em um regime republicano, no qual os

⁴⁵ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. 1999, p. 25: "Por isso é importante sistematizar, de um lado, o direito de informação, e, de outro, a liberdade de expressão. No primeiro está apenas a divulgação de fatos, dados, qualidades, objetivamente apuradas. No segundo está a livre expressão do pensamento por qualquer meio, seja a criação artística ou literária, que inclui o cinema, o teatro, a novela, a ficção literária, as artes plásticas, a música, até mesmo a opinião publicada em jornal ou em qualquer outro veículo".

⁴⁶ BARROSO, Porfírio; TALAVERA, María del Mar López. *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*. 1998, p. 49: "La libertad de información se ejerce a través de la difusión de hechos. Pero no todos los hechos pueden ser objeto de la libertad de información, sino sólo aquellos que tienen trascendencia pública: hechos noticiables".

⁴⁷ Tribunal Constitucional Espanhol, Sentencia 6.21 ene. Fundamento Jurídico n. 5, *Apud* CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. 2002, p. 106: "(...) a comunicação de fatos ou de notícias não se dá nunca em um estado quimicamente puro e compreende, quase sempre, algum elemento valorativo ou, dito de outro modo, uma vocação à formação de uma opinião".

⁴⁸ Na doutrina americana, v., dentre outros, TRIBE, Laurence. *Constitutional law*. 1988, p. 785 e s.; NOWAK, ROTUNDA e YOUNG. *Constitutional law*. 1986, p. 829 e ss.

⁴⁹ "Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e idéias por qualquer meio de expressão". O Convênio Europeu de Direitos Humanos é praticamente idêntico.

⁵⁰ BARROSO, Porfírio; TALAVERA, María del Mar López. *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*. 1998, p. 50: "Esta configuración autónoma de ambos derechos no puede oscurecer el hecho de que la libertad de información es material y lógicamente una faceta de la libertad de expresión. (...) La construcción dogmática de ambos derechos tiene idénticos fundamentos, o dicho en otras palabras, que las líneas doctrinales que se elaboran en beneficio de la garantía de la libertad de expresión son aplicables, con escasas acomodaciones, a la libertad de información".

⁵¹ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. 1999, p. 24: "Todos os doutrinadores citados, mesmo os que, em maioria, adotam uma disciplina comum entre expressão e informação, deparam-se com, pelo menos, uma distinção importante entre os dois institutos: a veracidade e a imparcialidade da informação. E é, justamente, em razão dessa distinção fundamental que se deve pensar em um direito de informação que seja distinto em sua natureza da liberdade de expressão".

⁵² SERRA, Lluís de Carrera. Régimen jurídico de la Información, 1996. *Apud* BARROSO, Porfírio; TALAVERA, María del Mar López. *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*. 1998, p. 49: "(...) mientras los hechos, por su materialidad, son susceptibles de prueba, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad (...), y por tanto, la libertad de expresión es más amplia que la libertad de información, por no operar, en el ejercicio de aquella, el límite interno de veracidad que es aplicable a ésta".

⁵³ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos – a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2000, p. 166-7: "Se a liberdade de expressão e informação, nos seus primórdios, estava ligada à dimensão individualista da manifestação livre do pensamento e da opinião, viabilizando a crítica política contra o *ancien régime*, a evolução daquela liberdade operada pelo direito/dever à informação, especialmente com o reconhecimento do direito ao público de estar suficientemente e corretamente informado; àquela dimensão individualista-liberal foi acrescida uma outra dimensão de natureza coletiva: a de que a liberdade de expressão e informação contribui para a formação da opinião pública pluralista – esta cada vez mais essencial para o funcionamento dos regimes democráticos, a despeito dos anátemas eventualmente dirigidos contra a manipulação da opinião pública".

agentes públicos praticam atos em nome do povo e a ele devem satisfações. A publicidade dos atos dos agentes públicos, que atuam por delegação do povo, é a única forma de controlá-los.

Na verdade, tanto em sua manifestação individual, como especialmente na coletiva, entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades⁵⁴, o que justifica uma posição de preferência – *preferred position* – em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados. Tal posição, consagrada originariamente pela Suprema Corte americana, tem sido reconhecida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol⁵⁵ e pela do Tribunal Constitucional Federal alemão⁵⁶. Dela deve resultar a absoluta excepcionalidade da proibição prévia de publicações, reservando-se essa medida aos raros casos em que não seja possível a composição posterior do dano que eventualmente seja causado aos direitos da personalidade⁵⁷. A opção pela composição posterior tem a inegável vantagem de não sacrificar totalmente nenhum dos valores envolvidos, realizando a idéia de ponderação⁵⁸.

⁵⁴ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos – a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2000, p. 167: “Assim, a liberdade de expressão e informação, acrescida dessa perspectiva de instituição que participa de forma decisiva na orientação da opinião pública na sociedade democrática, passa a ser estimada como elemento condicionador da democracia pluralista e como premissa para o exercício de outros direitos fundamentais”.

⁵⁵ SERRA, Lluís de Carrera. *Régimen jurídico de la Información*, 1996. Apud BARROSO, Porfírio; TALAVERA, María del Mar López. *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*. 1998, p. 48: “La jurisprudencia constitucional otorga a la libertad de expresión o de información un carácter preferente sobre los demás derechos fundamentales, como son el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. De manera que si la libertad de expresión se practica legítimamente – porque no se utilizan expresiones formalmente injuriosas –, el derecho al honor cede ante ella. O si la libertad de información se ejerce con noticias que son de interés público por su contenido o por referirse a una persona de relevancia pública, ha de protegerse frente al derecho al honor”.

⁵⁶ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos – a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2000, p. 178: “O *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Alemão), especialmente a partir da sentença do caso Lüth, também estabelece uma preferência pela liberdade de expressão e informação ao considerá-la como direito individual indispensável para o regime democrático”.

⁵⁷ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. 1999, p. 51: “Qualquer restrição deve ser determinada por ordem judicial, mediante o devido processo legal. E, mesmo o Poder Judiciário, só deve impor qualquer restrição à liberdade de expressão quando for imprescindível para salvaguardar outros direitos que não possam ser protegidos ou compostos de outro modo menos gravoso. Especialmente, a concessão de liminares só deve ocorrer em casos muitíssimos excepcionais. Na maioria das vezes, o direito invocado pode ser perfeitamente composto com a indenização por dano moral, o que é melhor solução do que impedir a livre expressão. O sistema proposto contribui, também, para criar um sentimento de responsabilidade entre os agentes criativos em geral pelos danos causados pelas suas obras”.

⁵⁸ Sem prejuízo de que a eventual ponderação se possa resolver pela incidência integral de um dos princípios envolvidos, com correlato afastamento de outros. Essa aferição deve ser feita à luz do caso concreto. Sobre o tema da ponderação v. STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, 2001.

A Constituição de 1988 traz diversas normas sobre o tema das liberdades de informação, de expressão e de imprensa. Sobre as duas primeiras, de forma geral, podem ser destacados os seguintes dispositivos:

Art. 5º. (...)

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral, ou à imagem;

(...)

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação, independentemente de censura ou licença;

(...)

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Para tratar dos meios de comunicação social e da liberdade de imprensa, a Constituição empregou artigo próprio, que confere àqueles tratamento privilegiado, nos seguintes termos:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística⁵⁹.

Como se observa das transcrições, a chamada liberdade de imprensa (na verdade, dos meios de comunicação) recebeu um tratamento específico no art. 220. Há quem sustente, aliás, que o § 1º do artigo, ao afirmar que “Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço...”, restringe a ponderação ao julgamento dos casos concretos, afastando a possibilidade de o legislador a realizar em abstrato⁶⁰. Segundo seus defensores, a tese não importaria a negação da

⁵⁹ Ainda na linha do direito à informação, veja-se que o art. 5º, XXXIII prevê: “XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

⁶⁰ Esta parece ser a posição de CASTRO, Mônica Neves de Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. 2002, p. 116: “Tratando-se de colisão entre direitos fundamentais não sujeitos à reserva de lei, como o são aqueles analisados no presente trabalho, a solução deve ficar a cargo dos Juízes e Tribunais”.

existência de limites imanes⁶¹, mas tão-somente afirmaria que a parte inicial do parágrafo proíbe a restrição legislativa, delegando essa tarefa integralmente ao órgão judiciário encarregado da apreciação dos conflitos concretos individualizados. Ao exercer essa função, o órgão jurisdicional estaria – ele sim – adstrito às hipóteses de limitação enumeradas na parte final do dispositivo (incs. IV, V, X, XIII e XIV do art. 5º da própria Constituição)⁶².

Independentemente da tese que se acaba de registrar, é evidente que tanto a liberdade de informação, como a de expressão, e bem assim a liberdade de imprensa, não são direitos absolutos, encontrando limites na própria Constituição. É possível lembrar dos próprios direitos da personalidade já referidos, como a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem (arts. 5º, X e 220, § 1º), a segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XIII), a proteção da infância e da adolescência (art. 21, XVI⁶³); no caso específico de rádio, televisão e outros meios eletrônicos de comunicação social, o art. 221 traz uma lista de princípios que devem orientar sua programação.

Além desses limites explícitos na Constituição, há outros que podem ser, com facilidade, considerados imanes. Em relação à liberdade de informação, já se destacou que a divulgação de fatos reais, ainda quando desagradáveis ou mesmo penosos para determinado(s) indivíduo(s)⁶⁴, é o que a caracteriza. Da

circunstância de destinar-se a dar ciência da realidade, decorre a exigência da verdade – um requisito interno, mais do que um limite⁶⁵ –, já que só se estará diante de informação, digna de proteção nesses termos, quando ele estiver presente⁶⁶. Lembre-se, porém, que a verdade aqui não corresponde, nem poderia corresponder, a um conceito absoluto.

De fato, no mundo atual, no qual se exige que a informação circule cada vez mais rapidamente, seria impossível pretender que apenas verdades incontestáveis fossem divulgadas pela mídia⁶⁷. Em muitos casos, isso seria o mesmo que inviabilizar a liberdade de informação, sobretudo de informação jornalística, marcada por juízos de verossimilhança e probabilidade. Assim, o requisito da verdade deve ser compreendido do ponto de vista subjetivo, equiparando-se à diligência do informador⁶⁸, a quem incumbe apurar de forma séria os fatos que pretende tornar públicos⁶⁹.

Fala-se ainda de um limite genérico às liberdades de informação e de expressão que consistiria no *interesse público*⁷⁰. É preciso, no entanto, certo cuidado com essa espécie de cláusula genérica que, historicamente, tem sido empre-

an aura of immediacy and even urgency that might not exist had plaintiff's name and photograph been suppressed" (WEILER, Paul C. *Entertainment, media, and the law*. 1997, p. 129).

⁶⁵ Em sentido contrário, CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. 1997, p. 108: "A liberdade de imprensa tem limites internos e limites externos. Os limites internos traduzem-se, e.g., nas responsabilidades sociais e no compromisso com a verdade, pois, como acisadamente registra Zannoni, os meios de comunicação devem aceitar e cumprir certas obrigações para com a sociedade, estabelecendo um alto nível profissional e de informação, com base na veracidade, na exatidão, na objetividade e no equilíbrio. Os limites externos encontrariam muros justamente nos limites de outros direitos de igual hierarquia constitucional".

⁶⁶ CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. 2002, p. 110: "Se inverídica, sequer se estabelece o conflito, eis que não se insere no âmbito do conteúdo material da liberdade de informação e expressão o de mentir, transmitir dados não verdadeiros ou falsear a verdade".

⁶⁷ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. 1999, p. 98: "Caso a exigência fosse tomada de modo absoluto, segundo o Tribunal [Constitucional da Espanha], significaria condenar a imprensa ao silêncio".

⁶⁸ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. 1999, p. 97: "É certo que, nos casos concretos, torna-se difícil estabelecer o que é verdade e o que é falsidade. Qualquer que seja o critério adotado há que levar em conta essa dificuldade e há que ser flexível. O que se deve exigir dos órgãos de informação é a diligência em apurar a verdade; o que se deve evitar é a despreocupação e a irresponsabilidade em publicar ou divulgar algo que não resista a uma simples aferição".

⁶⁹ Essa flexibilização chega a extremos na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, no que é seguida pelo Tribunal Constitucional espanhol. Essas Cortes, quando a notícia diz respeito a funcionário público no exercício de suas funções, exigem apenas que o veículo de comunicação não tenha procedido com *actual malice*, ou seja, com conhecimento da falsidade ou da provável falsidade do que publicam. O *leading case* na matéria foi *New York Times vs. Sullivan*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1964 (376 U.S. 254). V. HALL, Dermot L. (Ed.). *The Oxford companion to the Supreme Court*. 1992, p. 586-7.

⁷⁰ MONTERO, Javier Terrón. *Libertad de expresión y Constitución*, 1980. *Apud* BARROSO, Porfírio; TALAVERA, María del Mar López. *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*. 1998, p. 50: "Dos son los órdenes de limitaciones impuestas generalmente a la libertad de expresión-información: el interés público general y el derecho a la intimidad personal".

⁶¹ STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. 2001, p. 61: "Em outros termos, a restrição de direitos fundamentais operada pelo legislador ordinário, antecipando-se a futuros conflitos (conflitos em potencial), pode ser justificada invocando-se a teoria dos limites imanes; o legislador poderá argumentar que, embora não tenham sido prescritos nem direta nem indiretamente pelo legislador constituinte, os limites que está fixando são legítimos, porque imanes ao sistema de direitos fundamentais e à Constituição como um todo". Por essa teoria, o legislador infraconstitucional poderia restringir direitos fundamentais ainda quando não houvesse reserva de lei – no silêncio do constituinte, portanto – tendo em vista os limites imanes que a unidade da Constituição impõe. Todavia, de certo não poderia atuar em determinada matéria se houvesse uma proibição explícita do constituinte. Parece ser essa a interpretação que a mencionada autora extrai do art. 220, § 1º, da Constituição.

⁶² Gilmar Ferreira Mendes pensa de forma diversa, considerando tratar-se apenas de uma reserva de lei qualificada, que autoriza a edição de lei, mas a vincula aos parâmetros previstos constitucionalmente. MENDES, Gilmar Ferreira. *Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem*. In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 1998, p. 86-7.

⁶³ CF, art. 21. Compete à União: (...) XVI – exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão;

⁶⁴ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. 1999, p. 91: "Em mais de uma oportunidade o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (*Casos Lingens, Castells, e Open Door e Dublin Well Woman*), consagrou a tese de que a liberdade de informação – e de expressão – não autoriza apenas a divulgação de informação inócua ou indiferente, ou mesmo agradável em relação ao personagem do fato, mas também a informação que ofenda ou moleste". Seguindo a mesma linha, a Suprema Corte americana já autorizou a divulgação de aspectos pessoais e mesmo da identidade de vítima de estupro, a despeito do constrangimento que isso lhe causaria, sob o fundamento de que as referências concretas aumentam o impacto e a verossimilhança da matéria jornalística, conferindo-lhe credibilidade e, por consequência, tornando-a mais informativa: "The Court stated that 'plaintiff's photograph and name' were substantially relevant to a newsworthy topic because they strengthen the impact and credibility of the article. They obviate any impression that the problems raised in the article are remote and hypothetical, thus providing

gada, com grande dissimulação, para a prática de variadas formas de arbítrio no cerceamento das liberdades individuais, na imposição de censura e de discursos oficiais de matizes variados. Mesmo porque, vale lembrar que o pleno exercício das liberdades de informação e de expressão constitui um interesse público em si mesmo, a despeito dos eventuais conteúdos que veiculem. O tema vale uma nota específica.

Quando se faz referência à necessidade de se atender ao requisito do *interesse público* no exercício da liberdade de informação e de expressão, na verdade se está cuidando do *conteúdo* veiculado pelo agente. Isto é: procura-se fazer um juízo de valor sobre o interesse na divulgação de determinada informação ou de determinada opinião. Ocorre, porém, que há um interesse público da maior relevância no próprio instrumento em si, isto é, na própria liberdade, independentemente de qualquer conteúdo. Não custa lembrar que é sobre essa liberdade que repousa o conhecimento dos cidadãos acerca do que ocorre à sua volta⁷¹; é sobre essa liberdade, ao menos em Estados plurais, que se deve construir a confiança nas instituições e na democracia. O Estado que censura o programa televisivo de má qualidade pode, com o mesmo instrumental, censurar matérias jornalísticas “inconvenientes”⁷², sem que o público exerça qualquer controle sobre o filtro que lhe é imposto.

A conclusão a que se chega, portanto, é a de que o interesse público na divulgação de informações – reiterando-se a ressalva sobre o conceito já pressupor a satisfação do requisito da verdade subjetiva – é presumido. A superação dessa presunção, por algum outro interesse, público ou privado, somente poderá ocorrer, legitimamente, nas situações-limite, excepcionabilíssimas, de quase ruptura do sistema. Como regra geral, não se admitirá a limitação de liberdade de

⁷¹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e direito difuso à informação verdadeira*. 1994, p. 88: “A notícia tem uma finalidade social, que é colocar a pessoa sintonizada com o mundo que a rodeia, de modo que todas as pessoas tenham acesso igualitário à informação disponível, para que possam desenvolver toda a potencialidade de sua personalidade e, assim, possam tomar as decisões que a comunidade exige de cada integrante”.

⁷² Há um julgado da Corte Europeia de Direitos Humanos que reconhece a liberdade de expressão ainda quando o seu exercício possa interferir com a credibilidade e a imparcialidade de uma decisão do Poder Judiciário. A decisão, obtida por maioria apertada, entendeu que a circunstância – reconhecida pela Corte como efetivamente presente – de a divulgação de fatos que constituíam o objeto de um rumoroso processo poder afetar a credibilidade da futura decisão não afastava a liberdade de expressão, já que o interesse público militava pela disseminação das informações, relativas a uma questão de saúde pública (no caso, o modo como haviam sido conduzidos os testes do remédio Talidomida. V. BERGER, Vincent. *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de L'Homme*. 2002, p. 487: “L’arrêt poursuit en soulignant l’importance dans une société démocratique, du principe de la liberté d’expression, qui s’applique au domaine de l’administration de la justice comme aux autres. Non seulement il incombe aux mass media de communiquer des informations et des idées sur les questions dont connaissent les tribunaux, mais encore le public a le droit d’en recevoir. (...) A une faible majorité (onze voix contre neuf), la Cour conclut que l’ingérence ne correspondait pas à un besoin social assez impérieux pour primer l’intérêt public s’attachant à la liberté d’expression; ne se fondant donc pas sur des motifs suffisants sous l’angle de l’article 10 § 2, elle n’était ni proportionnée au but légitime poursuivi ni nécessaire, dans une société démocratique, pour garantir l’autorité du pouvoir judiciaire. Dès lors, il y a eu violation de l’article 10”.

expressão e de informação, tendo-se em conta a já mencionada *preferred position* de que essas garantias gozam.

Um último aspecto do conflito potencial entre as liberdades de informação e de expressão e seus limites envolve não as normas em oposição, mas as modalidades disponíveis de restrição, mais ou menos intensas, de tais liberdades. Como referido inicialmente, a ponderação deverá decidir não apenas qual bem constitucional deve preponderar no caso concreto, mas também em que medida ou intensidade ele deve preponderar. A restrição mais radical, sempre excepcional e não prevista explicitamente pelo constituinte em nenhum ponto do texto de 1988, é a proibição prévia da publicação ou divulgação do fato ou da opinião. Essa é uma modalidade de restrição que elimina a liberdade de informação e/ou de expressão. Em seguida, a própria Constituição admite a existência de crimes de opinião (art. 53, *a contrario sensu*), bem como a responsabilização civil por danos materiais ou morais (art. 5º, V e X), ou seja: o exercício abusivo das liberdades de informação e de expressão poderá ocasionar a responsabilização civil ou mesmo criminal. Por fim, a Constituição previu ainda o direito de resposta (art. 5º, V) como mecanismo de sanção.

3 Parâmetros constitucionais para a ponderação na hipótese de colisão

A partir das notas teóricas estabelecidas no tópico anterior, é possível desenvolver um conjunto de parâmetros que se destinam a mapear o caminho a ser percorrido pelo intérprete, diante do caso concreto. São elementos que devem ser considerados na ponderação entre a liberdade de expressão e informação (especialmente esta última, pois é a que mais diretamente interessa ao estudo), de um lado, e os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, de outro. Os parâmetros apurados até aqui seguem enunciados abaixo.

a) A veracidade do fato

A informação que goza de proteção constitucional é a informação verdadeira. A divulgação deliberada de uma notícia falsa, em detrimento do direito da personalidade de outrem, não constitui direito fundamental do emissor. Os veículos de comunicação têm o dever de apurar, com boa-fé e dentro de critérios de razoabilidade, a correção do fato ao qual darão publicidade. É bem de ver, no entanto, que não se trata de uma verdade objetiva, mas subjetiva, subordinada a um juízo de plausibilidade e ao ponto de observação de quem a divulga. Para haver responsabilidade, é necessário haver clara negligência na apuração do fato ou dolo na difusão da falsidade.

b) Licitude do meio empregado na obtenção da informação

O conhecimento acerca do fato que se pretende divulgar tem de ter sido obtido por meios admitidos pelo direito. A Constituição, da mesma forma que veda a utilização, em juízo, de provas obtidas por meios ilícitos, também interdita a divulgação de notícias às quais se teve acesso mediante cometimento de um crime. Se a fonte da notícia fez, *e.g.*, uma interceptação telefônica clandestina, invadiu domicílio, violou o segredo de justiça em um processo de família ou obteve uma informação mediante tortura ou grave ameaça, sua divulgação não será legítima. Note-se ainda que a circunstância de a informação estar disponível em arquivos públicos ou poder ser obtida por meios regulares e lícitos torna-a pública e, portanto, presume-se que a divulgação desse tipo de informação não afeta a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem dos envolvidos⁷³.

c) Personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia

As pessoas que ocupam cargos públicos têm o seu direito de privacidade tutelado em intensidade mais branda. O controle do poder governamental e a prevenção contra a censura ampliam o grau legítimo de ingerência na esfera pessoal da conduta dos agentes públicos. O mesmo vale para as pessoas notórias, como artistas, atletas, modelos e pessoas do mundo do entretenimento. Evidentemente, menor proteção não significa supressão do direito. Já as pessoas que não têm vida pública ou notoriedade desfrutam de uma tutela mais ampla de sua privacidade⁷⁴.

d) Local do fato

Os fatos ocorridos em local reservado têm proteção mais ampla do que os acontecidos em locais públicos. Eventos ocorridos no interior do domicílio de uma pessoa, como regra, não são passíveis de divulgação contra a vontade dos

⁷³ Nesse sentido, a Suprema Corte americana já decidiu que o fato de o material ter sido obtido através da consulta a registros públicos descaracteriza qualquer ilicitude na sua divulgação, ainda quando em franca oposição a uma lei do Estado em questão que proibia a publicação de determinadas informações – no caso em comento, a identidade de vítimas do crime de estupro. Confira-se em WEILER, Paul C. *Entertainment, media, and the law*. 1997, p. 125: "In *Cox Broadcasting v. Cohn*, 420 U.S. 469 (1975), the Supreme Court held that states cannot bar publication of truthful information contained in public records that are open to public inspection. A reporter for WSB-TV, a Cox Broadcasting television station, obtained the name of a deceased rape victim by reviewing criminal indictments of accused rapists that were available for public inspection. Despite a Georgia's law prohibiting the broadcast or publication of a rape's victim identity, the reporter broadcast the victim's name in a news report concerning the rape. The victim's father filed suit alleging violation of the Georgia law and invasion of privacy. The Supreme Court held that state law could not both leave the information accessible to the general public and bar publication by the print or broadcast media".

⁷⁴ V. BARROSO, Luís Roberto. O Ministro e D. Nininha. In: *Jornal A tarde*. Bahia, 25 abr. 2003.

envolvidos. Mas se ocorrerem na rua, em praça pública ou mesmo em lugar de acesso ao público, como um restaurante ou o saguão de um hotel, em princípios serão fatos noticiáveis.

e) Natureza do fato

Há fatos que são notícia, independentemente dos personagens envolvidos. Acontecimentos da natureza (tremor de terra, enchente), acidentes (automobilístico, incêndio, desabamento), assim como crimes em geral⁷⁵, são passíveis de divulgação por seu evidente interesse jornalístico, ainda quando exponham a intimidade, a honra ou a imagem de pessoas neles envolvidos.

f) Existência de interesse público na divulgação em tese

O interesse público na divulgação de qualquer fato verdadeiro se presume, como regra geral. A sociedade moderna gravita em torno da notícia, da informação, do conhecimento e de idéias. Sua livre circulação, portanto, é da essência do sistema democrático e do modelo de sociedade aberta e pluralista que se pretende preservar e ampliar. Caberá ao interessado na não divulgação demonstrar que, em determinada hipótese, existe um interesse privado excepcional que sobrepuja o interesse público residente na própria liberdade de expressão e de informação⁷⁶.

g) Existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos

Em um regime republicano, a regra é que toda a atuação do Poder Público, em qualquer de suas esferas, seja pública, o que inclui naturalmente a prestação jurisdicional. A publicidade, como é corrente, é o mecanismo pelo qual será possível ao povo controlar a atuação dos agentes que afinal praticam atos em seu nome. O art. 5º, XXXIII, como referido, assegura como direito de todos o acesso a informações produzidas no âmbito de órgãos públicos, salvo se o sigilo for indispensável à segurança da sociedade e do Estado.

⁷⁵ Confira-se a afirmação taxativa de GARDÓ, Antonio Fayos. *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*. 2000, p. 67: "Asimismo hay interés público en todos los supuestos en que una persona es acusada o juzgada por algún delito: hay sentencias que lo admiten en caso de abuso sexual de menores, violaciones, secuestros, homicidios, etc., aceptándose incluso la existencia del *Public concern* en casos en que la persona ha sido absuelta o ya ha transcurrido mucho tiempo desde la condena".

⁷⁶ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e direito difuso à informação verdadeira*. 1994, p. 64: "Pois bem. Se examinarmos a natureza desse direito à informação verdadeira, vamos concluir que se trata de um direito 'transindividual', 'indivisível', cujos titulares são 'pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato'. Transindividual e indivisível porque a informação jornalística é destinada a todas as pessoas que se disponham a recebê-la, sem que se possa individualizar e dividir qual informação será difundida para este indivíduo e qual para aquele. Todos são igualmente titulares desse direito desse direito de receber informação e é inegável que todos os titulares estão ligados pela circunstância de fato de serem leitores do mesmo jornal, ouvintes do mesmo rádio ou espectadores da mesma emissora de televisão".

h) Preferência por sanções *a posteriori*, que não envolvam a proibição prévia da divulgação

O uso abusivo da liberdade de expressão e de informação pode ser reparado por mecanismos diversos, que incluem a retificação, a retratação, o direito de resposta e a responsabilização, civil ou penal e a interdição da divulgação. Somente em hipóteses extremas se deverá utilizar a última possibilidade. Nas questões envolvendo honra e imagem, por exemplo, como regra geral será possível obter reparação satisfatória após a divulgação, pelo desmentido – por retificação, retratação ou direito de resposta – e por eventual reparação do dano, quando seja o caso. Já nos casos de violação da privacidade (intimidade ou vida privada), a simples divulgação poderá causar o mal de um modo irreparável. Veja-se a diferença. No caso de violação à honra: se a imputação de um crime a uma pessoa se revelar falsa, o desmentido cabal minimizará a sua consequência. Mas no caso da intimidade, se se divulgar que o casal se separou por disfunção sexual de um dos cônjuges – hipótese que em princípio envolve fato que não poderia ser tornado público – não há reparação capaz de desfazer efetivamente o mal causado.

IV A questão sob a ótica infraconstitucional. Parâmetros criados pelo legislador para a ponderação na hipótese de colisão

Encerrado o exame da questão sob a ótica constitucional, cabe agora verificar se há normas infraconstitucionais que postulam aplicação ao caso. A resposta é afirmativa. Como se sabe, e a grande quantidade de obras publicadas sobre o assunto dá conta⁷⁷, a colisão ou a aparente colisão entre as liberdades de informação e de expressão e os direitos à honra, à intimidade e à imagem são relativamente frequentes, a maior parte das vezes envolvendo os meios de comunicação. Não é de surpreender, portanto, que o legislador fosse atraído pela idéia de criar soluções gerais para o tema. Relembre-se, no entanto, como já assinalado, que uma lei que pretenda arbitrar uma colisão de direitos fundamentais de forma rígida e abstrata enfrentará dois óbices principais e interligados – a unidade da Constituição e a ausência de hierarquia entre os direitos –, que levam à mesma consequência: a ausência de fundamento de validade para a preferência atribuída a um direito em detrimento de outro em caráter geral e permanente.

Em particular, no que diz respeito à liberdade de informação reconhecida aos meios de comunicação, o espaço reservado ao legislador sofre ainda a restrição categórica do § 1º do art. 220 de que “Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística (...) observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”. Como consignado anteriormente, há quem defenda a tese de que a disposição transcrita simplesmente

proíbe a atuação do legislador na matéria (v. *supra*). Mesmo que assim não se entenda, é certo, no entanto, que os limites impostos à lei no que diz respeito à disciplina da colisão de direitos fundamentais em geral aplica-se à colisão dos direitos em questão.

Pois bem. Duas normas existentes hoje no ordenamento procuram arbitrar a colisão entre as liberdades de informação e expressão e os direitos à honra, à intimidade e à imagem: o art. 21 da Lei de Imprensa (Lei 5.250, de 09.02.1967) e o art. 20 do novo Código Civil. Cabe agora examinar seu sentido e alcance, bem como sua compatibilidade com o exposto sobre os parâmetros constitucionais que devem orientar a solução dessa espécie de colisão.

1 Interpretação constitucionalmente adequada do art. 21, § 2º da Lei de Imprensa (Lei 5.250/67)

A Lei 5.250/67, conhecida como Lei de Imprensa, dedica uma seção inteira (arts. 12 a 28) ao tratamento “*Dos Abusos no Exercício da Liberdade de Manifestação do Pensamento e Informação*”. Não é preciso tecer maiores comentários sobre as circunstâncias históricas em que a norma foi editada – em plena ditadura militar –, mesmo porque a própria leitura do texto já revela sua inspiração. Apenas como exemplo, vale registrar que seu art. 16 considera crime, sujeito a detenção por até 6 meses, publicar

fatos verdadeiros truncados ou deturpados, que provoquem: I – perturbação da ordem pública ou alarma social; II – desconfiança no sistema bancário ou abalo de crédito de instituição financeira ou de qualquer empresa, pessoa física ou jurídica; III – prejuízo ao crédito da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município; IV – sensível perturbação na cotação das mercadorias e dos títulos imobiliários no mercado financeiro.

O art. 17, por sua vez, considera abusiva a manifestação de pensamento e de informação que *ofenda a moral pública e os bons costumes*, sujeitando o infrator a pena de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa de 1 (um) a 20 (vinte) salários-mínimos da região.

Pois bem. No rol de condutas abusivas foi incluído o art. 21, que tem a seguinte redação:

Art. 21. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena: Detenção de 3 (três) a 18 (dezoito) meses, e multa de 2 (dois) a 10 (dez) salários-mínimos da região.

§ 1º À exceção da verdade somente se admite:

⁷⁷ V. nota 6.

a) se o crime é cometido contra funcionário público, em razão das funções ou contra órgão ou entidade que exerça funções de autoridade pública;

b) se o ofendido permite a prova.

§ 2º Constitui crime de difamação a publicação ou transmissão, salvo se motivada por interesse público, de fato delituoso, se o ofendido já tiver cumprido pena a que tenha sido condenado em virtude dele.

O exame da norma transcrita suscita dois problemas de ordem constitucional, um geral, relacionado com o *caput*, e um específico, envolvendo o § 2º. De acordo com o *caput* do artigo transcrito, constituiria crime de difamação (salvo nos casos em que se admite a exceção da verdade) imputar fato **verdadeiro** a alguém, caso tal fato seja ofensivo à reputação do indivíduo. Alguns exemplos ajudam na compreensão da dificuldade que a aplicação do dispositivo acarreta: jornalista que denunciasse fatos verdadeiros, obtidos lícitamente, mas ofensivos, e.g., à reputação de candidatos a algum cargo público, cometeria crime de difamação⁷⁸; o mesmo ocorrendo com a divulgação por um repórter de práticas antiéticas de empresários ou desportistas.

A espécie de restrição contida no *caput*, como se vê, é de difícil compatibilização com um Estado plural e democrático – já que só admitiria a divulgação de fatos que promovessem a louvação dos indivíduos⁷⁹ –, por interferirem com as liberdades de imprensa, de crítica em geral e de investigação jornalística, especialmente protegidas pela Constituição de 1988. Ainda quando se pudesse admitir a validade desse dispositivo, ele só poderia ser aplicado quando se detectasse apenas o dolo de difamar, estando totalmente ausente o interesse público. Certo é, todavia, que o interesse público sempre se presume na divulgação de um fato verdadeiro.

Esta é, igualmente, a questão em jogo com relação ao § 2º do mesmo artigo, ao pretender tipificar a publicação ou transmissão de fato delituoso, se o ofendido já tiver cumprido pena a que tenha sido condenado em virtude dele.

⁷⁸ Salvo se os ofendidos admitissem a exceção da verdade.

⁷⁹ CODERCH, Pablo Salvador (Org.). *El mercado de las ideas*. 1990, p. 166-7: "Una regulación de la difamación interpretada según las exigencias normativas de la Constitución supone que se responde únicamente por enunciados indicativos (apofánticos) y factuales que son falsos (o intrusivos en la intimidad), pero no por opiniones, por valoraciones y comentarios de hechos.

La distinción es fundamental en una sociedad de hombres libres que piensan de distintas y enfrentadas maneras: se defiende a los ciudadanos de la falsedad descarada de una noticia porque la mentira no tiene valor constitucional ('información veraz', art. 20.1 d CE), pero no de opiniones publicadas en las páginas editoriales (las llamadas páginas de opinión, tribunas libres). El lector avezado puede, ante hechos conocidos, profetizar cómo serán a grandes rasgos los editoriales de los diferentes diarios nacionales y locales. Compramos los diarios que cuentan lo que queremos leer.

(...)

Si se dejan claros los hechos o estos son notorios, la opinión personal no impide la formación de otra más ecuaníme y, al revés, cuanto más disparatada es la expuesta, más fácilmente se genera la reacción de la opinión madura y reflexiva, de la que calibra sensatamente la 'gravedad' de los hechos".

Aqui, a excludente representada pelo interesse público vem expressamente consignada. A esse propósito, impõem-se duas observações. A primeira é a de que, conforme já sublinhado, a Constituição de 1988 consagra as liberdades de informação e de expressão (aqui especificamente de informação) como valiosas em si mesmas, independentemente do conteúdo que veiculem, por serem garantias essenciais para a manutenção do status de liberdade, da democracia e do pluralismo.

A segunda é a de que nessa hipótese – a do § 2º do art. 21 da Lei 5.250/67 –, a divulgação se refere a fatos verdadeiros, assim reconhecidos pelos órgãos judiciais competentes. E mais: o conhecimento sobre eles pode ser obtido por via lícita, já que as informações constam de registros públicos. Portanto, à vista de todos esses elementos – papel da liberdade de expressão, verdade dos fatos e licitude dos meios –, o interesse público na divulgação se presume. De modo que a cláusula excludente constante do dispositivo constitui a regra, sendo que a presunção de legitimidade da divulgação somente cederá em hipóteses muito excepcionais, devidamente comprovadas, aptas a afastar o interesse público. Leitura diversa levaria à não recepção do dispositivo pela ordem constitucional de 1988.

Em suma: tanto no caso do *caput* do art. 21 como no do seu § 2º, a presença do interesse público na divulgação de fatos noticiáveis excluirá o crime. Tal interesse é presumido, só podendo ser afastado mediante demonstração expressa de sua ausência e do dolo de difamar.

2 Interpretação constitucionalmente adequada do art. 20 do novo Código Civil

O novo Código Civil abriu um capítulo especial para tratar dos direitos da personalidade (arts. 11 a 21) e, ao fazê-lo, procurou prescrever uma fórmula capaz de solucionar os possíveis conflitos entre esses direitos e as liberdades de informação e de expressão. Esta a origem do art. 20, que tem a seguinte dicção:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

A interpretação mais evidente do dispositivo produz a seguinte conclusão: pode ser proibida, a requerimento do interessado, a utilização da imagem de alguém ou a divulgação de fatos sobre a pessoa, em circunstâncias capazes de lhe atingir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, inclusive para fins jornalís-

ticos (já que a norma não distingue). As exceções ao preceito são: (i) a autorização da pessoa envolvida ou a circunstância de a exibição ser necessária para; (ii) a *administração da justiça*; ou (iii) a *manutenção da ordem pública*. Ou seja: pode ser proibido tudo o que não tenha sido autorizado e não seja necessário à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública. Na sua leitura mais óbvia, a norma não resiste a um sopro de bom direito. Impõem-se, assim, algumas observações.

Em primeiro lugar, o dispositivo transcrito emprega dois estranhos conceitos – *administração da justiça* e *manutenção da ordem pública* –, que não constam do texto constitucional e são amplamente imprecisos e difusos. Que espécie de informação ou imagem de uma pessoa poderia ser necessária à administração da justiça? Fatos relacionados a condutas ilícitas, na esfera cível e criminal, talvez. E quanto à *manutenção da ordem pública*? Trata-se de conceito ainda mais indefinido. A divulgação de fotos de criminosos procurados pela polícia poderia enquadrar-se nesse parâmetro, e talvez até mesmo na idéia de administração da justiça. De toda sorte, a fragilidade constitucional desses conceitos pode ser facilmente percebida mediante um exercício simples: o teste de sua incidência sobre diversas hipóteses é capaz de produzir resultados inteiramente incompatíveis com a Constituição.

Suponha-se que uma alta autoridade da República seja atingida por um ovo arremessado por um manifestante e reaja com um insulto preconceituoso. A divulgação do episódio certamente traz uma exposição negativa de sua imagem. O evento, por sua vez, nada tem a ver com a administração da justiça ou com a manutenção da ordem pública. Pergunta-se: é compatível com a Constituição impedir a divulgação desse fato? Parece evidente que não. Imagine-se, agora, que um jornalista apure que determinado governador de Estado era, até pouco antes da posse, sócio em uma empresa de fachada, acusada de lavagem de dinheiro. Tampouco aqui pareceria legítimo proibir a divulgação da notícia, independentemente de prévia autorização ou de qualquer repercussão sobre a administração da justiça ou a ordem pública. Considere-se um exemplo inverso. Um servidor público é suspeito da prática de ato de improbidade. A autoridade que conduz a investigação decide publicar uma foto do investigado na imprensa, solicitando a todos os que tenham alguma informação relevante para incriminá-lo que se dirijam a determinada repartição. A providência poderia até ser útil para a administração da justiça, mas tal conduta certamente não se afigura legítima à luz da Constituição.

Como se vê, os critérios empregados pelo Código Civil não encontram qualquer amparo constitucional e, na prática, acabam por corresponder à velha cláusula do interesse público, que já serviu a tantos regimes arbitrários. É interessante notar, aliás, que embora o novo Código conte pouco mais de um ano de existência, esse dispositivo foi concebido entre o fim da década de 60 e o início

da década de 70, pois já constava do Anteprojeto de Código Civil de 1972⁸⁰. O ambiente no qual nasceu provavelmente explica a inadequação da filosofia a ele subjacente bem como dos conceitos utilizados.

Na verdade, ainda há pouquíssimo material doutrinário produzido sobre o referido art. 20, o que não impediu Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho de condenar o dispositivo como inconstitucional, nos seguintes termos: “O art. 20 do novo Código Civil, que representa uma ponderação de interesses por parte do legislador, é desarrazoado, porque valora bens constitucionais de modo contrário aos valores subjacentes à Constituição. A opção do legislador, tomada de modo apriorístico e desconsiderando o bem constitucional da liberdade de informação, pode e deve ser afastada pela interpretação constitucional”⁸¹.

De fato, as leituras mais evidentes do art. 20 do novo Código o levam a um confronto direto com a Constituição: as liberdades de expressão e de informação são por ele esvaziadas; consagra-se uma inválida precedência abstrata de outros direitos fundamentais sobre as liberdades em questão; e as supostas válvulas de escape para essa regra geral de preferência são cláusulas que não repercutem qualquer disposição constitucional. Nada obstante essa primeira visão, parece possível adotar uma interpretação conforme a Constituição⁸² do dispositivo, capaz de evitar a declaração formal de inconstitucionalidade de seu texto. Confira-se o argumento.

A interpretação que se entende possível extrair do art. 20 referido – já no limite de suas potencialidades semânticas, é bem de ver – pode ser descrita nos seguintes termos: o dispositivo veio tornar possível o mecanismo da proibição

⁸⁰ Em redação idêntica à do Código Civil recentemente promulgado: “Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a difusão de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais”.

⁸¹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Direito à informação X direito à privacidade. O conflito de direitos fundamentais. *Fórum* 5:15, 2002.

⁸² Sobre o tema, v. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2004, p. 188: “A interpretação conforme a Constituição compreende sutilezas que se escondem por trás da definição truística do princípio. Cuida-se, por certo, da escolha de uma linha de interpretação de uma norma legal, em meio a outras que o Texto comportaria. Mas, se fosse somente isso, ela não se distinguiria da mera presunção de constitucionalidade dos atos legislativos, que também impõe o aproveitamento da norma sempre que possível. O conceito sugere mais: a necessidade de buscar uma interpretação que não seja a que decorre da leitura mais óbvia do dispositivo. É, ainda, da sua natureza excluir a interpretação ou as interpretações que contravenham a Constituição”; MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 1999, p. 230 e 235: “Oportunidade para interpretação conforme à Constituição existe sempre que determinada disposição legal ofereça diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria Constituição. (...) Não raras vezes, a preservação da norma, cuja expressão literal comporta alternativas constitucionais e alternativas inconstitucionais, ocorre mediante restrição das possibilidades de interpretação, reconhecendo-se a validade da lei com a exclusão da interpretação considerada inconstitucional”.

prévia de divulgações (até então sem qualquer previsão normativa explícita) que constitui, no entanto, providência inteiramente excepcional. Seu emprego só será admitido quando seja possível afastar, por motivo grave e insuperável, a presunção constitucional de interesse público que sempre acompanha a liberdade de informação e de expressão, especialmente quando atribuída aos meios de comunicação.

Ou seja: ao contrário do que poderia parecer em uma primeira leitura, a divulgação de informações verdadeiras e obtidas lícitamente sempre se presume necessária ao bom funcionamento da ordem pública e apenas em casos excepcionais, que caberá ao intérprete definir diante de fatos reais inquestionáveis, é que se poderá proibi-la. Essa parece ser a única forma de fazer o art. 20 do Código Civil conviver com o sistema constitucional; caso não se entenda o dispositivo dessa forma, não poderá ele subsistir validamente.

V Solução da ponderação na hipótese em estudo

Antes de aplicar ao tipo de colisão objeto deste estudo o conjunto de argumentos doutrinários e normativos que se vem de expor, não se pode deixar de localizar a teoria jurídica no tempo, no espaço e na história, sem o que ela perderia boa parte de seu sentido. Como se sabe, a história da liberdade de expressão e de informação, no Brasil, é uma história acidentada. Convive com golpes, contra-golpes, sucessivas quebras da legalidade e pelo menos duas ditaduras de longa duração: a do Estado Novo, entre 1937 e 1945, e o Regime Militar, de 1964 a 1985. Desde o Império, a repressão à manifestação do pensamento elegu alvos diversos, da religião às artes. As razões invocadas eram sempre de Estado: segurança nacional, ordem pública, bons costumes. Os motivos reais, como regra, apenas espelhavam um sentido autoritário e intolerante do poder.

Durante diferentes períodos, houve temas proibidos, ideologias banidas, pessoas malditas. No jornalismo impresso, o vazio das matérias censuradas era preenchido com receitas de bolo e poesias de Camões. Na televisão, programas eram proibidos ou mutilados. Censuravam-se músicas, peças, livros e novelas. O Ballet Bolshoi foi proibido de apresentar-se no Brasil, sob a alegação de constituir propaganda comunista. Um surto de meningite teve sua divulgação vedada por contrastar com a imagem que se queria divulgar do país.

Em fases diferentes da experiência brasileira, a vida foi vivida nas entrelinhas, nas sutilezas, na clandestinidade. A interdição compulsória da liberdade de expressão e de informação, por qualquer via, evoca episódios de memória triste e dificilmente pode ser vista com naturalidade ou indiferença. É claro que uma ordem judicial, precedida de devido processo legal, não é uma situação equiparada à da presença de censores da Polícia Federal nas redações e nos estúdios. Mas há riscos análogos. E o passado é muito recente para não assombrar.

Feita a digressão, e retornando ao ponto, cabe examinar as duas situações descritas no início deste estudo, que envolvem a legitimidade ou não da exibição, independentemente de autorização dos eventuais envolvidos, de programas ou matérias jornalísticas nos quais: (i) seja citado o nome ou divulgada a imagem de pessoas relacionadas com o evento noticiado; ou (ii) sejam relatados e encenados eventos criminais de grande repercussão ocorridos no passado.

Examine-se em primeiro lugar a segunda circunstância, mais específica quanto aos fatos, que diz respeito à divulgação de eventos e procedimentos criminais de grande repercussão ocorridos no passado. Ora, todos os parâmetros listados no tópico III.3. indicam a legitimidade constitucional da divulgação desses fatos.

Com efeito, trata-se em primeiro lugar de *fatos verdadeiros*, não apenas do ponto de vista subjetivo como também, em alguns dos casos, com a objetividade decorrente de decisões judiciais transitadas em julgado. Ademais, o conhecimento dos fatos foi obtido por *meio lícito*, pois foram noticiados nos veículos de imprensa da época, assim como constam de registros policiais e judiciais. As pessoas envolvidas tornaram-se *personalidades públicas*, em razão da notoriedade que o seu envolvimento com os fatos lhes deu. Crimes são fatos noticiáveis por *natureza*, não podendo ser tratados como questões estritamente privadas. E, por fim, há evidente *interesse público* na sua divulgação, inclusive como fator inibidor de transgressões futuras.

Quanto aos fatos noticiáveis em geral, a mesma presunção milita com intensidade ainda maior. Aqui, não se trata apenas da liberdade de veicular novamente fatos passados, já conhecidos do público ou históricos, mas de informar propriamente, isto é, de levar ao conhecimento da população eventos contemporâneos ou em curso. Pretender que programas ou matérias jornalísticas apenas possam exibir imagens ou fazer referência a pessoas mediante prévia autorização dos interessados corresponde a inviabilizar de forma drástica a liberdade de informação ou de expressão. Afora a impossibilidade física de tal providência, bastaria ao indivíduo que está sendo alvo de críticas ou investigações negar a suposta autorização e assim tornar impossível ao jornalista exercer o seu ofício e ao meio de comunicação desempenhar o seu papel institucional.

A regra, portanto, em sede de divulgação jornalística, é a de que não há necessidade de se obter autorização prévia dos indivíduos envolvidos em algum fato noticiável (verdadeiro subjetivamente e tendo fonte lícita) e que venham a ter seus nomes e/ou imagens divulgados de alguma forma. Eventuais abusos – e.g. negligência na apuração ou malícia na divulgação – estarão sujeitos a sanções *a posteriori*, como já assinalado. Mas como regra, não será cabível qualquer tipo de reparação pela divulgação de fatos verdadeiros, cujo conhecimento acerca de sua ocorrência tenha sido obtido por meio lícito, presumindo-se, em nome da liberdade de expressão e de informação, o *interesse público* na livre circulação de notícias e idéias.

VI Conclusões

Ao final dessa exposição, que se fez inevitavelmente analítica, é possível compendiar as principais idéias desenvolvidas nas proposições seguintes:

1. A colisão de princípios constitucionais ou de direitos fundamentais não se resolve mediante o emprego dos critérios tradicionais de solução de conflitos de normas, como o hierárquico, o temporal e o da especialização. Em tais hipóteses, o intérprete constitucional precisará socorrer-se da técnica da ponderação de normas, valores ou interesses, por via da qual deverá fazer concessões recíprocas entre as pretensões em disputa, preservando o máximo possível do conteúdo de cada uma. Em situações extremas, precisará escolher qual direito irá prevalecer e qual será circunstancialmente sacrificado, devendo fundamentar racionalmente a adequação constitucional de sua decisão.

2. Os *direitos da personalidade*, tidos como emanção da dignidade da pessoa humana, conquistaram autonomia científica e normativa, são oponíveis a todos e comportam reparação independentemente de sua repercussão patrimonial (dano moral). É corrente a classificação que os divide em direitos (i) à integridade física; e (ii) à integridade moral. A proteção da integridade moral, que é a que diz respeito à discussão aqui desenvolvida, tem no Brasil *status* constitucional, materializando-se nos direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas.

3. A *liberdade de informação* diz respeito ao direito individual de comunicar livremente fatos e ao direito difuso de ser deles informado. A *liberdade de expressão* tutela o direito de externar idéias, opiniões, juízos de valor e manifestações do pensamento em geral. Tanto em sua dimensão individual como, especialmente, na coletiva, entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica sua posição de preferência em tese (embora não de superioridade) em relação aos direitos individualmente considerados.

4. Na colisão entre a liberdade de informação e de expressão, de um lado, e os direitos da personalidade, de outro, destacam-se como elementos de ponderação: a veracidade do fato, a licitude do meio empregado na obtenção da informação, a personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia, o local do fato, a natureza do fato, a existência de interesse público na divulgação, especialmente quando o fato decorra da atuação de órgãos ou entidades públicas, e a preferência por medidas que não envolvam a proibição prévia da divulgação. Tais parâmetros servem de guia para o intérprete no exame das circunstâncias do caso concreto e permitem certa objetividade às suas escolhas.

5. O legislador infraconstitucional pode atuar no sentido de oferecer alternativas de solução e balizamentos para a ponderação nos casos de conflito de direitos fundamentais. Todavia, por força do princípio da unidade da Constitui-

Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Curitiba, vols. 11/12, anos 2003/2004. p. 51-88.

ção, não poderá determinar, em abstrato, a prevalência de um direito sobre o outro, retirando do intérprete a competência para verificar, *in concreto*, a solução constitucionalmente adequada para o problema.

6. O § 2º do art. 21 da Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa) e o art. 20 do novo Código Civil devem ser interpretados conforme a Constituição para que possam subsistir validamente. É que de sua literalidade resultaria uma inadmissível precedência geral dos direitos da personalidade sobre as liberdades de informação e de expressão. Em ambos os casos, a presunção do interesse público na livre circulação de notícias e de idéias impede o cerceamento da liberdade de informação e de expressão, a menos que a presunção possa ser excepcionalmente afastada à vista do caso concreto, mediante comprovação cabal de uma situação contraposta, merecedora de maior proteção.

7. É legítima a exibição, independentemente de autorização dos eventuais envolvidos, de programas ou matérias jornalísticas nas quais: (i) sejam citados os nomes ou divulgada a imagem de pessoas relacionadas com o evento noticiado; ou (ii) sejam relatados e encenados eventos criminais de grande repercussão ocorridos no passado, e que tenham mobilizado a opinião pública. Presentes os elementos de ponderação aqui estudados, não se admitirá: (a) a proibição da divulgação, (b) a tipificação da veiculação da matéria ou do programa como difamação e (c) a pretensão de indenização por violação dos direitos da personalidade.

VII REFERÊNCIAS

- ALEX, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)*. São Paulo: Malheiros 2003.
- BARAK, Aaron. Foreword: a judge on judging: the role of a Supreme Court in a Democracy. *Harvard Law Review* 116/1, Cambridge: Harvard Law Review Association, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, t. II, p. 32.
- _____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. O Ministro e D. Nininha. In: *Jornal A tarde*. Bahia, 25 abr. 2003.
- BARROSO, Porfirio; TAVALLERA, María del Mar López. *La libertad de expresion y sus limitaciones constitucionales*. Madrid: Fragua 1998.
- CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito à informação X direito à privacidade. O conflito de direitos fundamentais*. Fórum 5. Rio de Janeiro: Amaerj, 2002.
- _____. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Liberdade de informação e direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

CASTRO, Mônica Nevês Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CODERCH, Pablo Salvador (Org.). **El mercado de las ideas**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos – a honra, a intimidade e a imagem versus a liberdade de expressão e de informação**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2000.

FRAGOSO, Heleno. **Lições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

GARDO, Antonio Fayos. **Derecho a la intimidad y medios de comunicación**. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2000.

GOUVEA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. **A liberdade de imprensa e o direito à imagem**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MARTINEZ, Miguel Ángel Alegre. **El derecho a la propia imagen**. Madrid: Tecnos, 1997.

MONTERO, Javier Terrón. **Libertad de expresión y Constitución. Documentación administrativa 187**. Madrid: Inap, 1980.

SANTIAGO, José María Rodríguez de. **La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SERRA, Lluís de Carrera. **Régimen jurídico de la Información**. Barcelona: Ariel, 1998.

STEINMETZ, Wilson Antonio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação. In: ZILLES, Urbano (Org.). **Miguel Reale. Estudos em homenagem a seus 90 anos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

TRIBE, Laurence. **Constitutional law**. New York: The Foundation Press, 1988, p. 785 e s.; NOWAK, John E.; ROTUNDA Ronald D.; YOUNG, Nelson J. **Constitutional law**. St. Paul: West Pub Co, 1986.

NOTTEBOHM REVISITED

Jacob Dolinger¹

INTRODUCTION

Forty two years ago the International Court of Justice judged the case of *Liechtenstein v. Guatemala*² which has since become known in international law literature as the Nottebohm case. Liechtenstein was exercising its claim of diplomatic protection for one of its citizens, Mr. Friedrich Wilhelm Nottebohm against Guatemala.

The case was very much commented in the immediate years after the judgment and continues to be referred to by authorities of international law today³.

¹ Professor of Law, State University of Rio de Janeiro. The author thanks the library staff of the School of Law of the University of Miami for research assistance extended during his visit to that School in the Spring of 1997, especially to Professor Edgardo Rotman, Foreign and International Law Librarian

² Nottebohm case (second phase), Judgment of April 6, 1955, [1955] I.C.J. Rep. 1955, p. 4.

³ SUZANNE BASTID, L'affaire Nottebohm devant la Cour Internationale de Justice, 45 *Revue Critique de Droit International Privé*, 607 (1956), JACK H. GLAZER, Affaire Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala) – A Critique, 44 *The Georgetown Law Journal*, 313 (1956), J. MERWIN JONES, The Nottebohm Case, 5 *The International and Comparative Law Quarterly*, 230 (1956), Note in 31 *New York University Law Review*, 1135 (1956), PHILIP C. JESSUP, Enemy Property, 49 *The American Journal of International Law* 57 (1955), M. PAUL DE VISSCHER, La Protection Diplomatique des Personnes Morales, 102 *Recueil des Cours*, p. 451 (1961), F. DE CASTRO, La Nationalité, la Double-Nationalité et La Supra-Nationalité, 102 *Recueil des Cours*, p. 578 (1961), JOSEF L. KUNZ, The Nottebohm Judgment (second phase), 54 *The American Journal of International Law* 536 (1960), LOUIS B. SOHN and R.R., BAXTER, Reporters, Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens, Harvard Law School (1961), JACQUES MAURY, L'Arrêt Nottebohm et la Condition de Nationalité Effective, *Zeitschrift für Ausländisches und internationales Privatrecht*, 515 (1958), ALEXANDER MAKAROV, Consideraciones sobre el Derecho de Protection Diplomatica, 8 *Revista Española de Derecho Internacional* 517 (1955), J. H. W. VERZIJL, The International Court of Justice – Three Recent Decisions, 3 *Nederlands Tijdschrift Voor International Recht* 25, 33 (1956), HANS GOLDSCHMIDT, Recent Applications of Domestic Nationality – Laws by International Tribunals, 28 *Fordham Law Review* 689 (1959-60), MADALEINE GRAWITZ, Note on the Nottebohm case, 1 *Annuaire Français de Droit International* 262 (1955), PHILIP C. JESSUP, Separate Opinion in *Barcelona Traction, Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordennamces*, International Court of Justice 186 (1967-1970), Claims of dual Nationals in the Modern Era: The Iran-United States Claims Tribunal, Note, 83 *Michigan Law Review* 597 (1984), BERNARD OXMAN, The Choice Between Direct Discovery and Other Means of Obtaining Evidence

In this piece, in honor of Ambassador Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, a valiant and long-standing fighter for human rights in the international arena, I will comment on the ICJ decision, which refrained from deciding upon the merits of the claim that involved an apparent grave human rights offense.

This article will deal with different aspects of the case and its decision, as commented in earlier articles and notes by European and American scholars in the years immediately following the decision, as well as in some later treatises of International Law.

I will add my analysis of the decision based on a few legal points which seem not to have been raised, as well as from a wider political analysis, that carries a certain connection to the present phase of recollection and reanalysis of events that occurred during, and especially after, World War II, namely the revelations that have recently come out concerning the behavior of certain countries with regard to expropriated properties of the war victims of Nazi Germany's genocidal war. I will also argue that the underlying economic justification for diplomatic protection was not taken into consideration by the Court, and that cultural aspects of European immigrants in Latin America were entirely overlooked by the Court. The influence of Nottebohm's doctrine of genuine link on the subject matters of legal entities and of ships, as seen in the work of the *Institut de Droit International* and in the Convention on the Seas, and as discussed by the Court in the Barcelona Traction case, will not be dealt with in this article⁴.

A wider political analysis would have considered what was and what was not done after WWII, by Germany, other European countries and by the U.S., regarding punishment of war crimes and recognition of those that resisted Nazi Germany's policies, amongst whom, in his very small measure, Nottebohm may have been one of them.

Abroad: The Impact of the Hague Evidence Convention, 37 *University of Miami Law Review* 733, 743 (1983), STEPHEN M. SCHWEBEL, Human Rights in the World Court, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 945, 965 (1991), L. F. E. GOLDIE, Environmental Catastrophes and Flags of Convenience – Does the Present Law Pose Special Liability Issues?, 3 *Pace Yearbook of International Law* 63, 74 (1991), EBENROTH and DILLON, Gaining the Competitive Edge: Access to the European Market Through Bilateral Commercial Treaties and Taxation Strategies, 28 *Texas International Law Journal* 269, 295 (1993), CHRISTOPHER BROWN, A Comparative and Critical Assessment of Estoppel in International Law, 50 *University of Miami Law Review* 369, 391 (1996), Third Meeting of Ministers of Foreign Affairs of the American Republics, Supplement to 36 *The American Journal of International Law* 61 (1942), GABRIELE SAL VIOLI, Problemes de Procedure dans la Jurisprudence Internationale, 91 *Recueil des Cours* 553, 576 (1957), GIUSEPPE SPERDUTI, L'Individu et le Droit International, 90 *Recueil des Cours* 727, 754 (1956) RUDOLF L. BINSCHSCHIEDLER, La Protection de la Propriété Privée en Droit International Public, 90 *Recueil des Cours* 173, 231 (1956), MARIANO AGUILAR NAVARRO, Reglamentación Internacional del Derecho de la Nacionalidad, x *Revista Española de Derecho Internacional* 333 (1957), HOLIAN, Timothy J. *The German-Americans and World War II: An Ethnic Experience*.

⁴ See on these matters BROWNLEE, Ian. *Principles of Public International Law* 396 ss. and 474 ss. (1973), DONNER, Ruth. *The Regulation of Nationality in International Law* 71 (1983).

The essence of the latest revelations is that many war victims, expelled from their places of birth, robbed of all their belongings, starved and tortured during years in concentration camps, having lost most, if not all of their families, were, after all that, further victimized by the cold indifference of the allied countries and the cruel attitudes of the Swiss banking industry.

Whereas high members of the Nazi party, war criminals, were kept in their official positions, as prosecutors, judges, professors and civil servants of West Germany, whereas members of the murderous, sadistic SS, Gestapo and other criminal Nazi organizations were accepted back into normal civil lives and official government positions, and the Allies, or at least the Western allies, made peace with their consciences after the Nuremberg trials and a few more trials that followed, which, with the help of the Vatican⁵, allowed many war criminals to immigrate to the United States, to Argentina and to other countries where they started a new free life, a great number of war survivors languished for years in Displaced Persons' camps in Germany without any place to go to start a new life⁶, the doors of Palestine closed to them by the policy of Great Britain, denied access to the values robbed from them and their deceased family members by the Nazi invaders, who stocked them in the banks of Switzerland⁷.

And around that time, just ten years after the war ended, a German national, who apparently refused to continue associated with Nazi Germany, and who decided in 1939, of his own free will, to become a national of a tiny little principality, that was not involved (and would not get involved) in the war, that could not extend him at the time any real benefits, any real protection in the turmoil that Europe was beginning to experience, that could only confer upon him its nationality, disconnecting him from his German links. Country, saw the International Court of Justice decide that State could not extend him diplomatic protection because what he had done was merely to "enable him to substitute for his status as a national of a belligerent State that of a national of a neutral state, with the sole aim of thus coming within the protection of Liechtenstein..."⁸. And that, in the eyes of the ICJ, was not sufficient to obligate Guatemala to recognize Liechtenstein's right to exercise diplomatic protection and claim damages for

⁵ See JOHN LOFTUS and MARK AARONS, *The Secret War Against The Jews*, 82, 111-16, 122, 147 (1994) and JOHN BEATTIE, Klaus Barbie, *His Life And Career* 133 (1984).

⁶ ELIE WIESEL, *Memoirs – All Rivers Run to the Sea*, 143-147 (1955), JOAN PETERS, *From Time Immemorial – The Origins of the Arab-Jewish Conflict over Palestine*, 384-390, specially 389 (1988).

⁷ The Swiss had been the bankers of many Jewish families of Eastern European countries in the years before the war; after the Holocaust, the surviving heirs were denied any rights by the Swiss bankers; in the meantime, the Swiss banks had also become the holders of large amounts of gold and other valuables which the Nazis robbed from European banks and from Jewish victims; the survivors had no access to these either. See *The New York Times*, May 8, 1997, p. 1 "U.S. Report Says Swiss Reneged On Accord To Return Nazi Gold", and A22, "The Slain of Nazi Gold", May 9, 1997, A10 "Clinton's Choice on the Nazis' Gold: Press the Swiss, or Close the Books", May 10, 1997, 17, Stuart E. Eizenstat "Three Steps Toward Justice", May 11, 1997, 8, "No Heroes: From Plunder to Greed to Expediency", May 12, 1997, A 17, Tom Bower, "Blame Britain, Not Truman".

⁸ Nottebohm case, *supra* note 1, at 26.

Nottebohm's expulsion from Guatemala, his internment in a U.S. camp for enemy aliens and the confiscation of his Guatemalan properties.

The Court accepted Guatemala's contention that "*by granting its nationality to a German national at a time when Germany was at war, [the government of Liechtenstein] had committed an abuse of right or a fraud*"⁹.

While the majority of Nazi criminals remained untouched and unpunished, Nottebohm, who refused to remain a citizen of Germany, was punished by the U.S. and by Guatemala and this was condoned by the ICJ by not allowing the case to be judged on its merits, denying Liechtenstein's right to exercise its diplomatic protection and so curtailing the one and only remedy available to Nottebohm.

THE FACTS OF THE CASE

As reported by the Court¹⁰, Nottebohm was born in Hamburg on September 16, 1881, thus making him a German national by birth. In 1905, he left for Guatemala where he took up residence and made that country the headquarters of his business activities, which increased and prospered, in the fields of commerce, banking and plantations. He started as an employee in the firm of Nottebohm Hermanos, which had been founded by his brothers Juan and Arturo, becoming a partner in 1912 and later, in 1937, he was made head of the firm.

He sometimes went to Germany, where he maintained business connections, and to other countries for holidays. He also paid a few visits to a brother who lived in Liechtenstein since 1931. Some of his brothers, relatives and friends were in Germany, others in Guatemala, where he continued to have his fixed abode.

At the end of March or early April 1939, he left Guatemala, went to Hamburg and then made a few brief visits to Vaduz, the capital city of Liechtenstein. In Vaduz, on October 9, 1939 – 39 days after Hitler's troops invaded Poland, starting the Second World War – Nottebohm applied for admission as a national of Liechtenstein and, at the same time, for the previous conferment of citizenship in the commune of Mauren. He sought dispensation from the condition of three years' residence as prescribed by the law, submitted a statement of a Swiss Bank in Zurich concerning his assets and undertook to pay all fees and dues related to the naturalization, as well as the corresponding annual tax, and also undertook to deposit a security¹¹.

⁹ Id., at 31.

¹⁰ Id., at 13.

¹¹ Id., at 15.

The naturalization proceedings were rushed, and on October 20, Nottebohm took the oath of allegiance as a new national of the Principality.

On December 1, 1939, the Consul General of Guatemala in Zurich entered a visa in Mr. Nottebohm's Liechtenstein passport for his return to Guatemala¹². On January 29, 1940, already back to Guatemala, Nottebohm informed the Ministry of External Affairs that he had adopted the nationality of Liechtenstein and therefore requested that the entry relating to him in the Registry of Aliens should be altered accordingly, which was granted on January 31, 1940; on February 9, a similar amendment was made to his identity document, and lastly, a certificate to the same effect was issued to him by the Civil Registry of Guatemala on July 1, 1940¹³.

On October 19, 1943, Guatemalan authorities, acting for the United States Government, arrested Nottebohm and turned him over to the U.S. armed forces on the same day; three days later he was deported to America and interned in North Dakota for two years and three months. In 1944, legal proceedings were commenced against Nottebohm designed to expropriate, without compensation, all of his properties, whether movable or immovable, the central and vital issue of all the cases being the charge against Mr. Nottebohm of reasonable conduct¹⁴.

When Nottebohm was taken to the Police Headquarters in Guatemala on October 19, 1943 and was informed that he was being deported to the United States, he protested against this and produced his Liechtenstein passport. He was told that even if he were a Liechtenstein national, he would be deported¹⁵.

The day after his arrest, the Swiss Consul asked that "*Mr. Walter Schellenberg of Swiss nationality and Mr. Frederick Nottebohm of Liechtenstein*", who had been transferred to the United States Military Base for the purpose of being deported, should, "as citizens of neutral countries" be returned home, to which the Minister of External Affairs of Guatemala replied, on October 22 nd., that the action taken was attributable to the authorities of the United States – no reference was made to the nationality of Nottebohm¹⁶.

In a letter of the Swiss Consul of December 15, 1944 addressed to the Minister of External Affairs of Guatemala, reference was made to the entry on the Black Lists of "*Frederick Nottebohm, a citizen of Liechtenstein*", to which Guatemala's government answered on December 20, stating that it could not "*recognize that Mr. Nottebohm, a German subject habitually resident in Guate-*

¹² Id., at 16.

¹³ Id., at 17 and 47.

¹⁴ Id., at 34.

¹⁵ JONES, supra note 2, at 232.

¹⁶ Nottebohm case, supra note 1, at 18.

*mala, has acquired the nationality of Liechtenstein without changing his habitual residence*¹⁷.

In 1946, Nottebohm was liberated from his U.S. internment and tried to go back to Guatemala, but the government of this country did not allow his entry, so he went to Liechtenstein, arriving before May 6, 1946, where he established his new residence and was still living in 1955 when the Court decided on his case¹⁸.

In July 1946, Nottebohm applied for the repeal of the administrative decision taken on December 20, 1944 by the Guatemalan authorities cancelling his registration as a Liechtenstein national, but this application was refused¹⁹.

LIECHTENSTEIN'S CLAIMS

The Government of Liechtenstein submitted that Court should adjudge and declare that the Government of Guatemala, by arresting, detaining, expelling and refusing to readmit Mr. Nottebohm and by seizing and retaining his property without compensation, acted in breach of its obligations under international law and consequently, in a manner requiring the payment of reparations.

The claim stated that, in respect of the wrongful arrest, detention, expulsion and refusal to readmit Mr. Nottebohm, Guatemala should pay special damages of no less than 20,000 Swiss francs and general damages to the amount of 645,000 Swiss francs. And in respect to the seizure and retention of the property of Mr. Nottebohm, Liechtenstein claimed the restoration to their national of all his property or payment of 6,510, 596 Swiss francs, all the profits accrued to Guatemala from the property since the dates in which they were seized, plus interest and damages equivalent to the additional income which would have been earned by the property if it had remained under the control of its lawful owner²⁰.

Liechtenstein also submitted that the Court should find and declare that the naturalization of Mr. Friedrich Nottebohm on October 12, 1939 was not contrary to international law, and that its claims on behalf of Nottebohm were admissible before the Court; other submissions related to the exhaustion of local

¹⁷ Id, at 19.

¹⁸ Id, at 31.

¹⁹ JONES, supra note 2, at 233. HERSCH LAUTERPACHT, INTERNATIONAL LAW, Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht, 7 (1976) reports that on January 26, 1946 representatives of Mr. Nottebohm were informed that his registration as a Liechtenstein national was cancelled by the Foreign Ministry of Guatemala, apparently in pursuance of a provision of a Guatemalan law which provides that registered aliens whose absence from the country exceeds two years must re-register. The author adds that it appears that, as a result of the cancellation of his registration as a national of Liechtenstein, Nottebohm was subsequently refused permission to re-enter Guatemala.

²⁰ Nottebohm case, supra note 1, at 6-7.

remedies and that the facts disclosed a breach of international law by Guatemala in the treatment of the person and property of Nottebohm²¹.

GUATEMALA'S PLEAS IN BAR

Guatemala's final submission requested the Court declare that claim of Liechtenstein was inadmissible, based on three points, the first and the third being:

- 1) absence of any prior diplomatic negotiations between Liechtenstein and Guatemala;
- 3) non-exhaustion by Friedrich Nottebohm of the local remedies available under Guatemalan legislation;

Neither of these pleas were dealt with by the Court, as it accepted the second plea, which was divided into three items, namely,

- 2) a) Nottebohm had not acquired properly Liechtenstein nationality in accordance with the law of the Principality;
- b) Naturalization was not granted in accordance with the generally recognized principles in regard to nationality;
- c) Nottebohm appears to have solicited Liechtenstein nationality fraudulently, that is to say, with the sole object of acquiring the status of a neutral national before returning to Guatemala, and without any genuine intention to establish a durable link, excluding German nationality, between the Principality and himself²².

The points contained in the plea in bar under number 2 are very closely connected to the merits of the case, as indicated by each of the three dissenting opinions of Judges Read, Klaestad and Guggenheim, but the Court judged exclusively upon this plea in bar, and actually introduced a variation to Guatemala's points, which amounted to a novel argument that had not even been raised by Guatemala, and which would also demand that it be joined to the merits, as we shall see in the following sections.

²¹ Id, at 8-9.

²² Id, at 11. In the Counter-Memorial of Guatemala, at 9, Guatemala's second plea was put differently, namely that "because the Principality of Liechtenstein has failed to prove that M. Nottebohm, for whose protection it is acting, properly acquired Liechtenstein nationality in accordance with the law of the Principality; because even if such proof were provided, the legal provisions which would have been applied cannot be regarded as in conformity with international law; and because M. Nottebohm appears in any event not to have lost, or not validly to have lost, his German nationality".

THE JUDGMENT

The Court's Task

The Court said that its task is: "limited to adjudicating upon the *admissibility* of the claim of Liechtenstein in respect of Nottebohm on the basis of such reasons as it may itself consider relevant and proper"²³.

As such, the Court did not delve on the validity of Nottebohm's Liechtenstein nationality, but introduced the novel aspect that it must ascertain: "*Whether nationality conferred on Nottebohm by Liechtenstein by means of a naturalization, which took place in the circumstances, which have been described, can be validly invoked as against Guatemala, whether it bestows upon Liechtenstein a sufficient title to the exercise of protection in respect of Nottebohm as against Guatemala and therefore entitles it to seize the Court of a claim relating to him*".

The Court stressed a distinction between recognition of Nottebohm's Liechtenstein's nationality and the right of diplomatic protection, saying that:

What is involved is not recognition (of the nationality) for ali purposes but merely for the purposes of the admissibility of the Application, and secondly, that what is involved is not recognition by ali States but only by Guatemala.

*The Court does not propose to go beyond the limited scope of the question which it has to decide, namely whether the nationality conferred on Nottebohm can be relied upon as against Guatemala in justification of the proceedings instituted before the Court. It must decide this question on the basis of international law; to do so is consistent with the nature of the question and with the nature of the Court's own function*²⁴.

The Court established a distinction between Nationality and Diplomatic Protection, arguing that not always will the country of one's nationality be qualified (or entitled) to exercise diplomatic protection.

This distinction is very clearly stated by the Court, when it says that: "*it must be determined whether that unilateral act by Liechtenstein is one which can be relied upon against Guatemala in regard to the exercise of protection. The Court will deal with this question without considering that of the validity of Nottebohm's naturalization according to the law of Liechtenstein*"²⁵.

Dealing specifically with nationality, the Court says:

²³ Nottebohm case, supra 1, at 16.

²⁴ Id, at 16-17.

²⁵ Id, at 20.

*It is for Liechtenstein as it is for every sovereign State, to settle by its own legislation the rules relating to the acquisition of its nationality, and to confer that nationality by naturalization granted by its own organs in accordance with that legislation. It is not necessary to determine whether international law imposes any limitations on its freedom of decision in this domain. Furthermore, nationality has its most immediate, its most far-reaching and, for most people, its only effects within the legal system of the State conferring it. Nationality serves above all to determine that the person upon whom it is conferred enjoys the rights and is bound by the obligations which the law of the State in question grants to or imposes on its nationals. This is implied in the wider concept that nationality is within the domestic jurisdiction of the State*²⁶.

And then the Court deals specifically with diplomatic protection:

But the issue which the Court must decide is not one which pertains to the legal system of Liechtenstein. It does not depend on the law or on the decision of Liechtenstein whether that State is entitled to exercise its protection, in the case under consideration. To exercise protection, to apply to the Court, is to place oneself on the plane of international law. It is international law which determines whether a State is entitled to exercise protection and to seize the Court. The naturalization of Nottebohm was an act performed by Liechtenstein in the exercise of its domestic jurisdiction. The question to be decided is whether that act has the international effect here under consideration. International practice provides many examples of acts performed by States in the exercise of their domestic jurisdiction which do not necessarily or automatically have international effect, which are not necessarily and automatically binding on other States or which are binding on them only subject to certain conditions: this is the case, for instance of a judgment given by the competent court of a State which it is sought to invoke in another State.

The comparison of diplomatic protection with the international effects of foreign judgments is hardly acceptable. In the latter case, the binding effect of a judgment of the courts of a State in a foreign jurisdiction is a matter that belongs to the domain of private international law and is ruled by internal procedural law, for which each State has different rules and requisites for the confirmation and enforcement of foreign judgements. Diplomatic protection, on the other hand, is a matter of international law in which States do not have the same freedom of action.

Moreover, the main reason why every act performed by one State will not necessarily and automatically be binding in another State is due to the principle of *ordre public*, which is established in every domestic law and every international convention of conflict of laws as a caveat to the recognition of foreign acts by other jurisdictions, a principle which does not apply to diplomatic protection.

²⁶ Ibidem.

In sum, diplomatic protection, which stems from public international law, can hardly be compared, as the Court seems to believe, to the workings of private international law matters.

Actually, the Court did not heed at all to either party's theories, as it abandoned the discussion they held on the validity of Nottebohm's nationality, as far as Liechtenstein domestic law and international law are concerned, to ground its decision not on nationality, but on the extension of diplomatic protection. As one author has said "*the Court followed an entirely different line of reasoning which neither of them had adumbrated*"²⁷.

THE THEORY OF "EFFECTIVE NATIONALITY" TRANSFORMED INTO A THEORY OF "GENUINE CONNECTION"

In essence, the International Court of Justice decided to invoke the principle of "Effective Nationality", which had been established to decide between two different nationalities for the same person, whether the two nationalities are of the applicant and the respondent state, or whether the conflict appears before a third State. In both these instances, arbitrators and courts had established that between two nationalities, preference is to be given to the real and effective nationality, the one that has stronger factual ties with the person concerned. The stronger factual ties are to be ascertained by various criteria such as the habitual residence of the individual concerned, the centre of his interests, his family ties, his participation in public life, the attachment shown by him for given country and inculcated in his children, etc.²⁸

The same tendency, says the Court, prevails in the writings of publicists and in practice and is inherent in the provisions of article 3, para. 2 of the Statute of the Court, concerning the ascertaining of the nationality of a member of the Court.

The Hague Convention relating to the Conflict of Nationality Laws, also referred to by the Court's decision, lays down exactly this principle in article V:

Within a third State, a person having more than one nationality shall be treated as if he had only one. Without prejudice to the application of its law in matters of personal status and of any conventions in force, a third state shall, of the nationalities which any such person possesses, recognize exclusively in its territory either the nationality of the country in which he is habitually and principally resident, or the nationality of the country with which in the circumstances he appears to be in fact most closely connected.

²⁷ VERZIJL, supra note 2, at 36. JONES, id., at 238 wrote that "it tell on the Court to base its decision upon a ground not contended for even by Guatemala".

²⁸ Nottebohm case, supra note 1, at 20-21.

And here the Court introduces its surprising novelty in judging the Nottebohm case, where only one State could claim him as its national – since he had lost Germany's nationality according to German law²⁹ and had never acquired Guatemalan nationality – by deciding that a nationality validly attributed to a person by a sovereign state does not obtain automatic international recognition, because that depends on the existence of a genuine connection between individual and the State. The Court said that:

*According to the practice of States, to arbitral and judicial decisions and to the opinions of writers, nationality is a legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties. It may be said to constitute the juridical expression of the fact that the individual upon whom it is conferred, either directly by the law or as the result of an act of the authorities, is in fact more closely connected with the population of the State conferring nationality than with that of any other State. Conferred by a State, it only entitles that State to exercise protection vis-à-vis another State, if it constitutes a translation into juridical terms of the individual's connection with the State which has made him its national*³⁰.

Most commentators criticized the application of the "effective nationality" theory, which deals with cases of dual nationality, to a matter such as Nottebohm where there was only one nationality involved³¹. As one of these critics has written, the court has extended and given a novel meaning to the doctrine of effective nationality, a doctrine hitherto confined to situations where an individual possesses lawfully two or more nationalities and it is material or necessary for a given purpose to choose which of them is effective for that purpose³² and by applying the same approach to a case of only one possible nationality, the Court's judgment produced an entirely new theory of international claims³³.

²⁹ As JONES, supra 2, at 318 n 23 informs, according to files of the Legal Department of the Senate of the Free and Hanseatic City of Hamburg, Friedrich Wilhelm Nottebohm lost his German nationality in accordance with paragraph 25 of the German Nationality Law of 22 July 1913 in consequence of his having acquired the nationality of Liechtenstein on 20 October 1939.

³⁰ Nottebohm case, supra 1, at 23.

³¹ See GLAZER, supra note 1, at 318, JONES, id., at 241, note in N.Y.U. Law Review, id., at 1137, Kunz, id., at 558-560 and 568, Verzijl, id., at 39, Goldschmidt, id., at 693 notes 26 and 27. GEORG SCHWARZENBERGER, INTERNATIONAL LAW, vol. I, (3rd Ed.) at 371 very rightly wrote: In this case, which State was the tertium comparationis? Germany, or the Federal Republic of Germany, whose nationality Mr. Nottebohm lost automatically when he became a citizen of Liechtenstein? The United States, where he had been interned and, subsequently, stayed for some time as a resident foreigner? Guatemala, where, without making ever any attempt at becoming a naturalised citizen, he had been settled for a lifetime? In this case, Liechtenstein's claim that Mr. Nottebohm was its national was necessarily based on a genuine connection, for Liechtenstein was the only State in the whole world with which Mr. Nottebohm was linked by the tie of nationality".

³² JONES, supra note 1, at 238.

³³ Id., 243.

Two of the dissenting opinions stressed this point very clearly. Judge Read said that: "*Sut the problems presented by conflicting claims to nationality and by double nationality do not arise in this case. There can be no doubt that Mr. Nottebohm lost his German nationality of origin upon his naturalization in Liechtenstein in October 1939. I do not think that it is permissible to transfer criteria designed for cases of double nationality to an essentially different type of relationship*"³⁴.

And Judge Guggenheim, in the same vein said that:

*The test of effective connection with respect to nationality has only been laid down for the purpose of resolving conflicts arising out of dual nationality, in regard to which third States must choose between one nationality, held to be the more real and effective one, and a second nationality held to be the less real and effective. The test has also been applied between two States each of which wishes to exercise diplomatic protection on behalf of the same person*³⁵.

As one author³⁶ wrote, "*the Court, like Guatemala, was unable to quote a single judicial precedent in favor of the genuine link theory as constituting positive international law*"; this theory, argues the same commentator, by no means constitutes the *communis doctorum opinio*, nor has the Court been able to prove a rule of customary general international law establishing the condition of a genuine link for other forms of acquisition of nationality. Nothing in positive international law authorized this question³⁷.

Another comparison that the Court made in this respect refers to the bilateral treaties concluded between the United States of America and other States since 1868, the Sanchoff Treaties, and in the Pan-American Convention, signed at Rio de Janeiro on August 13, 1906. On the status of naturalized citizens who resume residence in their country of origin³⁸. Here again the comparison is hardly acceptable, because these treaties and the Convention dealt with cases of naturalized citizens who return to the country of their original nationality, which

³⁴ Nottebohm case, supra note 1, at 42.

³⁵ Id, at 59.

³⁶ KUNZ, supra note 2, at 553.

³⁷ Id, al. 555. In the same vein, Makarov, supra note 2, at 523: "Pero no se puede demostrar que el principio de la efectividad de la nacionalidad pertenezca a la costumbre internacional o a los 'principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité' en el sentido del artículo 1 del Convenio". Concerning Kunz's statement about *communis doctorum opinio*, see MAURY, supra note 2, at 521 who quotes Guggenheim, in the 1953 edition of his *Traité de Droit International Public* as saying "Pour qu'un Etat puisse attribuer sa nationalité à un individu, il faut qu'il existe entre lui et l'individu une relation relativement étroite ... S'il n'existe pas une relation étroite entre lui et l'individu, il n'est pas permis à l'Etat d'attribuer à ce dernier sa nationalité", quoting also Quadri in the same sense. These may have been the only two opinions, and that is not enough to form *communis doctorum opinio*.

³⁸ Id, al 22-23.

did not happen with Nottebohm, who after his naturalization, never returned to Germany, and his return to Guatemala could not be considered as the same, since he never had been a national of this country.

And then Court analyzed the factual situation of Nottebohm's naturalization in order to appraise whether this new "genuine connection" concept really existed between him and Liechtenstein.

The Court must ascertain whether the factual connection between

*Nottebohm and Liechtenstein in the period preceding, contemporaneous with and following his naturalization appears to be sufficiently close, so preponderant in relation to any connection which may have existed between him and any other State, that it is possible to regard the nationality conferred upon him as a real and effective, as the exact juridical expression of a social fact of a connection which existed previously or came into existence thereafter*³⁹.

*In order to appraise its international effect, it is impossible to disregard the circumstances in which it was conferred, the serious character which attaches to it, the real and effective and not merely the verbal preference of the individual seeking it from the country which grants it to him*⁴⁰.

The Court enters into a psycho-socio-economic analysis of Nottebohm's biography. First it reminds us of his strong ties with Germany-family and businesswise. Then it goes on to recall the 34 years he had spent so far in Guatemala, to where he returned after obtaining Liechtenstein's nationality and where he remained till his expulsion. The Court then minimizes his ties to Liechtenstein by saying:

In contrast, his actual connections with Liechtenstein were extremely tenuous. No settled abode, no prolonged residence in that country at the time of his application for naturalization: the application indicates that he was paying a visit there and confirms the transient character of this visit by its request that the naturalization proceedings should be initiated and concluded without delay. No intention of settling there was shown at that time or realized in the ensuing weeks, months or years – on the contrary he returned to Guatemala very shortly after his naturalization and showed every intention of remaining there.

*There is no allegation of any economic interest or of any activities exercised or to be exercised in Liechtenstein, and no manifestations of any intention whatsoever to transfer all or some of his interests and his business activities to Liechtenstein*⁴¹.

³⁹ Id, al 24.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Id, al 25.

The Court considers that all these facts establish the absence of any bond of attachment between Nottebohm and Liechtenstein and, instead, the existence of a long-standing and close connection between him and Guatemala, a link which his naturalization in no way weakened.⁴²

Although the judgment does not purport to examine the validity of the naturalization, and prefers just to decide the case on the lack of *locus standi* of Liechtenstein to extend its protection to Nottebohm, it does say that the nationality was "granted without regard to the concept of nationality adopted in international relations".⁴³

Therefore, concludes the judgment: "*Guatemala is under no obligation to recognize a nationality granted in such circumstances. Liechtenstein consequently is not entitled to extend its protection to Nottebohm vis-à-vis Guatemala and its claim must for this reason be held inadmissible*".⁴⁴

We see from this judgment that the Court considered that diplomatic protection is based mainly on the link that the national has with the social milieu of the country's population ("the individual...is in fact more closely connected with the population of the State conferring nationality than with that of any other State" said the Court). This does not seem to be in harmony with accepted doctrine that distinguishes the political from the sociological factor of nationality and places diplomatic protection within the former. A prominent French authority on private international law and on nationality law⁴⁵ inserted in the very first page of his book on nationality⁴⁶ this distinction, saying that:

*...the notion of nationality contains two dimensions. First, a vertical dimension which relates the individual to the State of which he is a subject. Presently, it reflects a subordination of the national in relation to the State, which materializes through certain obligations (loyalty, military obligations) and that receives in exchange the protection, called diplomatic protection which the State extends to its nationals abroad. The other dimension, horizontal, makes the national a member of a community, the population that constitutes the State, of which foreigners are excluded, which benefits the nationals of the status reserved to this community.*⁴⁷

This approach differs from the one that distinguishes the strictly legal and formal conception of nationality from the sociological or real concept⁴⁸, as it combines both concepts into the general legal idea of nationality.

⁴² Id, at 26.

⁴³ Id, *ibidem*.

⁴⁴ Id, *ibidem*.

⁴⁵ PAUL LAGARDE.

⁴⁶ DALLOZ, Manuel. *La Nationalité Française*, 1975.

⁴⁷ Id, at 1.

⁴⁸ See on this distinction F. de CASTRO, *supra* note 2, at 582.

The factors that the Court considered as comprising the link theory seem to be much more integrated in the "horizontal dimension" to which the French professor refers, than in the "vertical" one⁴⁹ but the vertical one, and not the horizontal one, is the basis, the underlying factor for diplomatic protection.

Even if we could not see very clearly the sociological connection of Nottebohm to the Liechtenstein community, his political allegiance to that sovereign power could not be denied as we shall see throughout this study.

Actually, the sociological concept of nationality is relevant for internal purposes, whereas in the international arena technical considerations of political and economic nature are the ones to be considered.

This applies to the British citizens that live all their lives in foreign countries, who never set foot in England and yet remain nationals through – out generations – they hardly have any social link to the larger British population in England, but technically the political link remains.⁵⁰

MOTIVATION OF NOTTEBOHM'S NATURALIZATION

The analysis of the motives that lead someone to naturalize should not be made by third parties, not by courts and/or authorities outside the jurisdiction where the naturalization took place⁵¹, not even by national courts⁵², and certainly not by international courts, because the process of naturalization is a matter of the exclusive interest of the State and the naturalized person, concerning which the State exercises its discretion to defer or deny the individual's request. This has been established by the Hague Convention of 1930, article 1,

It is for each State to determine under its own law who are its nationals. This law shall be recognized by other States in so far as it is consistent with international conventions, international custom, and the principles of law generally recognized with regard to nationality.

The Court failed to indicate any convention, custom or principle of law generally recognized with regard to nationality that had been opposed by

⁴⁹ CHARLES ROUSSEAU, *DROIT INTERNATIONAL PUBLIC*, vol. 5, at. 104-5 (1983) affirms that the Nottebohm judgment is based on the sociological link between the State and the individual.

⁵⁰ On the relationship of the British nationals that live all their lives abroad, see JONES. *supra* note 2, at 289.

⁵¹ GLAZER, *supra* note 2, at 324 writes: "The United States does not admit the right of a foreign government to pass judgment on the validity of a decree of naturalization. This formulation of policy is diametrically opposed to the subjective considerations, such as 'center of interests', 'family ties', 'participation in public life', etc., enunciated by the court in its decision".

⁵² GUGGENHEIM, Judge in his dissenting opinion, *supra* note 1, at 52 said that "even the State Court of Liechtenstein is incompetent to review the considerations of expediency upon which legal acts, decided upon and applied by virtue of a discretionary power of the administrative authorities, are based. This is in accordance with the generally recognized principles of Swiss and German administrative law".

Nottebohm's naturalization. In his dissenting opinion, Judge Guggenheim stresses that the referred principles do not forbid the grant of nationality in the circumstances in which Liechtenstein granted its nationality to Nottebohm⁵³.

The Bustamante Code, of which Guatemala is a member state contains a very important rule on this matter, article 12, which states, "*Questions concerning individual acquisition of a new nationality shall be determined in accordance with the law of the nationality which is supposed to be acquired*".

Although Liechtenstein is not a member state of this Private International Law Code, Latin American case law has widely accepted the application of the principles contained in the Código in relations with States that are not its signatories⁵⁴. So it is left to Liechtenstein alone to determine the criteria for a valid naturalization of a foreign national, Guatemala having to respect Liechtenstein's decision to naturalize Mr. Friedrich Nottebohm.

In the real world, naturalization is in most cases motivated by very personal interests of political, economical, social nature, and seldom does it have to do with altruistic reasons.

The Court speculates about what motivated Nottebohm's naturalization and ends up by contradicting itself. First it says that his country had been at war for more than a month, and there was nothing to indicate that the application for naturalization was motivated by any desire to dissociate himself from the Government of his country⁵⁵, but further on the Court says that his naturalization was asked not so much for the purpose of obtaining a legal recognition of membership in the population of Liechtenstein, as it was: "*to enable him to substitute for his status as a national of a belligerent State that of a national of a neutral State with the sole aim of coming within the protection of Liechtenstein but not of becoming wedded to its traditions, its interests, its way of life or of assuming the obligations – other than fiscal obligations – and exercising the rights pertaining to the status thus acquired*"⁵⁶.

So whereas the Court first psychoanalyzes Nottebohm, as not having had any intention of dissociating himself from Germany⁵⁷, it latter guesses that he did aim to abandon his allegiance to a belligerent state and become a national of a neutral state to come under its protection. But the Court finds this an unworthy motive and therefore not to be respected by Guatemala.

⁵³ Nottebohm case, supra 1, at 56.

⁵⁴ See SAMTLEBEN, Jürgen. *Derecho Internacional Privado en América Latina*, 177 ss. (1983).

⁵⁵ Nottebohm case, supra 1, at 25.

⁵⁶ Id, at 26.

⁵⁷ GEORG SCHWARZENBERGER, op. cit., at 370-1 has the following to say on this analysis of the Court: "To a student of sociology and psychology of international law, this is a revealing passage. Its inarticulate major premises are thrown into relief still more strongly by the judicious language of the Dissenting Opinions of Judges Klaestad and Read. Yet, an analytical and systematic treatise is not the place to pursue further the topic of the psychology of international law and international lawyers".

To naturalize with the intent to come under the protection of a powerful, respected State, or to become the national of a State in order to have one's private life (family, succession, etc.) governed by its laws in accordance with the private international law rule of the nationality law for a person's status, which rules about half the world, or to otherwise acquire any kind of advantages or benefits or, because one wishes to avoid some problem stemming from the original nationality, or to become better integrated in the business community where one is domiciled⁵⁸, these are usually the simple, real, down-to-earth motivations for a person naturalizing himself. And if these naturalizations should be considered as lacking in authenticity, as not creating a genuine link between State and naturalized citizen, then a considerable part of the world population would be left to care for itself in the international arena without any State that could extend them diplomatic protection. Some go further than that and say that even a motive of base order does not by itself vitiate naturalization⁵⁹.

Various authorities wrote that the Nottebohm decision has transformed him into a stateless person, for all practical purposes⁶⁰, or, as one author wrote: "Outside of the Principality he is the national of everyone or the national of no one; thus in a manner of speaking *nul/ius fi/ius*"⁶¹.

The dissenting opinions dealt with the appropriateness of searching for the motivation behind the naturalization. Judge Read said that he did not accept that international law permits the consideration of the motives which led to naturalization as determining its effects, excepting only abuse of right and fraud, and added that the finding of (such) motives depends upon the examination of the merits of the case, which cannot be decided when dealing with plea in bar⁶². Moreover, said Judge Read, even if Nottebohm's main motive had been to protect his property and business in the event of Guatemala belligerency, still the validity and opposability of the naturalization would not be affected⁶³.

Judge Guggenheim said that nothing in private or public international law justifies the view that a new nationality which has been acquired for the purpose of avoiding in the future certain effects of a former nationality should be regarded as invalid⁶⁴.

⁵⁸ The note in the Michigan Law Review, supra note 2, at 617 refers to commentators that note that "political and economic conditions prompt individuals to change their nationality". (58) Glazer, supra note 2, at 322.

⁵⁹ SCHWARZENBERGER, op. cit., p. 372, KUNZ, supra note 2, at 543 and 566, Verzijl, id at 40, Goldschmidt, id at 698.

⁶⁰ GLAZER, supra note 2, at 323.

⁶¹ Nottebohm case, supra note 1, at 42.

⁶² Nottebohm case, supra note 1, at 42.

⁶³ Id, at 49.

⁶⁴ Id, at 64.

CRITIQUE OF THE JUDGEMENT

The judgement has been very criticized, one author⁶⁵ concluding his remarks by saying that *"to dissociate the merits of Nottebohm's citizenship from the locus standi of Liechtenstein, which alone could espouse his cause, appears inequitable. In the last analysis, only Liechtenstein and no other sovereign could have given the court a better writ on behalf of Nottebohm. The majority opinion is but a hollow triumph of form"*. Another commentator⁶⁶ wrote that,

Thus Nottebohm, prevented from assuming personal direction of such important litigation, was discriminated against by the domestic courts of Guatemala. Nevertheless, the Court felt unhampered by the fact that Nottebohm might have suffered such objectionable discrimination from the Guatemala courts and dismissed his claim on jurisdictional grounds. To put it more succinctly: Discrimination by domestic courts against foreign plaintiffs should affect the weight of evidence as to jurisdictional defenses presented before international tribunals. This principle, it is submitted, accords with the demands of elementary justice, and constitutes an additional reason why Nottebohm should be rejected.

And also that, *"In Nottebohm an abortive effort was made to impose unprecedented and legally untenable restrictions upon a sovereign State's right to extend diplomatic protection to its citizens on the international level"*⁶⁷. Prominent American authorities on international law⁶⁸ have considered the application of the "genuine link" theory as having the *"unfortunate effect of depriving an individual of a hearing on the merits and the protection by a state willing to espouse his claim in the transnational arena. The net effect is an immense loss of protection of human rights for the individual. Such a decision runs counter to contemporary community expectations which emphasize increased protection of human rights for individuals, especially the elimination of statelessness"*, and *"Condoning unnecessary legalisms of imprecise policy reference, which deny individuals a hearing upon the merits of their claims, can scarcely augment human rights"*⁶⁹, and still further, *"the Nottebohm decision ... has caused destructiveness for human rights ... and ... has perpetrated inequities"*⁷⁰.

⁶⁵ Glazer, *supra* note 2, at 325.

⁶⁶ Goldschmidt, *supra* note 2, at 699 and 700.

⁶⁷ *Id.*, at 735.

⁶⁸ Myres Mc Dougal, Harold D. Lasswell, Lung-Chu Chen, *Human Rights And World Public Order, the Basic Policies Of an International Law Of Human Dignity*, 872 (1980).

⁶⁹ *Id.*, at 873. The same authors were consequently very critical of the Harvard Law School Convention draft on International Responsibility of States for Injuries to Aliens (Louis B. Sohn and R. R. Baxter, Reporters). In article 23, para. 3 the following rule appears: *"A State is not entitled to present a claim on behalf of a natural person who is its national if that person lacks a genuine connection of sentiment, residence, or other interests with that State"*. See Mc Dougal and Reisman, *International Law Essays*, 564 (1981). The merits of the Nottebohm case,

Also referring to human rights aspect of the case, Stephen M. Schwebel, judge of the International Court of Justice wrote that, *"While this decision has been widely criticized, the 'genuine link' concept that it embodied has been sustained. The principle may have the result that no state is in a position to maintain a claim on behalf of an individual, a result that may foreclose the realization of that individual's human rights"*⁷¹.

A member of the Board of Editors of the prestigious American Journal of International Law⁷² wrote that *"The Nottebohm legislation would not only introduce the highest degree of insecurity and uncertainty into the problem of nationality, but also tear apart the institution of nationality"*. This decision, says the same author, which amounts to abolishing diplomatic protection on behalf of aliens domiciled in the country, attains the goal that the Latin American countries desired with the Calvo clause – to make the individual renounce the invocation of diplomatic protection by his state. And he added:

*"Today, when the states of nationality are no longer allowed to exercise diplomatic protection on behalf of nationals abroad through coercive measures, involving the use or threat of force, or under the Charter of the Organization of American States, not even through nonmilitary reprisals, such a rule would be in contradiction with the maintenance of international order and involve the danger of anarchy. Such a rule would be undesirable not only from the point of view of the state of nationality and of the national involved, but also from a world point of view and from the point of view of the underdeveloped countries themselves. For all these reasons, Seidhohenveldern hopes that the practice of states will not follow the Nottebohm judgment"*⁷³.

Probably the strongest critique came from Judge Guggenheim's dissenting opinion, in which, among other vehement disagreements with the majority, he said that, *"The protection of the individual, which is so precarious under existing international law, would be weakened even further and I consider that this would be contrary to the basic principle embodied in Article 15 (1) of the Universal Declaration of Human Rights, adopted by the General Assembly of the United Nations on December 8, 1948, according to which everyone has the right to a nationality"*⁷⁴.

which the Court refused to look into, would have greatly gained from the dissenting opinions of Justices Murphy and Jackson, of the U.S. Supreme Court in the famous *Korematsu v. United States* case, 322 U.S., 214, especially at 240-243.

⁷⁰ Mc Dougal and Reisman, *International Law Essays*, 562.

⁷¹ Schwebel, *supra* note 2, at 966.

⁷² KUNZ, *supra* note 2, at 564.

⁷³ *Id.* at 566.

⁷⁴ Nottebohm case, *supra* note, at 63.

GUATEMALA'S ALLEGATIONS AGAINST NOTTEBOHM

Judge Klaestad's dissenting opinion⁷⁵ refers to Guatemala's contention, submitted at the oral hearings, that part of the property of the firm Nottebohm Hermanos of Guatemala, which the Government of Liechtenstein claimed on behalf of Friedrich Nottebohm, belonged in reality to the firm Nottebohm & Co. of Hamburg and that Nottebohm, by obtaining Liechtenstein's nationality attempted in a fraudulent manner to protect German property from the consequences of the war. These allegations of fraud, continues the dissenting opinion, affect the plea in bar concerning nationality as well as the merits of the case⁷⁶.

That, in my understanding, brings up a point of utmost importance, that seems not to have occurred to the commentators of the Nottebohm case. If Nottebohm was not the real owner of the properties, because they belonged to a German company, then he was not entitled to any reparation and consequently Liechtenstein's claim against Guatemala would also fall on the merits. But more important than that, if these allegations were true, then it would indicate that Nottebohm's naturalization, instead of representing his dissociation from Germany, was meant to be a protection of a German company's properties and Nottebohm was ultimately protecting Germany's economic interests. This Guatemalan claim alone should have been sufficient for the Court to proceed with the case and decide it on its merits in order to clarify what had been the real purpose of that naturalization⁷⁷.

Was Mr. Nottebohm a liberal European that could not accept Germany's criminal belligerence and therefore decided to undo any connection with his native country, or was he a shrewd businessman representing interest of Germany's war economy and only therefore "became" a national of Liechtenstein?

In the former case, Nottebohm's political correctness would have been vindicated by giving Liechtenstein, and consequently Nottebohm, due justice in the claim against Guatemala. In the latter case, the decision on the merits would have come to the conclusion that Nottebohm's naturalization was indeed a fraud and consequently the plea in bar was justified. In other words, only a judgment on the merits could clarify whether Guatemala's plea in bar had legal standing.

⁷⁵ Id., at 32.

⁷⁶ GRAWITZ, *supra* note 2, at 264 reports that "Pour le conseil du Guatemala, M. Nottebohm aurait été un Alleman, patriote et même un sympathisant nazi; ayant gardé de puissantes attaches familiales et financières en Allemagne. Les capitaux des sociétés guatémaltèques auraient habilement camouflé leur origine allemande et c'est pour protéger ses biens, à l'instigation des autorités allemandes elles-mêmes et avec leur promesse de pouvoir ensuite redevenir allemand, que M. Nottebohm aurait opté pour la nationalité liechtensteinoise, dans le seul but d'échapper au statut de belligérant ennemi".

⁷⁷ As Judge Guggenheim said in this dissenting opinion, at 58, "Only if it could be proved that F. Nottebohm acted in a fraudulent manner, for example by concealing German property with the help of the naturalization, might it be possible, if certain conditions were fulfilled, to speak of a failure on the part of F. Nottebohm to observe the principle of good faith vis-à-vis the Principality and perhaps also vis-à-vis Guatemala".

Only in this manner would the Court's decision that "nationality was granted without regard to the concept of nationality adopted in international relations"⁷⁸, be justified.

Actually, according to Judge Read's dissenting opinion, if the Court based its judgment on plea in bar, without considering the merits of the case, then as far as the merits are concerned, the necessary assumption is that all of Liechtenstein's contentions on the merits, fact and law, are well founded and that Guatemala's contentions on the merits may be illfounded⁷⁹.

As such, I would like to add, the assumption is that the naturalization was not done in fraud, was not an abuse of right, was correctly requested by Nottebohm and correctly granted by the government of Liechtenstein, so the plea in bar – that claimed invalidity of the naturalization in accordance with Liechtenstein's law, or if not so, according to international law – falls apart, the refusal of Guatemala to pay reparations is baseless and the Court could not go and formulate a new theory – lack of *locus standi* for diplomatic protection purposes – in defense of the respondent state, whose claims were baseless. The Court was deciding in favor of a party whose position was totally destitute of any factual or legal validity. In other words, accepting the plea in bar and not judging the merits of the case – resulted in recognizing that Nottebohm had indeed been harmed by Guatemala and deserved reparations, and if so the plea in bar itself was baseless.

Some commentators have suggested – in opposition to Judge Read's assumption – that the Court's understanding of the case was influenced by the allegations that were thrown against Nottebohm by Guatemala⁸⁰.

I would also disagree with Judge Read's dissenting opinion's analysis of the majority's underlying reasons, and say that, by not delving into the merits, the Court did not create the assumption that Liechtenstein's contentions were correct and not so Guatemala's, but contrary to that, the Court left a veil of doubt over Nottebohm's honor, and missed the opportunity to hear evidence that would prove or disprove allegations regarding important aspects of Nazi Germany's

⁷⁸ Id., at 26.

⁷⁹ Id., at 34.

⁸⁰ As Grawitz, *supra* 2, at 264 writes: "Dans quelle mesure la brillante plaidoirie de M. Rolin (Guatemala's counsel) aura-t-elle influencé la Cour, en opposant au fond tragique des souvenirs de la guerre, de ses victimes, de ses exigences exceptionnelles de sécurité, le portrait, au contraste facile, du milliardaire allemand, mettant ses biens à l'abri et n'évoquant en rien la pitoyable victime de la vingt-cinquième heure?". Goldschmidt, *supra* note 2, at 698 reveals his prejudice against Nottebohm and lets it influence his analysis of the judgment, by saying: "A perusal of the Nottebohm pleadings suggests that Nottebohm – in view of his undeniably strong former ties with Nazi Germany – did not enjoy the all important *lavori* judicis. There is little doubt that a majority of the judges 'felt' that his claims should not succeed. Instead of dealing with this claimant in the traditional manner and on a 'stare decisis' basis, justice was meted out by an elegant, yet tenuous, 'shortcut'. Again, there was a 'reason'".

economic infiltration in the Americas. The Court missed an opportunity to accomplish an important legal-historic analysis.

NOTTEBOHM'S RELATIONSHIP WITH GERMANY, GUATEMALA AND LIECHTENSTEIN

The Court states that there was a long-standing and close connection between Nottebohm and Guatemala⁸¹. This has been criticized: since Nottebohm had never become a Guatemalan national, there was no standing between him and this country that could be invoked to weaken the Liechtenstein connection⁸².

The close connection that the Court saw between Nottebohm and Guatemala does not seem to have existed in the eyes of the Guatemalan government in 1943 when it agreed to the request of the United States, arrested him and handed him over to North American authorities to be interned in their territory, and following that, expropriated all his properties without any indemnity, and, finally, did not allow him back to Guatemalan soil after he was freed from his internment. If Guatemala did not recognize a "*long standing and close connection with Nottebohm*", what authority did it have to complain against Liechtenstein for having naturalized him? Having lost his German nationality, in accordance with German law, when he requested the Liechtenstein nationality, which was granted, and being considered an enemy alien by Guatemala, the logical conclusion is that Nottebohm's only national link was with Liechtenstein.

If to deal with the whole history of Nottebohm from a politico-psychological standpoint, as the Court seemed to be so inclined to, I propose a different analysis of the facts.

Nottebohm did not want to remain German. His innocence from any liens with the Nazi has been proven in the settlement he reached with the United States government regarding properties that had been frozen during the war, as we shall see later on. Regarding his relations with Guatemala, it is a known fact that many European refugees and even immigrants did not assimilate the culture of the Latin American countries (differently from what happened to them in the United States, Canada and Australia), and this is especially true regarding Europeans from Germany and Central and Eastern Europe (and not necessarily for those coming from Spain and perhaps Italy).

⁸¹ Nottebohm's case, at 26 where Court states: "These facts clearly establish, on the one hand, the absence of any bond of attachment between Nottebohm and Liechtenstein and, on the other hand, the existence of a long-standing and close connection between him and Guatemala, a link which his naturalization in no way weakened". This affirmation has led authorities such as IAN BRONWIE, supra note 3, at 400, to say that the Court "decided that the effective nationality was that of Guatemala".

⁸² See MAURY, supra note 2, at 525, Bastid, id, at 627.

Their new habitat may have been good for their business enterprises, but in their hearts and minds they remained Europeans⁸³, and the Latin Americans, though very hospitable to all foreigners in their midst, saw them as aliens. This helps to understand how a man that arrived in Guatemala in 1905 and was so successful in his business enterprises there, could have been considered in 1943 – 38 years later – an enemy alien, and, without any formality, be handed over to the U.S. authorities⁸⁴. In other words, the cause which Liechtenstein presented to the International Court of Justice was, in itself, a demonstration that between Nottebohm and Guatemala no genuine link, no real attachment had been created in all the years he lived and worked in that country.

Therefore, going back to 1939, one can understand that Nottebohm, wishing to dissociate himself from Germany, and not wanting to become a Guatemalan national, despite his 34 years and economic success in that country, decided to attach himself to Liechtenstein, where a brother lived for ten years already, where he used to come to from time to time, a country which apparently was not going to associate itself with Nazi Germany, as it actually did not. A place to return to in Europe is what many Europeans wished to have even many years after having lived in Latin America, and this is what Nottebohm acquired for himself by naturalizing in Liechtenstein. Destiny showed how right he had been!⁸⁵

So we find two very strong motivations for Nottebohm to attach himself to Liechtenstein, the political and the cultural. The latter has to do with his German-European mentality. The former is his standing against Nazism. Nottebohm – contrary to what the Court understood – did want to dissociate himself from Nazi Germany⁸⁶. He might have tried to naturalize himself in Switzerland or

⁸³ Guatemalan law 01 naturalization could be helpful in explaining this phenomenon: Article 64 01 its Nationality Law (see Jones, supra note 2, at 236-7) establishes, as one of the conditions of naturalization, five years' residence in the national territory or, in some instances, two years' residence. Spaniards and Ibero-Americans are exempted from the residence requirement and may apply for naturalization at any time on submitting a simple declaration to the effect that they wish to settle in the country, and they need not have any connection with the State. Conversely, German nationals are to Liechtenstein what Ibero-Americans are to Guatemala. If a Guatemalan national wished to naturalize in Liechtenstein he would most probably not enjoy the same facilities that Nottebohm received.

⁸⁴ It is true that the United States also interned German and Japanese of long good standing in the country, but then the U.S. was waging war in Europe and in the East and had to take security safeguards which was not the case with Guatemala. See *Korematsu v. United States*, dissenting opinions of Justice Murphy and Jackson, supra note 66.

⁸⁵ GRAWITZ, Madeleine supra note 2 at 271 seems to have understood that when she wrote: "Où ailleurs, si l'on parle d'attachement sentimental... M. Nottebohm était un allemand de 60 ans, certainement beaucoup plus proche des traditions du Liechtenstein, qui faisait partie de la Confédération germanique jusqu'en 1866, que de celles du Guatemala ou même d'une Allemagne hitlérienne".

⁸⁶ The authors that comment on the Nottebohm case do not delve on this aspect of the case, but I did find two that touched the matter slightly. Kunz, supra note 2, at 555 wrote "And when Court continues that 'there is nothing to indicate that the application for naturalization... was motivated by any desire to dissociate himself from the Government of his country' we are amazed; not only is this a statement of motives, but there is no proof that

in any other European country that could be expected to stay neutral in the ensuing war, or eventually even a country that could be expected to get involved in a war against Germany. The presence of a brother in Liechtenstein made the choice of Liechtenstein all the more sensible and easier⁸⁷.

It seems to me that a person who decided in 1939 to give up his German nationality, when Germany was rich, strong and had conquered Austria and Czechoslovakia without a battle, that had vanquished most of Poland in a blitzkrieg, that had England and France practically at its feet, this person, living in Guatemala, a country completely alien to what was going on in Europe, and at a time when even the U.S. did not consider becoming involved in a European war, this person, by choosing to become a national of a tiny little state such as Liechtenstein, risking not to be able to go back to his native Germany, and certainly waiving any possibility of diplomatic protection from Germany, demonstrated, by this act, his strong, resolute decision of divorcing himself from Nazi Germany and all the evil it stood for. This, contrary to what some have written⁸⁸, should have inspired favor for Liechtenstein's claim in its exercise of diplomatic protection of one of its citizens that had abandoned Germany by renouncing his nationality when the absolute majority of his countrymen were applauding Hitler's hysteric and satanic endeavors.

As the naturalization was motivated by such fundamental political reasons, his liens to Liechtenstein were stronger than by any of the social, family or business grounds referred to by the Court in its analysis of the "genuine link" theory.

As a consequence, when Liechtenstein appears before the International Court of Justice to claim reparations for personal and economic damages inflicted on Nottebohm, for being mistaken as an enemy alien, this action of Liechtenstein is of the highest juridico-political content, in defense not only of Nottebohm's interests but also, and perhaps even more so, as a demand for recognition of a political choice made in 1939 when so few Germans did anything in the sense of dissociating themselves from the dictatorial, genocidal regime of Hitler.

Nottebohm, while having business and family connections with Germany, was politically an adherent of the Hitler Government", and Lauterpacht, *supra* note 2, at 12, writing years before the judgment remarked: "It will be noted, on the other hand, that renunciation of German nationality in October 1939 could have implied an act of deliberate dissociation from the National Socialist regime".

⁸⁷ I can also not agree with Judge Read, when he says, in the Nottebohm case, *supra* note 1, at 43, that there are three facts which prove that he was determined to break his ties with Germany, these being his application for naturalization, the taking of oath of allegiance to Liechtenstein and the obtaining of certificate of naturalization and a Liechtenstein passport. These are mere formalities, previous, contemporaneous and posterior to the naturalization, and are not to be considered as proofs of his political determination when he decided to naturalize in Liechtenstein.

⁸⁸ See note 79 *supra*.

When the Court says that: "*Naturalization was asked not so much for the purpose of obtaining a legal recognition of Nottebohm's membership in fact in the population of Liechtenstein, as it was to enable him to substitute for his status as a national of a belligerent State, that of a national of a neutral State, with the sole aim of thus coming within the protection of Liechtenstein...*"⁸⁹ it commits two grave wrongs. First, it seems to attribute no value to a German who does not wish to remain a national of his country in 1939, which the Court qualifies simply as a "belligerent State", as if Nazi Germany could be compared to any of the belligerent States that appear in almost every generation of humankind's history. By 1939, Hitler's Germany had proven to the world its terribly vicious, barbaric policies, and by abandoning his allegiance to that State, Nottebohm was proving his wish to break away from that evil. The second mistaken evaluation is to think that with this naturalization Nottebohm was creating some kind of protection for himself.

One can hardly see what kind of protection little, diminutive, defenseless Liechtenstein could afford to give to anyone, let alone a former citizen of Nazi Germany that decided to undo his ties with his mother country.

The Court concluded that Guatemala was "*under no obligation to recognize a nationality granted in such circumstances*". Where the Court saw circumstances of irrelevance (and probably was somehow influenced by the unproven charges of fraud and abuse of right), one could and should have seen very positive, noble circumstances that would lead to the opposite decision than the one Court reached.

Guatemala is seen in the judgment as a neutral State in the war that was beginning in Europe⁹⁰. Neutrality is a qualification given to a State that has some geographical, geopolitical or geoeconomic connection to the belligerent State and chooses not to get involved in the conflict. In 1939, the Latin American states had no connection to what was happening in Europe, and even the United States had no direct link with those events⁹¹.

Therefore, while Switzerland⁹², Liechtenstein and a few other European States that did not get involved in the war could be considered neutral States, the same could not be said about States of Latin America that had no interest, were not affected and could hardly affect the events that were occurring almost ten thousand miles away⁹³. They were indifferent and totally strange to the war in Europe up until the moment when the Nazis provoked them through various acts, including the bombing of commercial ships in the Atlantic coast – as

⁸⁹ Nottebohm case, *supra* note 1, at 26.

⁹⁰ Nottebohm case, *supra* note 1, at 31.

⁹¹ A state of war erupted between Germany and the United States in December of 1941.

⁹² Switzerland's neutrality, especially in the later years of the war, has become a polemic subject. See *supra* note 5.

⁹³ See on this aspect LAUTERPACHT, *infra* note 115 and accompanying text.

happened to Brazil. Therefore, Nottebohm's change from German nationality to Liechtenstein nationality was actually a totally indifferent matter as far as Guatemala was concerned, it being understood why Nottebohm obtained so easily a Guatemalan visa in his new Liechtenstein passport and obtained immediately the modification in his Guatemalan registry from German to Liechtenstein national. Ergo, the fraud and abuse of right arguments of Guatemala with regard to Nottebohm's naturalization – that had considerable influence on the Court's judgment – are totally out of place and destitute of any sense.

DIPLOMATIC PROTECTION – THE CONTINUITY RULE

Liechtenstein's claim was for damages, mainly resulting from the non-compensated expropriation of properties, and being that a matter of economics, in which the claimant State has an obvious interest, the so-ciological factor of nationality should be even less relevant, and the economic links that had been established between Nottebohm and Liechtenstein at the time of his naturalization, and after he returned to that country in 1946, should have been a much weightier consideration.

It is an established principle, consecrated by the International Court of Justice, that diplomatic protection and protection by means of international judicial proceedings constitute measures for the defense of the rights of the State. In the Nottebohm case, the Court cited the Permanent Court of International Justice as having said and repeated that by *"taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights – its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law"*.

The Court's denial of this protection based on the lack of genuine link between Nottebohm and Liechtenstein – due mainly to the fact that he did not establish residence in that country after his naturalization – was opposed by the dissenting opinions, especially those of Judges Klaestad and Guggenheim who stressed the fact that the expropriation measures were taken by Guatemala when Nottebohm was already residing permanently in Liechtenstein, and the so-called "genuine link" had been entirely accomplished⁹⁴.

⁹⁴ Nottebohm case, supra 1, at 31, 61-2. Judge Klaestad, at 31 says "When expropriation measures were taken against his property by virtue of the Guatemalan Legislative Decree no. 630 of 25th. May, 1949, he had been living in Liechtenstein for more than three years... it is difficult to see on what legal basis the government of Liechtenstein could be considered as being debarred from affording diplomatic protection to him in respect of measures taken by government of Guatemala against his property at a time when he was a permanent resident in Liechtenstein. And Judge Guggenheim, id, at 62, states: "Since no final measure of expropriation, in respect of which a claim for reparation has been put forward by Liechtenstein, was adopted before F. Nottebohm's return to the State, of which he was a national, in 1946, and since all these measures were only carried out after he took up permanent residence in Liechtenstein, I fail to see how it is possible to invoke the absence of any bond of attachment between Liechtenstein and F. Nottebohm".

Judge Read referred very briefly to what he called "subsequent conduct" by saying that there is no rule in international law which would justify taking into account subsequent conduct as relevant to the validity and opposability of naturalization. This has been interpreted in a very interesting and challenging manner by one of the commentators of the case⁹⁵, as a critique to the majority for having contradicted themselves, by first giving decisive weight to Nottebohm's subsequent conduct in 1939 of not establishing his residence in Liechtenstein, and then by denying relevance to the subsequent conduct of 1946 when he did establish this residence. In the words of Hans Goldschmidt, of the German bar,

There appears, as Judge Read indicates, to have been utter confusion in the minds of the majority. Either they considered the "subsequent link" relevant, which means they should have granted redress to Liechtenstein against Guatemala on the basis of the undisputed facts, or they considered the "subsequent link" irrelevant, in which event, they should have refrained from stating the exact opposite. If the dissent were correct in interpreting the majority's position, then Nottebohm is inherently inconsistent and merits rejection, if only for this reason.

I have my doubts whether this is what judge Read had in mind in those few words and also doubt whether the majority's opinion presents such a contradiction. The Court may have not given any relevance to subsequent links, yet the original lack of residence was not a fact that occurred after the naturalization. The speed of the naturalization proceedings indicated that Mr. Nottebohm had no intention of settling in Liechtenstein at that point and time, so that this does not fall under the category of "subsequent conduct". There are other, clearer points in the majority's opinion which should lead us not to accept it as good international law, for reasons already seen so far and for others that will be pointed out in the following pages.

The majority said that

*the Court must ascertain whether the ... factual connection between Nottebohm and Liechtenstein in the period preceding, contemporaneous with and following his naturalization, appears to be sufficiently close, so preponderant in relation to any connection which may have existed between him and any other State, that it is possible to regard the nationality conferred upon him as real and effective, as the exact juridical expression of a social fact of a connection which existed previously or came into existence thereafter*⁹⁶.

⁹⁵ GOLDSCHMIDT, Hans supra note 2, at 697.

⁹⁶ Nottebohm case, supra 1, at 24.

The opinion of the majority is reflected in a Resolution adopted by the Institute of International Law in 1965 on the “national character of an international claim presented by a State for injury suffered by an individual”⁹⁷.

In its first article, the Resolution states the principle that the claim by a State regarding an injury suffered by an individual has to possess the national character of the claimant State, both at the date of its presentation and at the date of the injury; absence of this national character is ground for inadmissibility.

Article 3 (b) states that by date of injury is meant the date of loss or detriment suffered by the individual.

Three rules are established in Article 4: a) if the injured individual is a national both of the claimant and the respondent States, the claim is inadmissible; b) if the individual possesses the nationality of a third State, the claim is also inadmissible, unless the individual's links to the claimant State are closer; c) if from the particular circumstances of the case, it appears that naturalization has been conferred on the individual in the absence of any link of attachment, the claim may be declared inadmissible. We see in this Resolution three different degrees of inadmissibility: “is inadmissible”; “grounds for inadmissibility”; “may be declared inadmissible”.

Lack of link or attachment may result in a declaration that the claim is inadmissible; lack of link continuity is ground for inadmissibility, whereas a second nationality, either of respondent State or of a third State, results in inadmissibility of the claim.

Is there any difference of degree between “ground for inadmissibility” and “may be declared inadmissible”? Hard to tell. The only thing that seems clear is that the Institute, though clearly influenced by the Nottebohm judgement, did not imply from it that it is to be followed in any other similar circumstances. “Grounds for inadmissibility” and “may be declared inadmissible” leaves it up to the discretionary understanding of each Court and judge to decide whether the lack of links of attachment in a naturalization case, or the lack of continuity in the national character of the claim should lead to its inadmissibility.

According to the Institute's Resolution a claim regarding an injury that occurred before the individual adopted the nationality of the claimant State would contain grounds for inadmissibility, but would not be definitely excluded (article 1).

The continuity rule has not been accepted by most of those that studied the Nottebohm case⁹⁸. One author⁹⁹ discusses the hypothesis of an individual

⁹⁷ Resolution on “the national character of an international claim presented by a State for injury suffered by an individual”, adopted by the Institute of International Law in 1965, Yearbook of the International Law Commission, 1996, vol. II, 142.

who changed his nationality after having been injured, in which case, according to the criterion of the Court (factual connection between State of nationality and injured individual “in the period preceding contemporaneous with and following his naturalization”), the State of his new nationality could not exercise the diplomatic and judicial protection. “I do not understand the reason”, says the author, “why the change of nationality should benefit the State that allegedly committed the injury ... the rule having to be that the right of protection may not be affected by the simple and pure fact of a change of nationality – provided, naturally that it be an effective change. And of the two states – the old and the new – it is the last one that has the right to exercise diplomatic protection...”¹⁰⁰.

On this aspect I have a few considerations to make.

First, the *tempus delicti*¹⁰¹ is not such a simple matter that one can so easily decide that the nationality link must exist at the time of the occurrence of the injurious act. The consequences of the injury remain throughout time, especially where the taking of property is concerned, and when the State takes over the individual's loss by presenting a diplomatic claim, it is presenting its injury, its loss, as it stands at that moment. If this is acceptable – and I see no reason why it should not be – then the link between the individual and the claiming State contemporaneous to the presentation of the claim should be perfectly satisfactory, more than that, should be the only relevant consideration.

The Court did not judge on the nationality of Nottebohm, not from the Liechtenstein domestic law point of view, nor from the international law standpoint¹⁰². What the Court said was that the links existing between the individual and the State concerned were not genuine enough for purposes of exercising

⁹⁸ See SPERDUTI, supra note 2, at 231, MAKAROV, id., at 525, SALVIOLI, id., at 577 and the Michigan Law Review note, at 610 n. 61 and 616 n. 101. Ian Brownlie, supra note 3, at 469 says that “there is a respectable body of opinion which would reject the principle (of continuity) altogether”.

⁹⁹ SALVIOLI, supra note 2, second part of note 2.

¹⁰⁰ According to MAKAROV, *op. loc. cit.*, despite the general opinion in favor of the continuity rule, various members of the Institute of International Law advocated that “unicamente debe ser tenido en cuenta el momento en que el Estado comienza a ejercer el derecho de protección: si entre los dos momentos citados cambiase la nacionalidad del perjudicado, sería el nuevo Estado patrio el llamado a ejercer el derecho”.

The Michigan Law Review note, supra 2, at 616 refers in its note 101 to FREIDBERG, Unjust and Outmoded – The Doctrine of Continuous Nationality in International Claims, 4 Int'l. Law., 852 (1970) that, “when the United States magnanimously takes in a refugee, should he not be accepted with all his assets and liabilities, including his claims to be compensated for [the injury caused by] the government from which he fled? If the United States, to which he now owes allegiance does not speak for him, no state will”.

¹⁰¹ One could compare the *tempus delicti* to the *locus delicti*, the connecting rule of Private International Law, where we also find this discussion – is it the place where the injury was perpetrated or is it the place where the injury is, being suffered by the victim.

¹⁰² See Judge KLASAD's explanation of the majority opinion, Nottebohm case, supra note 1, at 30: “The present Judgement does not decide the question, in dispute between the Parties, whether the naturalization granted to Mr. Nottebohm was valid or invalid either under the national law of Liechtenstein or under international law. Leaving this question open, it decides that the Government of Liechtenstein is not, under international law, entitled to extend its protection to him as against Guatemala”.

diplomatic protection. If so, nationality was not the issue, only the diplomatic protection was. Then, as a logical consequence "*the period preceding, contemporaneous with and following*" should refer to the date when diplomatic protection was exercised – in 1951, when the claim was put before the ICJ, and not the date of the naturalization.

And before, during and following the claim before the ICJ, Nottebohm had the most genuine links with Liechtenstein, where he had established his permanent abode since 1946.

Another approach would establish that the continuity rule applies with regard to the time of the injury. If so, we see that the day he was arrested – in 1943 – the first of a long series of arbitrary acts that were committed against Nottebohm – Liechtenstein immediately came to his aid, exercising diplomatic protection. This is the best and most vehement manifestation of connecting link and shows how at that time he was closer, much closer to Liechtenstein than to his aid, than to Guatemala that arrested and handed him over to the authorities of another State. So, in 1943, when Guatemala started acting against Nottebohm, Liechtenstein was entirely on his side, endeavoring its best efforts to help him. And so it continued doing throughout his long ordeal with Guatemala and the United States. That means that before, during and after the injuries, there was that intimate link of a State doing everything within its power to help its national.¹⁰³

And as far as residence in Liechtenstein is concerned – to which the Court wrongfully attributes so much importance – and which only materialized in 1946, whereas the first acts towards confiscation of Nottebohm's properties by Guatemala started in 1944, we must consider that when Nottebohm was expelled from Guatemala in 1943, if left free to decide, he would have most probably gone to Liechtenstein, which could be reached at that time by a person of former German nationality and present neutral Liechtenstein nationality, not belonging to any of the Nazi-persecuted minorities.

But Guatemala imprisoned Nottebohm and gave him over to the American authorities, which brought about his internment for over two years, delaying by that much the establishment of what the Court's majority calls the genuine link of nationality through residence. And then, when Liechtenstein claims damages, the Court decides that Liechtenstein has no *locus standi* due to lack of genuine connection (read permanent residency) of Nottebohm to Liechtenstein preceding

¹⁰³ See Nottebohm case, supra 1, at 44: "Upon his arrest in 1943, he obtained the diplomatic protection of Liechtenstein through the medium of the Swiss Consul. On the commencement of the confiscation of his properties, he obtained diplomatic protection from the same source and channel..." When, after he had been liberated from the internment in the United States, Guatemala did not allow him in, Liechtenstein admitted him and gave him total support and when the confiscation measures were effected, Liechtenstein went all the way out by claiming against Guatemala before the ICJ.

the confiscation measures, which Guatemala made impossible. This is tantamount to rewarding the culprit!

THE MERITS OF THE CASE

If the Court would have accepted to delve into the merits of the case, as was the opinion of the three dissenting judges, the basic matters to be decided upon would have been whether Guatemala's policies regarding Nottebohm were justified from the point of view of Guatemalan law and international law, as far as Nottebohm's arrest, deliverance to U.S. authorities, refusal to allow him to come back to Guatemala after the end of the war and the expropriation of his properties without compensation, and if some or all of these acts were not justified, what compensation was due to Nottebohm. Judging on the merits would of course demand an analysis of Nottebohm's status regarding the war between the Allies and the Axis countries: enemy alien or not.¹⁰⁴

Guatemala justified the arrest and deportation of Nottebohm with Resolution XVII on subversive activities promulgated at the Meeting of Ministers of Foreign Affairs of the American Republics held at Rio de Janeiro, January 15-28, 1942.¹⁰⁵

At this meeting¹⁰⁶, 21 American States signed an Act recommending the breaking of diplomatic relations with Japan, Germany and Italy, since the first-mentioned State attacked, and the other two declared war on, an American country¹⁰⁷, deciding to cut off for the duration of the hemispheric emergency all

¹⁰⁴ GLAZER, supra note 2, at 321 writes that if Liechtenstein had been accorded *locus standi*, the ultimate issue before the Court might have been addressed solely to the confiscatory measures employed by Guatemala and to their validity in international law. He adds that the fact that Nottebohm had been classified as an enemy alien by Guatemala should not necessarily detract from the force of the proposition that the confiscation of private property of aliens is a breach of international law, according to the view of some writers, such as Jessup. See on this Kunz, supra note 2, at 543 who refers to Seidl-Hohenveldern as equally holding that confiscation of private property as a war measure to be illegal, and Kunz adds that this is so particularly in the case of confiscations practiced by states "which have made only paper declarations of war".

Lauterpacht, supra note 18, at 15, affirms that "the confiscation, without compensation, of the property of an alien for a reason other than punishment, consistent with justice, for an offense against the law of the State is illegal under international law". KUNZ adds that "here was a rare opportunity for the Court to adjudicate authoritatively upon the legality under international law of these war confiscations. It deprived itself of this opportunity". And GLAZER says, "further that if the Court had endorsed these views the Nottebohm case might have emerged as an authoritative pronouncement of international law with reference to postwar property settlements. I agree that this would have been important, but even more important in my view would have been to decide on the merits of whether Nottebohm had been, or not, an enemy alien".

¹⁰⁵ GLAZER, supra note 2, at 315.

¹⁰⁶ The full report on the meeting is published in the Supplement to 36 The American Journal of International Law, 61 (1942).

¹⁰⁷ Id., at 63.

commercial and financial intercourse between the Western Hemisphere and the nations signatory to the Tripartite Pact and the territories dominated by them¹⁰⁸.

The Meeting also decided to control dangerous aliens by

requiring that ali aliens register and periodically report in person to the proper authorities and exercising a strict supervision over the activities and conduct of ali national of member states of the Tripartite Pact... communicating immediately to other American Republics, information that may be obtained relative to the presence of foreigners suspect with relation to the peace and security of such other Republics.

It was decided to "establish procedures whereby such nationals of the aforesaid states as are deemed dangerous to the country of their residence shall, during their stay therein, remain in detention or be restricted in their freedom of movement", but it was also established to protect "ali aliens not deemed dangerous from being deprived of adequate means of livelihood, unfairly discriminated against, or otherwise interfered with in the conduct of their normal, social and business activity".¹⁰⁹

The possibility of putting in trust or subject to permanent administrative intervention properties, interests and enterprises of such states and nationals was also foreseen.¹¹⁰

Sased on these resolutions, American States prescribed measures against enemy aliens. Guatemala enacted a series of Decrees.

Nottebohm's Status

We have seen that Guatemala declared in her presentations to the Court that Nottebohm had not meant to forfeit his German nationality, and that he only became a national of Liechtenstein so as to protect German properties which figured as belonging to him, with the intent of eventually acquiring back his German nationality¹¹¹. Liechtenstein denied this and attributed Guatemala's "ideas" to "war psychosis".¹¹²

¹⁰⁸ Id, at 71.

¹⁰⁹ Id, at 78.

¹¹⁰ Id, at 71. See GLAZER, supra note 2, at 315, note 10 regarding Resolution XX of the Special Inter-American American Consultative Committee for the Political Defense of the Hemisphere which enjoined its signatories to employ the weapon of expulsion or deportation, if need be, to another Republic.

¹¹¹ See supra note 74 and accompanying text. See also KUNZ, supra note 2, at 541.

¹¹² GRAWITZ ai id, refers to Liechtenstein's answer to the Court as "Pour le conseil du Liechtenstein, il ne s'agit là que de commérages issus de la psychose de guerre et que l'agent du Guatemala se trouve dans l'incapacité de prouver. En fait, M. Nottebohm ne s'occupait pas de politique. C'était un honnête homme, très considéré et qui, s'il désirait mettre sa personne et ses biens à l'abri, voulait surtout trouver au Liechtenstein la tranquillité, auprès de son frère, qui y était installé depuis dix ans".

The Court avoided judging this delicate matter, by opting to decide based on Guatemala's plea in bar, and according to some authors did so under the influence of the unproven accusations launched against Nottebohm¹¹³.

There is a very interesting document, quoted by Sir Hersch Lauterpacht¹¹⁴, dated March 7, 1944, issued by the civil attaché to the British legations in Central America which says:

As a civil attaché to His Britannic Majesty's legations in Central America, I conducted a thorough investigation into the firm of Nottebohm Hermanos and its directors. The business transactions of the firm since August 1939 up to September 1943 were scrutinized by myself and by a chartered accountant, and we were unable to find any instance of the firm having aided the enemy. As the result of the investigation I was satisfied that the charges made against Nottebohm Hermanos, which resulted in its being placed on the Statutory List in 1939, were based on erroneous evidence or on confused statements given in good faith. At the same time I conducted an investigation into the life of the partners, Frederico Nottebohm and Karl Heinz Nottebohm, and came to the conclusion that neither had aided the Nazis in a business or private capacity. From the investigation and from personal knowledge of the partners I am of opinion that they should not be considered Nazi sympathizers. Signed - Arthur Neale.

Lauterpacht also informs that, about the same time, a document to similar effect was issued by the Swiss consul in Guatemala, and that the British consul in Guatemala was subsequently able to testify officially to the irreproachable conduct and character of Mr. Friedrich Nottebohm¹¹⁵.

Lauterpacht deals specifically with the internment of Nottebohm and says that it cannot be claimed that the interests of immediate safety of Guatemala called for the summary and hard measures of internment taken by the Guatemalan government against Mr. Nottebohm. "Guatemala was not in the neighborhood of military operations; she was not a region of war; she was not in danger of invasion. Her position was not analogous to that in which, for instance, Great Britain found herself in June 1940 and when provisional measures of internment against a highly suspected neutral national might have been justified".¹¹⁶

¹¹³ See KUNZ, supra note 2, at 550, "...it is unfortunate that the Court twice, rather one-sidedly, refers to allegations concerning fraud, which had not been proved by Guatemala" and "these allegations were not proved and could be considered only by granting an adjournment and joining the pleas in bar to the merits".

¹¹⁴ Sir Hersch Lauterpacht prepared in 1951 an opinion on the position of Mr. Nottebohm for the Government of Liechtenstein. See INTERNATIONAL LAW, being the collected papers of Hersch Lauterpacht systematically arranged and edited by E. LAUTERPACHT, v. 4 - **The Law of Peace**, Parts VII and VIII, p. 5-20. After the judgment by the Court, Lauterpacht never commented on the decision, having become a member of the Court and as he wrote "I have considered it proper not to comment upon or refer to any of the judgments... given by the Court since I became one of its members". Id at 5.

¹¹⁵ Id, at 13.

¹¹⁶ Ibidem.

Lauterpacht further opines that the duty of the government of Guatemala especially in relation to an alien who has been residing in the country for so many years – was to take steps to verify any suspicion against Nottebohm, steps that were never taken. His continued detention, unaccompanied by any positive proof of hostile disposition or action or by any attempt to produce such proof, must be regarded as involving clearly the responsibility of the government of Guatemala, there being abundant international arbitral authority for the assessment of damages in cases of this nature¹¹⁷.

On Nottebohm's deliverance to North American authorities, Lauterpacht wrote that it is a fairly well established principle of international law that a State is not entitled to resort arbitrarily to the expulsion of an alien who has been long resident in the country, who has established a business there and who has not been guilty of any serious violation of the law of the State, and that the refusal to readmit Nottebohm after the war was tantamount to an act of expulsion.

Regarding his opinion about the illegality of the confiscation measures, Lauterpacht adds that it might have been different if Mr. Nottebohm had changed his nationality at time when Guatemala was already at war with Germany and therefore declined to recognize the change of nationality.

Lauterpacht then refers to the retroactivity that Guatemala introduced into its decree, saying that this proceeding of purporting to confiscate the property of an alien for having been a German national at a date, arbitrarily chosen, at which not only Guatemala, but even Germany, was not at war with any other country “creates the impression of being unprecedented. It is certainly contrary to international law”. The prestigious English jurist writes that he prefers not to advance the contention that, although framed in general terms, the decree was in fact aimed specifically to Mr. Nottebohm. The action of Guatemala was patently inconsistent with the generally recognized principles of international law in the matter of the treatment of property of aliens, says Lauterpacht¹¹⁸. According to his opinion, the Liechtenstein Government was entitled to claim against Guatemala under five heads: a) the internment of Mr. Nottebohm; b) his continued detention, unaccompanied by an inquiry as to his guilt or innocence; c) the unjustified refusal, amounting to expulsion, to allow him to return to Guatemala; d) the seizure and continued sequestration of the property of Nottebohm; e) the attempted confiscation of his property. And in case the government of Guatemala should fail to give satisfaction to the government of Liechtenstein, “it is in my opinion, advisable that the Government of Liechtenstein should institute proceedings before the International Court of Justice by unilateral submission not later than 1 May 1950, in accordance with Articles 36 and 40 of the Statute of the Court and Article 32 of its Rules”.

¹¹⁷ Id, at 14.

¹¹⁸ Id, at 16.

This opinion was followed by Liechtenstein's action against Guatemala, with the unfortunate result that we have seen.

An interesting fact which could have been taken in consideration by the Court had it agreed upon judging the merits of the case, was the suit that Nottebohm Hermanos, through their two active partners, Friedrich and Karl Nottebohm brought against the United States for reparations as a result of the seizure of property pursuant to a Vesting Order No. 11040 of the Alien of Property Custodian. Paragraph 11 of the complaint stated:

The individual partners, and each of them, in plaintiff are not, and have never been, within the meaning of the said Act, a national of Germany, or an enemy or ally of enemy, or a national of any enemy country; the individual partners, and each of them in plaintiff at no time engaged in activities inimical to the United States, and in no way suffer from enemy taint; said property and any interest therein belonging to the individual partners, and each of them, in plaintiff is not controlled by, payable or deliverable to, held on behalf of or account of, owing to, or evidence of control or ownership by an enemy or an ally of enemy or the national of any enemy country; and none of the individual partners in plaintiff can be treated as an enemy, ally of an enemy, or enemy national under said Act, or by virtue of any order or ruling issued pursuant thereto¹¹⁹.

The Defendants counter-claimed stating that an earlier constituted firm Nottebohm Hermanos had been, during the years of the First World War, what was then considered an enemy within the Trading with the Enemy Act, and requested the return of values that had been paid to that earlier firm by the U.S. government, based on the erroneous notion that the firm had not been an enemy alien. After payment by or on behalf of Friedrich Nottebohm to the United States in full satisfaction of the claim asserted by the defendants in said action and after dismissal, by the plaintiff of the complaint in said action no. 1.509-50, with prejudice, the U.S. released all claims of the United States of America against the said Friedrich Nottebohm and said Nottebohm Hermanos.

This release was signed on December 21, 1950 by Mr. Harold I. Baynton, former Assistant Attorney General and Director of the Office of Alien Property.

Glazer says¹²⁰ that this settlement released plaintiff's assets which had been blocked as enemy property and informs that Mr. Baynton, commenting on the effect of this agreement, stated,

¹¹⁹ As contained in Civil Action file no. 1509-50, United States District Court for the District of Columbia, Nottebohm Hermanos v. J. Howard McGrath, Attorney General of the United States as successor of the Alien Property Custodian and George Neese Clark, as Treasurer of the United States, copies of the complete file in the case obtained through the kind help of Attorney Alexander E. Bennett of Arnold & Porter, Washington, D. C., to whom the author acknowledges his gratitude.

¹²⁰ GLAZER, supra note 2, at 323, note 47.

Plain English and true meaning of the... agreement is that after exhaustive investigating, the state of the evidence showed the parties ... as nonenemy, and that the Office of Alien Property and the Department of Justice were, through me, making a finding to that effect on all the available evidence. If the evidence had shown otherwise the United States would have confiscated and retained, instead of releasing, the property which was released.

This statement which was included in the Oral Arguments of Uechtenstein, was corroborated by Mr. Baynton during an interview with Glazer!¹²¹

The United States also interned many German and Japanese nationals as well as ethnic German and Japanese¹²², but whereas the United States gave them a hearing, most Latin American enemy aliens were not given a hearing on their case. According to a research done on the subject, in almost all cases, there was no trial, no hearing, and no evidence presented against those arrested; no accusations were made against most Latin American aliens, nor were they formally charged with any crimes¹²³.

In the Nottebohm case, considering that the Guatemalan authorities were acting not for reasons of their own, but at the instance of the United States Government¹²⁴ and taking into account that the United States released Nottebohm of any liability during WW II, recognizing his innocence, the reasons for arresting, expelling and not allowing Nottebohm to come back to Guatemala were totally baseless. A judgment on the merits by the Court could have been highly clarifying.

GUATEMALA'S WAR MEASURES

As far as it was possible to assemble the statutory rules enacted by the Presidency and by the Congress of Guatemala¹²⁵ containing war emergency measures, the first order was President Jorge Ubico's decree dated December 12, 1941¹²⁶, excluding from constitutional guarantees (individual rights) "*ali nationals from Japan, Germany and Italy that live in the territory of the Republic*". This was followed by a presidential decree of December 23 of the same year¹²⁷,

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² See generally TIMOTHY J. HOLIAN, *supra* note 2.

¹²³ *Id.*, at 144. At 143 and 223 the author informs that 2,800 ethnic Germans were brought to the United States from twelve Latin American countries for temporary internment; of those almost 600 German nationals were returned to Latin America while many others were sent back to Germany. *Id.*, at 224.

¹²⁴ See Nottebohm case, *supra* 1, at 34.

¹²⁵ This author acknowledges that some of the Guatemalan decrees dealing with war emergency measures regarding foreigners have not been found in his research.

¹²⁶ Decree 2.648 in 60 *Recopilación de las Leyes de la República de Guatemala* 100 (1941).

¹²⁷ Decree 2.655, *id.* at 102.

days after the state of war between Germany and the United States was proclaimed, under the title of "Emergency Law" which established a long series of legal restrictions against "nationals of the countries with which Guatemala is at war". In this decree, there is also reference to "*people that figure in the list proclaimed by the United States of America*"¹²⁸ regarding restrictions of economic nature. Article 40 clearly addresses the measures contained in the Emergency Law to "*every person... that has the nationality of any of the countries in war with the Republic or that has legal or political links with official institutions or entities of these countries*", whereas article 41 disposes that the Government may exclude from enforcement of the measures contained in the present Decree, those nationals of the countries in war with Guatemala, who have suffered persecutions by reason of race or religion, for which special rules would be decreed (a provision deemed mainly to German Jews).

On August 14, 1944, the Presidency decreed¹²⁹ the confiscation of the properties of the people included in "*listas proclamadas*", among which figured the properties of the firm Nottebohm Hermanos. At this time, Friedrich Nottebohm was already interned in the United States and could do nothing to defend his interests.

On May 22, 1945 Congress enacted Decree 114¹³⁰, which ruled on the procedures to be followed for the transfer of the expropriated properties to the State. In this decree there is again reference (article 5, changing the wording of article 7 of Executive Decree 3.138) to properties belonging to nationals in war with Guatemala, meaning of countries in war with Guatemala. Article 6 foresees the procedure of opposition and complaint against confiscation measures, with the purpose by the interested parties to establish their rights of being excluded of the effects of the law, which article 10 explains are the nationals of states not in war with the United Nations. By being forcibly absent from the country, Nottebohm did not have the chance to defend his rights and interests in accordance with what this law established.

In May 1949, on the 25th, four years after the war had finished, the Congress of Guatemala approved Decree 630¹³¹, which apparently enacted the final act of confiscation of all properties belonging to the enemy and his collaborators, "*whatever their nationality*". Article 7 changed what had been stated in the earlier decrees about what is to be considered enemy property by stating that: "*enemy property is considered those belonging to individual or juridical people that are nationals of the countries with which the Republic was at war, or that*

¹²⁸ *Id.*, article 21 b.

¹²⁹ Decree 3.134 and 3.135, 63 *Recopilación de las Leyes de la República de Guatemala* 418 and 419 (1944). See also Decree 3.138, *id.*, at 424.

¹³⁰ Decree 114, 64 *Recopilación de las Leyes de la República de Guatemala* 482.

¹³¹ This is Decree referred to by most commentators on the Nottebohm case.

were national of these countries on October 7, 1938, even if they have acquired a different nationality later on".

Article 10 stated that those who used German passports or any other official document that identified them as such, would ipso facto be considered as German nationals.

This change, that included among the enemies of Guatemala those that had been enemy nationals almost a year before the war ever started (that is the war against Poland on September 1, 1939), seems to have been effected with the special aim of including Mr. Nottebohm, who, according to the rules established during the war, was not to be considered among the alien enemies, for when the decrees were enacted in those years, he was not anymore a German national, and those war time decrees contained no retroactive clause.

A possibly important rule for the defense of Nottebohm's interest is article 17 of Decree 630 which states that certain people, though included in articles 7 and 10 shall be excluded from the confiscation, even if they had been included in the "Listas proclamadas", provided that none of the other causes that justify the confiscation, as established in the second chapter of the Decree, existed (any kind of collaboration with enemies), if they could prove that four circumstances apply: a) that they had been permanently domiciled in Guatemala since 1933 and that they did not absent themselves from the country for a continuous period of more than two years. Mr. Nottebohm never left Guatemala for more than short periods of time. His absence from 1943 on was due to absolute force majeure, the force of the Guatemalan and the United States governments arbitrary measures; b) that they have not committed any criminal acts; c) that they have formed their fortune in Guatemala; d) that at no time did they inscribe their children as nationals of their country of origin, all of which Mr. Nottebohm could have easily proven to be in his favor.

Actually, article 18 excludes from the benefits of article 17 real estate properties and rights that constitute the equity of companies acting in the fields of agriculture, financing and banking, exactly the activities of Nottebohm Hermanos. Was not this exception specifically directed against the interest of Mr. Nottebohm? Is this not characteristically the discrimination forbidden by international law in matters of confiscation?

The law's last article, under number 61, states that for ordre public reasons this decree will have retroactive effect to October 7, 1938. Indeed strange that four years after the war public policy should demand that the rules concerning the enforcement of war confiscation measures should be made retroactive to a year before the war started.

Ordre public is the measure of control that protects State and society from interests that conflict with its basic principles of justice, one of its main characteristics being that the harm to be protected from is contemporaneous to the time

when the protection is exercised, which is certainly not the case when Guatemala rules in 1949 about events that occurred in 1941 and retroactivating the effects of its rules to 1938! Again blatant, exorbitant discrimination, unacceptable in international law.

This brief review of the main Guatemala rules regarding confiscation demonstrates that Nottebohm would have had some interesting points to discuss with the government, had he been allowed to reenter the country in 1946 when he tried to do so, after having been freed from the internment camp in the United States.

And these considerations on the merits of Guatemalan's confiscation of Nottebohm's properties should have been allowed to be aired by Liechtenstein in its claim against Guatemala. Specially interesting would have been the demonstrations regarding his innocence of any link with Nazi Germany as certified by various English and U.S. Authorities, as seen above¹³².

So before dealing with the question whether, according to international law, enemy aliens' properties may be confiscated without compensation¹³³, the Court would have had to deal with a factual question, i.e., whether Nottebohm was an enemy alien or not. Since Nottebohm was not given the slightest chance to defend himself before the Guatemala authorities, the Court would have to deal with all the defenses that he should have been allowed to present to the courts of the country where he had lived for decades.

The International Court of Justice's decision did exactly what Guatemala had done before – denied Nottebohm/Liechtenstein the right to defend their interests based on the merits of the case.

¹³² The English document, supra note 113 and accompanying text and the American document, supra note 120 and accompanying text.

¹³³ See supra note 103.

DIREITO PENAL

RESERVAS AO ESTATUTO DE ROMA UMA ANÁLISE DO DIREITO DE RESERVAS AOS TRATADOS MULTILATERAIS E SEUS REFLEXOS NO ESTATUTO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Artur de Brito Gueiros Souza¹

Sumário. 1. Introdução; 2. O direito de reservas aos tratados multilaterais; 3. O Parecer Consultivo da CIJ de 1951: o princípio da compatibilidade; 4. As declarações unilaterais ao Estatuto de Roma; 5. A declaração do Governo brasileiro; 6. A reserva prevista no art. 124 do TPI: crimes de guerra; 7. Os Acordos 'Artigo 98'; 8. Conclusão; 9. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O propósito do presente texto é o de discutir o estágio atual do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (doravante *Estatuto*)² à luz dos princípios que regem o direito de reserva por parte dos Estados intervenientes. Isto porque, a despeito da produção bibliográfica já extensa sobre o Tribunal Penal Internacional (TPI), acredita-se que pouca atenção foi, até agora, dispensada à questão das reservas ou declarações apresentadas por alguns Estados no sentido de interpretar ou mesmo limitar o alcance das disposições daquele diploma multilateral.

Com efeito, apesar do art. 120 do Estatuto proibir que os Estados possam fazer reservas ao corpo do seu texto, tem-se que, na verdade, esta proibição não é absoluta. Ao contrário, remanescem questões não completamente solucionadas no âmbito do TPI, decorrentes da turbulenta trajetória da sua aprovação no cená-

¹ Procurador Regional da República na 2ª Região. Professor de Direito Penal da UERJ. Doutorando em Direito Penal pela USP.

² O Estatuto do Tribunal Penal Internacional foi aprovado na Conferência diplomática de Plenipotenciário das Nações Unidas, em 17.07.1998, em escrutínio secreto, com 120 votos a favor, 7 contrários e 21 abstenções. Os Estados que votaram contra foram, presumivelmente, os Estados Unidos, China, Israel, Índia, Líbia, Iraque, Qatar ou Iêmen. O Estatuto de Roma entrou em vigor em 01.02.2002, quando completou o quorum exigido de 60 ratificações. Atualmente, o Tribunal Penal Internacional conta com a ratificação de 92 países do total de 139 assinaturas (cf. <www.icc-cpi.int/php/statesparties/allregions>). O Brasil assinou o tratado que criou o TPI em 07.02.2000 e depositou o instrumento de ratificação em 20.06.2000. Em seguida, o Estatuto foi promulgado pelo Presidente da República através do Decreto 4.388, de 25.09.2002. Acresça-se que o documento oficial em língua portuguesa encontra-se disponível no endereço eletrônico <www.mj.gov.br/sal/tpi/estatuto.htm>.

rio internacional que, concretamente, ultrapassam aquela norma proibitiva de oferecimento de reservas, ameaçando, em última instância, a própria existência ou efetividade da Corte Criminal Internacional.

Neste sentido, alguns países, quando da manifestação de suas adesões ao Estatuto de Roma, encaminharam ao Secretário Geral da ONU diversas manifestações de vontade, algumas com indiscutível natureza de reserva, sendo que seus devidos efeitos só podem ser compreendidos através dos princípios que regulam este instituto. Cumpre registrar, no particular, que o próprio Governo brasileiro formalizou declaração, por meio da qual expressou sua preocupação quanto à compatibilidade de algumas disposições do TPI para com a Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, apesar de não permitir, como dito, o direito de reserva, o próprio Estatuto admitiu, implicitamente, que os Estados pudessem limitar a sua jurisdição, excluindo-a quanto aos *crimes de guerra* (art. 8º) por um prazo determinado de 7 anos. Esta previsão, contida no art. 124 do Estatuto, ao facultar o mecanismo do “*opt out*” pode ser vista como uma forma de reserva. Há, contudo, dúvidas quanto a extensão dessa prerrogativa, quer dizer, se a exclusão aos crimes de guerra diz respeito a fatos ocorridos dentro do território do Estado reservatário, praticados por seus nacionais ou não, ou somente a fatos praticados pelos nacionais deste Estado, dentro ou fora dos seus limites territoriais. Seja qual for a hipótese, a tese ora sustentada é a de que somente por meio do instituto da reserva será possível atingir o exato alcance desta faculdade contida no Estatuto.

Existe, ainda, aquela que me parecer ser a mais difícil das questões envolvendo o cenário pós aprovação do TPI, qual seja, a que concerne aos acordos bilaterais feitos pelos Estados Unidos da América, através dos quais estaria sendo criada uma espécie de *imunidade* em favor dos cidadãos norte-americanos³. Tais acordos bilaterais, denominados pelo Governo norte-americano de *Acordos Artigo 98 (Article 98 Agreements)*,⁴ estaria baseados na faculdade contida no § 2º, do art. 98, do Estatuto, onde está dito que não será efetivada uma ordem de entrega de acusado por força da qual o Estado requerido tivesse de atuar de forma incompatível com obrigações assumidas em um acordo bilateral paralelo, à luz do qual a entrega ficaria condicionada à aquiescência de um terceiro Estado.

³ Cumpre registrar que, apesar de inicialmente assinar o Estatuto de Roma, o governo dos Estados Unidos apresentou, ao Secretário Geral da ONU, em 06.05.2002, comunicado com o seguinte teor: “*This is to inform you, in connection with the Rome Statute of the International Criminal Court adopted on July 17, 1998, that the United States does not intend to become a party to the treaty. Accordingly, the United States has no legal obligations arising from its signature on December 31, 2000. The United States requests that its intention not to become a party, as expressed in this letter, be reflected in the depositary’s status lists relating to this treaty*”. (In <<http://untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternetbible/artl/chapterXVIII/treaty10.asp>>) (grifou-se).

⁴ Disponível em: <http://www.un.int/usa/02_098.htm>.

Em que pese a controvérsia envolvendo esta exteriorização da política externa norte-americana contemporânea – que, aparentemente, se choca com o espírito de ampla colaboração para com o TPI –, sustenta-se, no presente texto, que estes tratados bilaterais de imunidade devem ser interpretados através do direito de reserva para que se possa concluir por sua legalidade ou não, em especial com relação àqueles Estados que já haviam se comprometido com o Estatuto em data anterior à subscrição do citado Acordo Artigo 98.

Em resumo, o enfrentamento de tais questões relacionadas com as práticas diversas que interferem nos objetivos que levaram a comunidade internacional a aprovar, após inúmeros percalços ao longo de décadas, a instituição de um *tribunal penal permanente*⁵, exige, para além dos aspectos da diplomacia internacional, que se socorra das regras e princípios que disciplinam o direito de reservas.

Sendo assim, faz-se oportuna, num primeiro momento, uma breve incursão no instituto das reservas. Em seguida, uma análise da *Decisão Consultiva da CIJ de 1951*, pois ela não apenas alterou as práticas então vigentes sobre a natureza das reservas, mas, também, analisou profundamente a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Génocídio (doravante *Convenção contra o Genocídio*)⁶, que deve ser considerada a antecedente imediata do TPI. Adentrando, efetivamente, nos tópicos que envolvem o Estatuto, pretende-se analisar as principais declarações unilaterais apresentadas ao seu depositário, em especial a manifestação do Governo brasileiro sobre o conflito disposições do Estatuto e a nossa Constituição de 1988. Em seguida, abordar-se-ão os efeitos da exclusão, da competência da Corte, do julgamento dos crimes de guerra. Por último, tentaciona-se discorrer sobre os Acordos Artigo 98, no escopo de aferir sua compatibilidade para com os termos do Estatuto de Roma.

Inicia-se, portanto, pela análise do direito de reservas.

2 O DIREITO DE RESERVAS AOS TRATADOS MULTILATERAIS

O art. 2º, item 1º, letra “d”, da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (doravante *Convenção de Viena*)⁷, dispõe que a *reserva* significa “uma

⁵ Como se sabe, a primeira tentativa de estabelecer um Tribunal Penal Internacional foi feita no Tratado de Versalhes, que previra o julgamento dos crimes de guerra praticados a mando do Kaiser Guilherme II e por outros dirigentes do Governo Alemão. Todavia, como o Kaiser se refugiou na Holanda, este país negou sua extradição por considerar que se tratava de uma acusação por *crime político*, fato este que, somado à falta de vontade política das potências vencedoras da guerra, fez com que o Kaiser ficasse impune e aquele tribunal nunca fosse instaurado (cf. ARAUJO JR., João Marcello. *Direito Penal Internacional: o Tribunal Penal Internacional e a cooperação penal internacional*. Rio de Janeiro: mimeo, obra não publicada. 1999, p. 25).

⁶ Promulgada, no Brasil, através do Decreto 30.822, de 1952.

⁷ Esta convenção, aberta à assinatura, em Viena, a 23.05.1969, entrou em vigor em 27.01.1980, em nível internacional, nos termos do seu art. 84 (cf. RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e relações internacionais*.

declaração unilateral, feita por um Estado, seja qual for o seu teor ou denominação, ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado”.

Criticando o excessivo laconismo desta definição, Pierre-Henri Imbert salienta que o objetivo maior das reservas é o de limitar ou eliminar, não uma disposição, mas, na verdade, uma obrigação convencional. Portanto, para ele, reserva “*est une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un Etat quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, ou quand il fait une notification de succession à un traité, ou à tout autre moment prévu par le traité, par laquelle il vise à limiter ou à restreindre le contenu ou la portée des obligations découlant pour du traité*”⁸.

A prática das reservas sempre foi admitida em convenções multilaterais⁹. A controvérsia, contudo, que acompanha este instrumento, está nas condições de sua admissibilidade e de seus efeitos. Isto porque, conforme expresso por Suzanne Bastid, toda reserva “*tend à établir un régime conventionnel particulier au profit d'un Etat. La convention multilatérale cessera d'être absolument identique pour toutes les parties. L'Etat qui fait la réserve demande que le texte intégral du traité ne s'applique pas à lui*”¹⁰.

Na verdade, em torno das reservas existem dois princípios em conflito:

*Le premier intérêt est l'extension de la convention. On désire que cette convention fasse la loi pour le plus grand nombre d'États possible et, par conséquent, on accepte les aménagements qui permettront d'obtenir le consentement d'un Etat. L'autre préoccupation est celle de l'intégrité de la convention: les mêmes règles doivent être valables pour toutes les parties; on n'a pas intérêt à avoir un régime conventionnel dans lequel les règles varieront suivant les États considérés*¹¹.

6. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 297). Encaminhado ao Congresso Nacional, em abril de 1992, (Mensagem 116/92) o projeto de aprovação da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (Projeto de DL 214/92) foi, ao final, rejeitado na Comissão de Relações Exteriores, nos termos do Parecer lavrado em 01.11.1995, conf. publicado no *Diário do Congresso* de 08.12.1995, p. 8.398.

⁸ IMBERT, Pierre-Henri. *Les réserves aux traités multilatéraux. Evolution du droit et de la pratique depuis l'avis consultatif donné par la Cour internationale de Justice le 28 mai 1951*. Paris: Pedone, 1979. p. 18.

⁹ Naturalmente, não há que se falar em reservas no caso de convenções bilaterais. Neste sentido, verbis: “This problems does not really arise in the case of bilateral treaties, since a reservations by one party to a proposed term of the agreement would necessitate a renegotiation. An agreement between two parties cannot exist where one party refuses to accept some of the provisions of the treaty. This is not the case with respect to multilateral treaties, and here it is possible for individual states to dissent from particular provisions, by announcing their intention either to exclude them altogether, or understand them in a certain way”. (SHAW, Malcolm N. *International law*. 4. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 642).

¹⁰ Cf. BASTID, Suzanne. *Les traités dans la vie internationale. Conclusion et effets*. Paris: Economica, 1985. p. 71.

¹¹ *Idem*, p. 72. (grifou-se).

Vocação de *universalidade*, de um lado, e interesse de manter a sua *integridade*, do outro. São estes, em suma, os princípios que se chocam no processo de negociação e aceitação de um tratado multilateral, predominando ora um ora outro. Eles convergem, basicamente, para a questão de saber se uma reserva deve – ou não – ter a aprovação de todos os Estados contraentes e quais serão as consequências da objeção à reserva formulada por um Estado, quando os demais a aceitem.

Neste sentido, Celso Albuquerque Mello observa que a apresentação das reservas na ratificação, na aceitação ou na adesão sempre foi “*malvista pelos doutrinadores, uma vez que elas modificam unilateralmente o tratado já concluído*”¹².

Todavia, ela tem sido consagrada na prática jurídica, especialmente em razão da técnica atual de negociação dos textos multilaterais dentro dos organismos internacionais, como as Nações Unidas, que aplicam a regra do voto majoritário para aprovar o texto da convenção. Assim, pode acontecer de um Estado,

*qui a des objections très solides et très valables contre telle disposition de la convention, n'arrive jamais à obtenir une négociation sur ce point, c'est-à-dire un aménagement tenant compte de son point de vue. Dans ces conditions, le seul moyen dont il dispose est de faire une réserve sur cette disposition convient à cet Etat, de ne pas être lié par un texte qu'il considère, et a toujours considéré, comme étant inacceptable pour lui*¹³.

Antes da 2ª Guerra Mundial, entendia-se que a concordância de todos os Estados interessados era *conditio sine qua non* para que um Estado que apresentasse reservas pudesse ser considerado como integrante de um tratado. Esta exigência era uma consequência direta do predomínio da regra da integridade do texto convencional e, como sublinhado pela Corte Internacional de Justiça, em 1951, era “*directement inspirée de la notion du contrat*”¹⁴.

Esta era a prática seguida ao tempo da Liga das Nações e no início das Nações Unidas. O seu Secretário-Geral, após receber a notificação de um Estado contendo a reserva, encarregava-se de consultar os demais Estados no sentido de obter-lhes a concordância expressa ou tácita. Caso um dos Estados não concordasse, apresentando, assim, uma *objeção*, o Estado reservatário não seria considerado Parte do tratado em questão¹⁵.

¹² MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 12. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. I, p. 238.

¹³ BASTID, Suzanne. *Op. cit.*, p. 72.

¹⁴ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*, 1951, p. 21.

¹⁵ Cf. verbis: “Dès lors le principe est bien établi: le consentement de toutes les parties à un traité est nécessaire pour que des réserves puissent porter effet et que l'Etat les ayant formulées puisse à son tour devenir partie au

Contudo, uma nova ordem internacional saiu dos escombros da 2ª Guerra Mundial. Dessa forma, a recém-criada Assembléia-Geral das Nações Unidas adotou, por unanimidade, a Resolução 96, em dezembro de 1946, na qual foi declarado que o genocídio é “a negação do direito à existência de grupos humanos inteiros, como o homicídio é a negação do direito à vida de seres humanos individuais; tal negação do direito à existência comove a consciência humana, causa grandes perdas à humanidade (...) e é contrária à lei moral e ao espírito e aos objetivos das Nações Unidas”¹⁶.

Nesta mesma resolução foi determinada a elaboração de um tratado multilateral, tendo sido tal documento discutido e aprovado ao final da reunião plenária da Assembléia-Geral da ONU, em 09.12.1948. A Convenção contra o Genocídio entrou, finalmente, em vigor em 12.01.1951, conforme os termos do seu art. XIII¹⁷.

Não obstante o espírito favorável que, naquele momento, parecia reinar nas Nações Unidas, alguns países apresentaram reservas à Convenção contra o Genocídio, tanto no momento da assinatura (Bielorrússia, Ucrânia, Checoslováquia, URSS), como na ratificação (Filipinas) ou na adesão (Bulgária, Polônia e Romênia)¹⁸.

A Convenção contra o Genocídio, contudo, nada dispunha sobre a possibilidade ou não de oferecimento de reservas. O Secretário-Geral, no papel de depositário do documento, seguiu – como era intuitivo supor – a praxe vigente: comunicou o conteúdo daquelas reservas a todos os Estados interessados e solicitou que aqueles que já fizessem parte da Convenção se manifestassem sobre a aceitação ou não das reservas.

Porém, em razão das respostas contraditórias¹⁹, o Secretário-Geral decidiu consultar a Assembléia-Geral da ONU. Esta, por sua vez, ao curso de sua 305ª sessão plenária adotou, em 16.11.1950, a Resolução 478, através da qual demandou que a Corte Internacional de Justiça (CIJ) desse um parecer concernente a possibilidade ou não de reservas contra a Convenção sobre o genocídio, e, na mesma ocasião, instou a Comissão de Direito Internacional (CDI) que estudasse a questão das reservas às convenções multilaterais, sob os pontos de vista da codificação e do desenvolvimento progressivo do direito internacional²⁰.

traité. Cette règle sera observée par tous les Etats membres de la Société des Nations et adoptée par l'ensemble de la doctrine. (IMBERT, Pierre-Henri. *Op. cit.*, p. 26).

¹⁶ Apud GIL, Alicia Gil. *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*. Madrid: Tecnos, 1999. p. 156.

¹⁷ A Lei 2.889/56 e o Código Penal Militar, em consonância com o art. 5º daquela Convenção, tipificaram o crime de genocídio no direito interno, discriminando condutas ilícitas perpetradas, respectivamente, por civis e militares. Anote-se, por fim, que o genocídio está arrolado na Lei 8.072/90 como sendo um crime hediondo.

¹⁸ Cf. COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE, *Recueil cit.*, p. 7.

¹⁹ Sobre as inúmeras e divergentes respostas, vide IMBERT, Pierre-Henri. *Op. cit.*, p. 59-60.

²⁰ *Idem*, p. 61.

As consequências destas duas iniciativas foram: por parte da CDI, os estudos que redundaram nos arts. 19 a 23 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. E, por parte da CIJ, o Parecer Consultivo de 28.05.1951, que, simplesmente, revolucionou o direito dos tratados, conforme se vê a seguir.

3 O PARECER CONSULTIVO DA CIJ DE 1951: O PRINCÍPIO DA COMPATIBILIDADE

Conforme dito acima, foi solicitado um parecer à CIJ no seguinte sentido:

*No que diz respeito à Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, no caso de o Estado que ratificou ou aderiu à Convenção sob reserva feita quando da ratificação ou adesão, ou da assinatura seguida de ratificação: I. Pode o Estado que faz a reserva ser considerado parte da Convenção se mantém essa reserva e há uma objeção a esta por uma ou mais partes mas não por todas? II. Se a resposta à Questão I for afirmativa, qual é o efeito da reserva entre o Estado que a faz e: a) As partes que formulam uma objeção à reserva? e b) As que a aceitam? III. No que concerne a resposta à Questão I, quais seriam os efeitos jurídicos de uma objeção a uma reserva se esta objeção é feita por: a) Um signatário que ainda não ratificou a Convenção? e b) Um Estado que tem o direito de assinar ou de aderir, mas que ainda não tenha feito?*²¹

Em resposta, mas antes de enfrentar o mérito, a Corte Internacional de Justiça deixou evidenciada que, apesar de predominante, o *sistema da unanimidade* – para o qual uma reserva deveria ser aceita por todos os Estados intervenientes no tratado, sem o que o Estado que a fizesse não seria aceito como parte – não era o único existente no Direito Internacional. Havia diversos outros como, por exemplo, o chamado *sistema pan-americano*, adotado na Convenção de Havana de 1928, dentro do qual “a objeção a uma reserva apenas suprime a aplicação do tratado entre o que apresentou a reserva e o que a objetou. Esta regra foi aprovada posteriormente na Conferência Pan-americana de Lima, em 1938”²².

Desta maneira, diante do silêncio da Convenção contra o Genocídio sobre qual dos sistemas deveria reger a admissibilidade e os efeitos de uma reserva, a maioria dos membros da CIJ entendeu que nada autorizava que se seguisse este ou aquele modelo, e que a prática do Secretário Geral de consultar todos os

²¹ ESCARAMEIA, Paula V. C. *Colectânea de jurisprudência de direito internacional*. Coimbra: Almedina, 1992. p. 51.

²² MELLO, Celso D. Albuquerque. *Op. cit.*, p. 236. Um outro sistema bastante conhecido na ocasião era o da Organização Internacional do Trabalho (OIT), visto que as convenções internacionais do trabalho não podiam – como, no presente, não podem – ser objeto de reservas, salvo aquelas expressamente admitidas no respectivo texto. Estas convenções, inclusive, após aprovadas, eram – e ainda são – promulgadas pelo Secretário Geral da OIT.

Estados na busca de unanimidade sobre determinada reserva tratar-se-ia de simples recomendação, ou melhor, de uma mera “*pratique administrative*”²³.

Para a maioria, portanto, não seria possível oferecer uma resposta *em abstrato* sobre a primeira das questões – prejudicando, logicamente, as respostas dos demais quesitos –, posto que a determinação do regime das reservas dependeria das circunstâncias, das características, dos objetivos e das finalidades de cada documento multilateral²⁴.

Na hipótese específica da Convenção contra o Genocídio,

*l'objet et le but (...) impliquent chez l'Assemblée générale et chez les États qui l'ont adoptée l'intention d'y voir participer le plus grand nombre possible d'États. L'exclusion complète de la Convention d'un ou de plusieurs États, outre qu'elle restreindrait le cercle de son application, serait une atteinte à l'autorité des principes de morale et d'humanité qui sont à sa base. On ne conçoit pas que les contractants aient pu facilement admettre qu'une objection à une réserve mineure puisse produire un tel résultat. Mais on pourrait moins encore prêter aux contractants la pensée d'avoir sacrifié à la vaine recherche du nombre des participants les fins mêmes de la Convention. L'objet et le but de celle-ci assignent ainsi des limites tant à la liberté d'apporter des réserves qu'à celle d'y objecter. Il en résulte que c'est la compatibilité de la réserve avec l'objet et le but de la Convention qui doit fournir le critère de l'attitude de l'État qui estime devoir y faire une objection. Telle est la norme de conduite qui doit guider chaque État dans l'appréciation qu'il lui appartient de faire individuellement et pour son propre compte de la régularité d'une réserve*²⁵.

Assim, a Corte Internacional de Justiça, pela maioria dos votos, rejeitou o sistema da unanimidade, e adotou, em seu lugar, o critério da consonância da reserva para com o objeto e fim do tratado, vale dizer, o *sistema da compatibilidade*, sendo que o controle deste sistema caberia, não mais ao Secretário Geral ou à coletividade dos Estados, mas a cada Estado *de per se*²⁶.

Entretanto, o voto da minoria, isto é, dos juízes Guerrero, Arnold McNair, Read e Hsu Mo, foi num sentido diametralmente oposto, ou seja, foi no sentido de que não competiria a CIJ dizer qual o melhor sistema de formulação de

²³ Cf. COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. *Recueil cit.*, p. 25.

²⁴ Cf. anotado por William A. Schabas, *verbis*: “The Court first considered the Genocide Convention in the advisory opinion requested by the General Assembly concerning the validity of reservations to the Convention, a question on which the text of the instrument is silent. The Court was divided on question, with a majority concluding that reservations were permitted to the extent that they were compatible with the object and purpose of the Convention. The Court also noted ‘that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation’”. (SCHABAS, William A. *Genocide in International Law. The Crimes of Crimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 474).

²⁵ Cf. COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. *Recueil cit.*, p. 24. (grifou-se).

²⁶ Cabe agregar que na Convenção contra o Genocídio o seu “núcleo”, vale dizer, os arts. 1º, 2º e 3º, não foi objeto de reserva; elas incidiram sobre questões laterais, tais como punição de governantes, não reconhecimento de crime político para fins de extradição, aceitação da jurisdição automática da própria CIJ etc.

reservas, mas – unicamente – reconhecer uma regra perfeitamente clara, de resto centenária, admitida por toda a doutrina internacional, no sentido de que, “*le consentement de toutes les parties à un traité est nécessaire pour que des réserves puissent porter effet et que l'État les ayant formulées puisse à son tour devenir partie au traité*”²⁷.

Para eles, em resumo, o sistema da compatibilidade para com o objeto e fim do tratado era contrário à “regra do jogo” estabelecida quanto ao direito de reservas, além de confusa e, na prática, insegura²⁸.

Seguindo este raciocínio, a corrente dissidente afirmou que

*la conclusion suivante s'impose: qu'il faut appliquer à la Convention sur le génocide, plus strictement que jamais, la règle de droit positif qui exige le consentement de toutes les parties aux réserves apportées à une convention multilatérale. Dans l'intérêt de la communauté internationale, il est préférable de renoncer à la participation à la Convention d'un État qui persiste, nonobstant les objections, à vouloir modifier les termes de la Convention, plutôt que de lui permettre d'en devenir partie contre la volonté de l'État ou des États qui en ont accepté toutes les obligations à titre irrévocable et inconditionnel*²⁹.

Cumprido registrar, por fim, o voto isolado do juiz Alvarez, para quem a questão não estaria em saber se deveria prevalecer o critério da unanimidade ou da compatibilidade da reserva para com o tratado. O cerne da questão deveria ser o de investigar a *natureza da convenção multilateral em discussão*. Para ele, haveria quatro categorias de convenções multilaterais, sendo que à duas delas – “*les conventions qui ont pour objet d'établir de nouveaux et grands préceptes du droit des gens et celles qui se proposent de régler des matières d'intérêt social ou humanitaire, tendant à améliorer la condition des individus*”³⁰ – pertenceria a Convenção contra o Genocídio. Conforme exposto na declaração de seu voto, convenções desta ordem “*sont établies au bénéfice non pas d'intérêts particuliers mas de l'intérêt général; elles imposent des obligations aux États sans leur donner des droits, à la différence des conventions multilatérales ordinaires qui confèrent aux parties des obligations, en même temps que des droits*”³¹.

²⁷ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. *Recueil cit.*, p. 31. Dentre os doutrinadores relacionados no voto divergente, destaca-se o eminente professor brasileiro Hildebrando Accioly, autor da obra *Tratado de direito internacional público*.

²⁸ Neste sentido, Celso Albuquerque Mello aduz que a grande crítica que tem sido dirigida ao sistema da compatibilidade “é que não é fácil dizer, em certos casos, se uma reserva está de acordo com a finalidade do tratado, o que ocasiona o seguinte problema: o Estado A pode considerar que B não faz parte do tratado, uma vez que a reserva apresentada por B é contrária à finalidade do tratado, enquanto C considera B ainda parte no tratado, uma vez que acha a sua reserva compatível com a finalidade do tratado”. (MELLO, Celso Albuquerque. *Op. cit.*, p. 238).

²⁹ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. *Recueil cit.*, p. 47. (grifou-se).

³⁰ *Idem*, p. 51.

³¹ *Ibidem*, p. 51.

Estas convenções – de interesse para toda a humanidade – formariam, segundo o juiz Alvarez, um “todo indivisível”, impossível, portanto, de serem cindidas através de reservas, compatíveis ou não, aceitáveis ou não pela unanimidade dos Estados envolvidos. Na esteira daquele entendimento então divergente haveria, na atualidade, segundo sustentado por Celso Albuquerque Mello, a “*tendência de que o sistema de reservas existente não funcionaria nos tratados de direitos humanos. Estes devem ter a sua integridade defendida. Os direitos humanos devem ter uma universalidade. Estes tratados representam um ‘standard mínimo’*”³².

Como visto, o critério vencedor foi o da compatibilidade da reserva para com o objeto e fim do tratado multilateral. E o juízo de valor a este respeito pertence a cada Estado isoladamente: se um determinado Estado entender que a reserva não é compatível, ele considerará o Estado reservatário como não integrante do tratado; se um outro Estado, porém, considerar a reserva compatível, aquele que fez a reserva será considerado como integrante do tratado, salvo nas suas relações com o Estado autor desta objeção.

Para alguns, a razão desta nova concepção quanto a admissibilidade e controle das reservas decorreria, essencialmente, da mudança havida na comunidade internacional, após a 2ª Guerra Mundial, onde questões fundamentais para os destinos dos povos passaram a constituir simples cláusulas em convenções elaboradas no seio da ONU. Suzanne Bastid, por sua vez, acredita que a solução favorável à flexibilidade dos tratados teve por escopo evitar que, quando um Estado fizesse uma reserva que parecesse aceitável ao conjunto dos participantes de determinada convenção, ele não fosse impedido de a ela se vincular por conta de uma objeção isolada. Enfim, “*on a voulu éviter le ‘veto’ d’un État à l’entrée d’un État qui fait une réserve dans un système conventionnel, alors que l’ensemble des Parties l’accepte*”³³.

³² MELLO, Celso Albuquerque. *Op. cit.*, p. 240-241. No mesmo sentido, Antônio Augusto Cançado Trindade pondera que “definitivamente, os tratados de direitos humanos, voltados às relações entre os Estados e os seres humanos sob sua jurisdição, não comportam um sistema de reservas que os aborde a partir de uma ótica essencialmente contratual e voluntarista, minando sua integridade, permitindo sua fragmentação, deixando a critério das próprias Partes a determinação final do alcance de suas obrigações convencionais. No fim das contas, só o Estado reservante conhece ao certo o alcance das implicações de sua reserva”. (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado Internacional de Direitos Humanos*. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. v. II, p. 157). Especificamente sobre o controle da legalidade das reservas aos tratados de direitos humanos, agregue-se o seguinte: “It is argued that, because of the special features of human rights treaties, a different regime of reservations should be applicable to these treaties: treaty supervisory organs should be competent to decide on the admissibility of reservations and to determine the consequences of inadmissible reservations”. (KONSTANTIN, Korkelia. *New Challenges to the Regime of Reservations under the International Covenant on Civil and Political Rights*. In: *European Journal of International Law*, v. 13, n. 2, p. 438, 2002).

³³ BASTID, Suzanne. *Op. cit.*, p. 73. Em suma, na linha defendida por esta autora, quis-se coibir uma espécie de “indústria do veto”, mormente quando ditado por razões ideológicas, haja vista a Guerra Fria que vigorou em boa parte do Século XX.

Seja como for, o fato é que o entendimento da CIJ foi acolhido pela 5ª sessão da Assembleia-Geral da ONU, que adotou a Resolução 598, instruindo o Secretário-Geral a atuar nos termos do Parecer Consultivo de 1951. Por um outro aspecto, as regras de admissibilidade e controle adotadas pela CIJ foram, em larga medida, reproduzidas pela Comissão de Direito Internacional (CDI), conforme os estudos preparatórios que redundaram nas disposições dos arts. 19 a 23 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

Mas, naquela resolução, bem como nas alíneas “a” e “b”, do art. 19, da Convenção de Viena, insistiu-se em introduzir – tanto quanto possível – cláusulas explícitas sobre vedação total ou parcial de reservas às convenções multilaterais, como forma de evitar as dificuldades inerentes ao princípio da compatibilidade.

Anote-se, por fim, que o Estatuto do TPI seguiu esta última orientação, conforme os termos do art. 120, acima referido. Entretanto, a problemática das reservas sempre encontrou uma forma de suplantar barreiras – e não seria diferente no âmbito do TPI, especialmente em razão dos Estados terem liberdade para apresentar declarações unilaterais quando da assinatura, ratificação ou adesão a um tratado multilateral, fato este verificado na forma que se segue.

4 AS DECLARAÇÕES UNILATERAIS AO ESTATUTO DE ROMA

Segundo o “*anteprojeto de convenção sobre o direito de reservas aos tratados*”, recentemente elaborado pela Comissão de Direito Internacional (CDI), o instituto da reserva encontra-se definido como sendo

*uma declaração unilateral, qualquer que seja seu enunciado ou denominação, feita por um Estado ou por uma organização internacional, ao assinar, ratificar, confirmar formalmente, aceitar ou aprovar um tratado ou ao aderir a ele, ou ao fazer uma notificação de sucessão em um tratado, com o objetivo de excluir ou modificar os efeitos jurídicos de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado ou a essa organização*³⁴.

Neste mesmo documento, ficou, ainda, conceituada a figura da declaração interpretativa como “*uma declaração unilateral, qualquer que seja seu enunciado ou denominação, feita por um Estado ou por uma organização internacional, com o objetivo de detalhar ou aclarar o sentido ou o alcance que esse Estado ou essa organização internacional atribui a um tratado ou a alguma de suas disposições*”³⁵.

³⁴ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Proyecto de informe sobre la labor realizada en su 55º periodo de sesiones*. Relator Sir William Mansfield, jul./ago., 2003, p. 8.

³⁵ *Idem*, p. 10. É relevante registrar, ainda, que, ao lado das declarações interpretativas, o Direito Internacional reconhece a existência dos chamados *understandings*, comuns na prática norte-americana. Para Celso Albuquerque Mello, “os ‘*understandings*’ surgiram em virtude do Senado aprovar o tratado sujeito a certo

Segundo este importante relatório, elaborado e publicado pela CDI, no exercício de sua missão de contribuir para a codificação e o desenvolvimento progressivo do Direito dos Tratados, diante de uma declaração unilateral formulada por um Estado, para verificar se se trata de *reserva* ou *declaração interpretativa*, deve-se interpretar a manifestação estatal de boa-fé, conforme o sentido comum do texto, à luz do tratado a que se refira. Neste sentido, “*o enunciado ou a denominação que se dê a uma declaração unilateral propicia um indicio acerca do efeito jurídico perseguido. Isto ocorre, em particular, quando um Estado (...) formula várias declarações sobre um mesmo tratado e denomina, algumas, de reservas e, outras, de declarações interpretativas*”³⁶.

Agregue-se, ainda, que, com relação aos tratados que não admitem reservas, total ou parcial (como é o caso do Estatuto do TPI), a Comissão de Direito Internacional firmou entendimento de que quaisquer declarações àqueles dirigidas devem ser presumidas como *meramente interpretativas*, “*salvo se aquelas tenham por objeto excluir ou modificar os efeitos jurídicos de certas disposições do tratado, ou do tratado em seu conjunto relativamente a certos aspectos específicos, em sua aplicação ao autor desta declaração*”³⁷.

Portanto, tem-se que, apesar da denominação ser um forte indicio, especialmente quando sopesado com o princípio da boa-fé³⁸, o critério decisivo para aferir se uma declaração unilateral deve ser tomada como *meramente interpretativa* ou como uma verdadeira *reserva* é a verificação material de seu alcance. Se, sob esta ótica, a manifestação unilateral do Estado importar numa restrição ou exclusão dos efeitos de todo ou parte do tratado, ela será recebida pelos demais como uma *reserva*, inobstante o rótulo que possua.

Assim, tendo em vista que o Estatuto do TPI procurou não deixar respiradouro para a apresentação de reservas³⁹, cumpre registrar, para a presente re-

³⁶ *'understanding'*. Eles não se incorporam ao tratado e constituem uma simples 'declaração de política norte-americana'; em consequência, eles não são obrigatórios para os demais Estados. Entretanto, se ele for incluído na ratificação, o *'understanding'* é obrigatório no direito interno dos EUA”. (MELLO, Celso Albuquerque. Op. cit., p. 240).

³⁷ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. Op. cit., p. 11.

³⁸ Idem, p. 12.

³⁹ Vale lembrar a regra do art. 26 da Convenção de Viena, qual seja, a de que “*todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé*”.

⁴⁰ Cf. verbis: “It is not at all uncommon for States to formulate reservations or interpretative declarations at the time they sign or ratify international treaties. In the absence of any special rules in the treaty itself, such reservations are permissible providing they do not violate the ‘object and purpose’ of the treaty. Complex questions have arisen in recent years with respect to the legality of reservations to certain treaties, and the legal consequences of invalid reservations. All of this is avoided by Article 120, which states simply: ‘No reservations may be made to this Statute’. But the provision is unlikely to prevent some States from making interpretative declarations at the time of ratification. To the extent such declarations do not seek to limit the State’s obligations under the Statute, they would seem to be permissible. In practice it is not always easy to distinguish between a reservations and an interpretative declarations”. (SCHABAS, William A. Op. cit., p. 159) (grifou-se).

flexão, que o Secretário-Geral das Nações Unidas registrou ter recebido várias *manifestações unilaterais* ao Estatuto de Roma. Embora todas tenham sido chamadas de declarações meramente interpretativas, fato é que algumas possuem, nitidamente, o objetivo de restringir os efeitos jurídicos de certas disposições do Tribunal Penal Internacional. Ocorreram, enfim, apresentações de *reservas* ao Estatuto daquela Corte Penal, camufladas, contudo, com o rótulo de *declarações interpretativas*⁴⁰.

Neste sentido, merece destaque a declaração do Governo do Uruguai, nos seguintes termos: Como um Estado Parte do Estatuto de Roma, a República Oriental do Uruguai deve assegurar sua aplicação através dos amplos poderes inerentes ao Estado, *desde que seja competente para tanto e esteja de acordo com as rígidas normas constitucionais da República*⁴¹.

Esta manifestação condicional do Uruguai, desacompanhada de maiores esclarecimentos, foi por todos recebida como sendo, substancialmente, uma *reserva*, gerando, assim, dúvidas quanto ao real interesse daquele País para com o objeto e o fim do Estatuto do TPI. Por este motivo, seguindo a sistemática atualmente predominante no direito internacional, foram formuladas *objeções* contra aquela manifestação da República do Uruguai⁴².

O Governo alemão, por exemplo, apresentou, em julho de 2003, objeção no sentido de que considera a “declaração interpretativa” relativa à compatibilidade das regras do Estatuto para com as normas da Constituição do Uruguai é, na verdade, uma *reserva* que busca limitar o alcance do Estatuto de forma unilateral. *Por constar no art. 120 do Estatuto que nenhuma reserva pode lhe ser apresentada, esta reserva não deveria ter sido feita*⁴³. O Governo da Inglaterra, de forma idêntica, expressou, no mesmo mês e ano, seu inconformismo para com a supracitada declaração, aduzindo que, após analisar cuidadosamente a denominada “declaração interpretativa” uruguaia, concluiu que a mesma pretende, na verdade, excluir ou modificar os efeitos legais do Estatuto de Roma em sua aplicação na República Oriental do Uruguai, e que isto é exatamente uma *reserva*. *Porém, de acordo com o art. 120 do Estatuto de Roma, nenhuma reserva pode lhe ser formulada*⁴⁴.

Em resposta, o Governo do Uruguai rebateu as objeções, afirmando, basicamente, que seu País deu amplo apoio e aprovação ao Estatuto de Roma, nos

⁴⁰ Os Estados que apresentaram “declarações interpretativas” foram Andorra; Austrália, Bélgica, Colômbia, Egito, França, Israel, Jordânia, Liechtenstein, Lituânia, Malta, Nova Zelândia, Portugal, Eslováquia, Espanha, Suécia, Suíça, Grã Bretanha e Uruguai (Multilateral treaties deposited with the Secretary-General – Treaty I-XVIII-10. Disponível em: <<http://untreaty.un.org>>).

⁴¹ Idem, p. 14. (grifou-se).

⁴² Os países que até o presente momento exerceram o direito de objeção àquela declaração uruguaia foram Finlândia, Dinamarca, Noruega, Alemanha, Holanda, Suécia, Grã Bretanha e Irlanda.

⁴³ Cf. Multilateral. Op. cit., p. 15. (grifou-se).

⁴⁴ Idem, p. 24. (grifou-se).

termos de sua compatibilidade para com sua ordem constitucional. Aduziu, ainda, que a Constituição é a norma mais elevada de seu ordenamento jurídico, encontrando-se, todas as demais – inclusive aqueles veiculadas em tratados internacionais – num patamar inferior. Desta forma, por explicitar esta dinâmica hierárquico-legislativa, sua manifestação não constituiria uma “reserva” contra quaisquer das disposições contidas no Estatuto do TPI. Declarou, ainda, o Governo uruguaio, que a jurisdição do TPI preservou, inequivocamente, o normal funcionamento da sua jurisdição nacional e que aquela só incide quando ausente esta última⁴⁵.

Em resumo, infere-se, que o Governo do Uruguai não considerou sua manifestação como uma reserva, mas, sim, uma mera declaração da compatibilidade do Estatuto para com a sua Constituição. Para justificar seu posicionamento jurídico, valeu-se da finalidade essencial da criação e instalação do TPI, qual seja, a de que a repressão aos crimes de maior gravidade venha a ser exercitada pela jurisdição primária em nível nacional. Em outras palavras, considerando que a finalidade do Tribunal Penal Internacional, consubstanciada no *princípio da complementaridade* (art. 1º do Estatuto), o Uruguai entendeu ser lícita a sua declaração, por expressar o sentimento de credibilidade em sua jurisdição interna.

Entretanto, os outros países envolvidos no debate mantiveram o entendimento de que aquela declaração é, na verdade, uma (indevida) reserva restritiva do alcance da normas do Estatuto do TPI, inadmitida não só pelo art. 120 do documento multilateral, como, igualmente, pelo art. 27 da Convenção de Viena⁴⁶.

Deixando a polêmica de lado, é certo que a discussão em foco demonstra claramente que a questão do direito de reservas não ficou descartada do âmbito do Estatuto, como poderia supor uma superficial leitura da norma de seu art. 120. Acresça-se, por fim, que esta controvérsia é especialmente relevante ao direito brasileiro, uma vez que, tal como havido na declaração do Uruguai, pairam incertezas sobre a compatibilidade entre os termos do Estatuto e a Constituição de 1988, circunstancia esta admitida pelo próprio Governo do Brasil por ocasião da assinatura do Tratado de Roma, conforme os termos do item subsequente.

5 A DECLARAÇÃO DO GOVERNO BRASILEIRO

Por ocasião da votação do Estatuto, a Delegação brasileira na Conferência de Plenipotenciários manifestou sua preocupação com algumas disposições do

⁴⁵ *Ibidem*, p. 25.

⁴⁶ Neste sentido, verbis: “A Convenção de Viena sobre Tratados, que retrata costume internacional de aceitação geral e, por isso, respeitada até por Estado que, a exemplo do Brasil, ainda não a ratificaram, consagra norma segundo a qual o Estado não pode invocar norma interna para deixar de cumprir um tratado internacional”. (MAGALHÃES, José Carlos. *Op. cit.*, p. 17).

TPI que estariam em conflito com a nossa Constituição Federal, especialmente quanto à *previsão da prisão perpétua* e ao instrumento da *entrega de nacionais*.

Conforme documentado, o

*Brasil deu grande apoio para o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional. O Governo brasileiro decidiu não questionar certas disposições na elaboração e votação do Estatuto por razões de flexibilidade. Contudo, expressa sua preocupação no sentido de que, o art. 87, que diz respeito à competência do Tribunal para julgar certas pessoas, pode não ser compatível com a legislação brasileira. Ademais, a Constituição do Brasil proíbe a prisão perpétua*⁴⁷.

Relativamente à pena perpétua, é certo que ela representou, no âmbito do Estatuto, um *meio termo* entre duas posições extremadas, vale dizer, entre aqueles que pugnavam pela adoção da *pena de morte* e os que lutavam para que a pena máxima do Tribunal Penal Internacional fosse a prisão por tempo determinado, como queria, inicialmente, o Brasil.

Assim, nos trabalhos preparatórios que antecederam a Conferência de Roma, as discussões foram acirradas, já que diversas delegações insistiam na inclusão da pena de morte, ao argumento de que, sem a possibilidade de haver essa pena, o objetivo intimidatório da Corte seria diminuído, bem como sua credibilidade reduzida. Outros, contrários à pena capital – como Brasil e Portugal –, expressaram a incompatibilidade entre tal pena e disposições expressas em Convenções de Direitos Humanos, o que tornaria inviável a ratificação do Estatuto.

Contudo, verificou-se que a preocupação maior das delegações que insistiam naquela cominação de pena de morte era no sentido de que sua exclusão pudesse ser entendida como uma revogação implícita da sanção capital no direito interno, caso viessem a ratificar o Estatuto⁴⁸. Em função disto, “*chegou-se a um acordo no sentido de que o Estatuto não preveria pena de morte, mas teria expressa uma cláusula de ‘não censurabilidade’ do sistema de penas existentes nos Estados*”⁴⁹.

Por conta do impasse, que se arrastou por longas sessões da Conferência, a pena de prisão perpétua figurou como uma escolha “salomônica”, que não agradou mas também não desagradou completamente os dois lados. O máximo

⁴⁷ *Apud* RAMOS, André de Carvalho. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. In: Tribunal Penal Internacional. CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 247.

⁴⁸ Em razão disso, países como Trinidad Tobago abstiveram-se de votar a favor do Estatuto, ao final daquela Conferência de Plenipotenciários (cf. KITTICHAISAREE, Kriangsak. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 37).

⁴⁹ STEINER, Sylvia Helena F. Tribunal Penal Internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, a. 7, n. 28, p. 215, out./dez. 1999. Nesse sentido, o art. 80 do Estatuto estipula que nada “no presente Capítulo prejudicará a aplicação, pelos Estados, das penas previstas nos respectivos direitos internos, ou a aplicação da legislação dos Estados que não preveja as penas referidas nesse capítulo”.

que foi cedido aos que repudiavam essa modalidade de pena foi a previsão de sua revisão após 25 anos de cumprimento da sanção corporal, conforme expresso no art. 110 do Estatuto, que faculta, ainda, a realização de revisões periódicas posteriores.

Ocorre que, para o Brasil, o problema está na compatibilização da cominação de pena perpétua, no art. 77, § 1º, "a", do Estatuto, com a vedação desta espécie de sanção, juntamente com outras, no art. 5º, inc. XIX, "b", da Constituição Federal de 1988. Não podendo efetivar reservas ao TPI, o Governo brasileiro, como visto, limitou-se, num primeiro momento, a externar sua preocupação com a possibilidade de ratificação deste documento.

Não obstante, num segundo momento, após o Congresso Nacional aprovar, sem nenhum óbice, o texto do Estatuto de Roma, por meio do Decreto Legislativo 112, de 06.06.2002, o Presidente da República tomou a decisão política de promulgar o Estatuto, através do Decreto 4.388, de 25.09.2002. Portanto, a partir da data por último mencionada, o TPI passou a vigorar no Brasil, em que pesem as discussões doutrinárias ainda em curso sobre pertinência da pena perpétua para com o nosso ordenamento constitucional.

Neste sentido, Sylvia Helena F. Steiner – magistrada brasileira eleita para integrar aquela Corte Criminal Internacional⁵⁰ – ressalta que, em nosso meio jurídico,

*grande é o debate sobre a compatibilidade de tal previsão estatutária com a disposição constitucional inscrita no art. 5º, inc. XLVII, "a", que proíbe a prisão perpétua. Se tal previsão constitucional aplica-se ou não aos delitos internacionais ou às decisões proferidas por Cortes internacionais, é matéria a exigir o mais sensato exame. Afinal, é também princípio inscrito no texto constitucional o de que o país se rege, no plano internacional, pela prevalência dos direitos humanos. Cogitar-se da hipótese de que a vedação constitucional dirige-se apenas ao legislador interno, não impedindo assim a submissão do país e de seus nacionais às previsões de uma Corte supranacional, não é de ser afastado de plano*⁵¹.

Na mesma esteira, Antônio Cachapuz de Medeiros sustenta que o conflito entre o Estatuto e a Constituição brasileira seria apenas aparente, "não só porque aquele visa reforçar o princípio da dignidade da pessoa humana, mas porque a proibição prescrita pela Lei Maior é dirigida ao legislador interno para os

⁵⁰ Além da então desembargadora Federal de São Paulo, Dra. Sylvia Steiner, foram escolhidos para compor o TPI: Maureen Clark (Irlanda), Fatoumata Diarra (Mali), Adrian Fulford (Grã Bretanha), Karl Hudson-Phillips (Trinidad Tobago), Claude Jorda (França), Elizabeth Odio (Costa Rica), Gheorghios Piki (Chipre), Tuiloma Slade (Samoa), René Blattmann (Bolívia), Hans-Peter Kaul (Alemanha), Philippe Kirsch (Canadá), Erkki Kourula (Finlândia), Akua Kuenyehia (Gana), Navanethen Pillay (África do Sul), Mauro Politi (Itália) e Anita Usacka (Latvia). O Procurador da Corte, escolhido na eleição de 21.04.2003, foi Luis Moreno Ocampo (Argentina). Disponível em: <www.un.org/lawicc/elections/results.htm>.

⁵¹ STEINER, Sylvia Helena F. Op. cit., p. 215.

*crimes reprimidos pela ordem jurídica pátria, e não aos crimes contra o Direito das Gentes, reprimidos por jurisdição internacional*⁵².

Conforme arrematado por Carlos Eduardo Japiassú, não haveria

*qualquer incompatibilidade entre a Constituição e o Estatuto de Roma. Reforçando essa idéia, assegura-se que o princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos no plano internacional e que a pretensão em criar um Tribunal internacional de direitos humanos, somente demonstram que não haveria nenhuma necessidade de ser feita qualquer alteração no texto constitucional para que o Brasil ratificasse o Estatuto*⁵³.

No que diz respeito ao instituto da *entrega de pessoas ao Tribunal*, regulado no art. 89 do Estatuto, é certo que ele corresponde a uma das obrigações aceitas pelos Estados ao aderirem ao TPI, qual seja, o dever de colaborar de forma ampla e irrestrita para com a jurisdição da Corte. Neste sentido, por não ser dotado de força policial, o TPI depende fundamentalmente da cooperação dos Estados interessados, em especial na captura, detenção e entrega de um suspeito de cometimento de um dos crimes de sua alçada.

Todavia, a polêmica que envolve esse instrumento de colaboração penal está em saber se o Estado-Parte pode ser instado à entregar um indivíduo que tenha sua nacionalidade para que venha a ser processado e julgado perante o TPI, mormente quando seu ordenamento jurídico vede a extradição de nacionais. É este, enfim, o caso do Brasil, que veda a extradição de nacionais, só abrindo exceção para o naturalizado por crime cometido antes da aquisição do título de brasileiro ou, a qualquer tempo, por comprovado envolvimento no tráfico de drogas (CF/88, art. 5º, LI)⁵⁴.

Caso se entenda que a *entrega* possuiria a mesma natureza de uma *extradição*, dever-se-ia concluir pela inconstitucionalidade dessa regra do TPI, posto ser considerado – pela jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal – uma norma de nível infraconstitucional⁵⁵. Porém, a doutrina brasileira tem se inclinado, neste particular, no sentido da compatibilidade entre o Estatuto e a

⁵² MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. In: *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2000. p. 14.

⁵³ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. *O Tribunal Penal Internacional. A internacionalização do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 208. Um outro argumento manejado pelos autores que defendem a constitucionalidade da previsão da pena perpétua reside no fato do Supremo Tribunal Federal autorizar a extradição no caso de imposição de prisão perpétua, sem exigir a comutação desta em pena compatível com nosso ordenamento jurídico (cf. GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. *As novas tendências do direito extradicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 155).

⁵⁴ Ensina Anor Butler Maciel que a razão do dispositivo que veda a extradição de nacionais, seria o de não "transmutar a mãe pátria em madrastra". (Cf. GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. *As novas tendências do direito extradicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 131).

⁵⁵ Desde o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que o tratado internacional, após devidamente incorporado à nossa ordem jurídica, passa a deter status equivalente ao da lei nacional.

nossa Carta Magna, em razão da convicção de que aqueles dois institutos diferem-se em conteúdo e forma.

Basicamente, a extradição, regulada em tratado ou promessa de reciprocidade de tratamento, significa a ação de um Estado colocar fisicamente o indivíduo à disposição da justiça de outro Estado, para que seja julgado ou para que cumpra determinada quantidade e espécie de pena. Há, pois, na extradição, um ato de *colaboração horizontal*. Por outro lado, a entrega, regulada no Estatuto de Roma, significa o ato pelo qual um Estado transfere determinada pessoa para uma Corte supranacional da qual faz parte. A cooperação, no caso, manifesta-se *verticalmente*.

Em outras palavras, a “*hipótese de entrega de nacional para julgamento pela Corte Criminal Internacional significa a entrega de nacional para julgamento por um tribunal supranacional, do qual o Brasil seria membro. O conceito de extradição diz respeito à entrega de um indivíduo por um Estado a outro. Nesse caso, ocorre a entrega pelo Estado a outro órgão julgador, que, se não é nacional, engloba a jurisdição nacional*”⁵⁶.

Com o propósito de dirimir as dúvidas que foram colocadas, não só pelo Brasil mas, igualmente, por outros Estados participantes da Conferência de Plenipotenciários, o próprio Estatuto tratou de manifestar, no seu art. 102, uma *declaração interpretativa*, no sentido de que para “os fins do presente Estatuto: a) por *entrega*, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto; b) por *extradição*, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno”.

Muito embora a doutrina tenda, como visto, a favor da compatibilidade das disposições da pena perpétua e da entrega de nacional, previstas no Estatuto, com a Constituição Federal de 1988 – em consonância com a decisão política no sentido da promulgação daquele diploma multilateral –, é certo há outros pontos de atrito que ainda não foram analisados em profundidade pelos autores brasileiros, tais como: a imprescritibilidade dos crimes sob a jurisdição do TPI⁵⁷; a previsão da conversão da pena de multa não paga em pena privativa de liberdade⁵⁸; e a não aceitação de imunidade do direito interno contra o TPI (art. 27), seja de natureza parlamentar ou de qualquer outra espécie⁵⁹, dentre outros.

⁵⁶ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. A Corte Criminal Internacional. Possibilidade de adequação do Estatuto de Roma à ordem constitucional brasileira. In: KOSOVSKI, Ester; ZAFFARONI, Eugenio Raul (Org.). *Estudos jurídicos em homenagem ao Professor João Marcelo de Araújo Jr.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 96.

⁵⁷ É sabido que a Constituição Federal de 1988 previu, em *numerus clausus*, as hipóteses de crimes imprescritíveis, no art. 5º, inc. XLIV.

⁵⁸ As hipóteses de prisão por dívidas encontram-se restritamente previstas no art. 5º, inc. LXVII, da CF/88.

⁵⁹ O art. 53, *caput*, assegura aos deputados e senadores a inviolabilidade, civil e penal, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. É de se indagar, assim, se um parlamentar brasileiro, da tribunal da Câmara ou do Senado, “incitar, direta e publicamente, a prática do crime de genocídio” (Estatuto, art. 25, § 3º, “e”), será ele alvo do TPI, sujeitoado, inclusive, a ser entregue por nosso Governo brasileiro àquela Corte internacional?

Portanto, todas estas questões, manifestadas desde aquela declaração de nossa delegação no contexto da Conferência de Roma, somente serão devidamente pacificadas quando o Poder Judiciário, por intermédio do Supremo Tribunal Federal, der a palavra final sobre a constitucionalidade das disposições do Estatuto frente à Constituição de 1988. Todavia, para que isto ocorra, é preciso, antes, que os tipos penal contidos no Estatuto estejam devidamente reproduzidos no direito interno, em homenagem ao princípio da legalidade da lei penal. Neste sentido, apenas o crime de genocídio está regulado na Lei 2.889/56 e no Código Penal Militar; as demais figuras delitivas, não.

Portanto, é preocupante o estado atual do direito brasileiro frente ao TPI. Há um projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional, definindo e cominando os fatos da competência do Estatuto para que nós possamos exercer, se necessário, a nossa jurisdição primária, que excluiria, como visto, a jurisdição secundária internacional, nos termos do princípio da complementaridade daquela Corte⁶⁰.

No presente momento, se acontecer um lamentável fato da alçada do TPI, haverá, com exceção do genocídio, a incidência ampla e imediata de suas disposições, com a obrigação do Brasil de colaborar, entregar, executar etc. as suas decisões, o que poderá ocasionar sério incidente caso a justiça brasileira entenda ser o Estatuto incompatível com a Constituição Federal de 1988⁶¹.

Em resumo, espera-se que o Governo brasileiro purgue a mora, enviando ao Legislativo o anteprojeto de lei que define os crimes do genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes contra a administração da justiça do TPI, *conditio sine qua non* para que o nosso Judiciário possa estar “capaz e disposto a levar a cabo o inquérito e procedimento” contra o suspeito dos ilícitos em questão⁶².

Caso o Brasil tenha a capacidade legal e material para exercer sua jurisdição, ficarão prejudicadas quaisquer das questões acima aventadas, repelindo-se a impunidade dos autores de graves atrocidades contra os direitos humanos, que é, numa palavra, o objeto e fim do Estatuto de Roma. Falta, enfim, uma atitude de fé nas instituições nacionais, como feito pelo Governo do Uruguai.

Entretanto, um outro ponto que suscita a reflexão do intérprete é a previsão de reservas aos clássicos crimes de guerra, conforme exposto a seguir.

⁶⁰ O Anteprojeto de lei, elaborado pelo Grupo de Trabalho “Estatuto de Roma”, oficialmente publicado no endereço <<http://www.mj.gov.br/sal/tpi/anteprojeto.htm>>, ainda não foi enviado ao Congresso Nacional, conforme a página de “acompanhamento legislativo” do Ministério da Justiça, estando, oficialmente, no Ministério da Casa Civil.

⁶¹ Vide nota 48, *supra*.

⁶² Cf. art. 17 (“Questões relativas à Admissibilidade”) do Estatuto.

6 A RESERVA PREVISTA NO ART. 124 DO TPI: CRIMES DE GUERRA

O Estatuto excepcionou a vedação de reservas, prevendo, em seu art. 124, que o Estado-Parte

poderá declarar que, durante um período de sete anos, a contar da data da entrada em vigor do Estatuto no seu território, não aceitará a competência do Tribunal relativamente à categoria de crimes referidos no art. 8º, quando haja indícios de que um crime tenha sido praticado por nacionais seus ou no seu território. A declaração formulada ao abrigo deste artigo poderá ser retirada a qualquer momento. O disposto neste artigo será reexaminado na Conferência de Revisão a convocar em conformidade com o § 1º do art. 123.

Segundo informado por Willian Schabas,

*the text is all that remains of an early scheme by which States parties would be able to pick and choose the crimes over which the Statute would apply to them. The existing provision was inserted in the final draft of the Statute as a compromise aimed at garnering the support of France and perhaps a few other States. It was resoundingly criticized by human rights non-governmental organizations at the close of the Rome Conference, although these concerns were probably exaggerated*⁶³.

A preocupação maior para a França e alguns outros Estados, por ocasião da Conferência de Plenipotenciários, encontrava-se, sem dúvida, na definição das *armas proibidas*, isto é, daqueles artefatos bélicos que, por sua natureza, causem mortes, ferimentos e sofrimentos desnecessários ou indiscriminados. Numa palavra, a polêmica envolvia, basicamente, o receio de que as *armas atômicas* viessem a ser consideradas, algum dia, como *ilícitas* perante o TPI, fato este que prejudicaria os interesses das nações que, como a França, integram o seleto grupo de potências atômicas. Tanto é verdadeira esta assertiva, que o próprio Governo francês, além de valer-se da não incidência da norma do art. 8º, conforme facultado pelo art. 124 do Estatuto, fez também uma *declaração interpretativa*, por ocasião da assinatura do Tratado de Roma, no sentido de que

the provisions of the Statute, in particular paragraph 2 (b) thereof, relate solely to conventional weapons and can neither regulate nor prohibit the possible use of nuclear weapons nor impair the other rules of international law applicable to other weapons necessary to the exercise by France of its inherent right of self-defence, unless nuclear weapons or the other weapons referred to herein become subject in the

⁶³ SCHABAS, Willian A. *An introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 159-160.

*future to a comprehensive ban and are specified in an annex to the Statute by means of an amendment adopted in accordance with the provisions of articles 121 and 123*⁶⁴.

A propósito desta declaração unilateral da França, Kriangsak Kittichaisaree assinalou que

*it could be argued that the 'possible use' (l'emploi éventuel) of these weapons must be subject to the rules of proportionality and other relevant rules of international humanitarian law laid down by the ICJ in its Advisory Opinion in **Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons**. Otherwise, France's Interpretative Declarations would amount to a reservations to the ICC Statute, something prohibited by Article 120 of the Statute*⁶⁵.

Deixando de lado esta tormentosa questão das bombas atômicas, enfocando, pois, a *mens* do art. 124 do Estatuto, tem-se que não ficou esclarecido, naquele dispositivo, quais seriam os efeitos da reservas ao art. 8º – que, vale ressaltar, incriminam comportamentos beligerantes contra as quatro Convenções de Genebra e condenados, pelo direito humanitário, desde o Século XIX. Assim, se um Estado Parte vier a declarar que não irá aceitar a jurisdição da Corte Penal para esta categoria de crimes, limitar-se-á aos fatos ocorridos no seu território, praticados por nacionais ou não, bem como aos fatos praticados por seus nacionais, dentro ou fora do seu território? A exceção é alternativa (disjuntiva “ou”) ou é cumulativa (disjuntiva “e”)?

Enfim, a norma abrange apenas o *princípio da territorialidade* e/ou o *princípio da personalidade ativa* ou ambos?

Com efeito, parte da doutrina entende que a finalidade daquela previsão seria a de proteger o nacional do Estado reservatário, onde quer que tenha se verificado o fato delituoso. Assinala, assim, Elizabeth Wilmschurst, que o objetivo da não aceitação da competência para crimes de guerra foi a de, em qualquer canto da Terra, “*insular nationals of the State from prosecution by the Court*”⁶⁶.

Entretanto, uma interpretação com esta amplitude parece contrastar com a *razão de ser* do Tribunal Penal Internacional. Assim, por exemplo, basta imaginar a hipótese de um conflito armado internacional, no qual uma missão de paz ou de assistência humanitária das Nações Unidas, operando no território de um Estado não integrante do Estatuto, sofra um intencional ataque – tal como o trágico episódio que vitimou, em 19 de agosto deste ano, dezenas de servidores da ONU, inclusive o brasileiro Sérgio Viera de Mello –, perpetrado por um

⁶⁴ Cf. Multilateral treaties deposited with the Secretary-General – Treaty I-XVIII-10. Disponível em: <http://untreaty.un.org>, p. 9.

⁶⁵ KITICHASAREE, Kriangsak. *Op. cit.*, p. 180. (grifos do original).

⁶⁶ *Apud* SCHABAS, Willian A. *An introduction...*, *op. cit.*, p. 160.

nacional de um Estado integrante do TPI, mas com reserva da não incidência da norma do art. 8º, é de se questionar se a impunidade deste nacional seria compatível com o objeto e fim do Estatuto.

Dentro deste contexto, o princípio da complementaridade, visto como verdadeiramente ligado ao objeto e fim do Tribunal Penal Internacional, conduz, no meu entender, à conclusão de que o fato delituoso, ainda quando praticado por nacional de determinado Estado Parte, deve ter ocorrido unicamente dentro do território do Estado reservatário – ou seja, penso haver a exclusiva incidência do princípio da territorialidade –, sob pena de ocasionar uma indesejável incompatibilidade da declaração de não aceitação dos crimes de guerra para com a sistemática de punição dos responsáveis por graves atrocidades à humanidade, praticadas nas mais diversas partes do planeta.

O princípio da complementaridade serve, sob aspecto diverso, de baliza para uma outra questão incidente sobre o Tribunal Penal Internacional, igualmente delicada, qual seja, a prática dos acordos bilaterais atualmente promovidos pelos Estados Unidos da América do Norte, como visto a seguir.

7 OS ACORDOS 'ARTIGO 98'

A esmagadora maioria de votos a favor da aprovação do Estatuto, produto do “*espírito de compromisso que pairou sobre as negociações diplomáticas no prédio da FAO, em Roma*”⁶⁷, não escondeu a multiplicidade de interesses antagônicos, aglutinados, resumidamente, em dois grupos que se digladiaram ao tempo da Conferência de Plenipotenciários: de um lado, havia aqueles que defendiam um tribunal penal com autonomia para persecução e condenação dos crimes contra a humanidade; e, de outro, um grupo que defendia um atrelamento da corte criminal ao Conselho de Segurança da ONU, tal como verificado com os tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e Ruanda. Os Estados Unidos capitaneavam este segundo grupo. Foi dele um dos sete votos contrários ao Estatuto do TPI, no final daquela conferência⁶⁸.

⁶⁷ Cf. AMBOS, Kai. Os princípios gerais do direito penal no Estatuto de Roma. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 26.

⁶⁸ Cf. SCHABAS, William A. *An introduction...*, op. cit., p. 15. Os motivos que levaram a delegação norte-americana a votar contra o Estatuto, segundo Kriangsak Kittichaisaree, foram os seguintes: a) o alcance da jurisdição do TPI abranger, indevidamente, condutas praticadas por cidadãos de Estados não-Parte do Estatuto; b) a previsão de, no futuro, o TPI poder punir os crimes de agressão, crimes estes que sequer foram definidos pelo Conselho de Segurança da ONU; c) a não aceitação de sua proposta no sentido de que os Estados pudessem excluir a jurisdição do TPI (mecanismo do “opt out”), por um prazo de dez anos, dentro do qual avaliariam o funcionamento da Corte, especialmente no que toca à sua efetividade e imparcialidade; e d) a adoção do sistema do “take it or leave it”, isto é, a própria proibição de reservas ao Tribunal. Para os Estados Unidos, proibindo o oferecimento de reservas, “the Statute fails to accommodate domestic constitutional requirements and national judicial procedures that may not be strictly in line with the provisions in Statute but which do not defeat the object or purpose of Statute”. (KITICHASAREE, Kriangsak. Op. cit., p. 37).

Adotando um certo ceticismo, num primeiro momento, os Estados Unidos assinaram, ao tempo do Presidente Bill Clinton, o texto do Estatuto de Roma. Todavia, sob o Governo do Presidente George W. Bush, mudou-se de postura, tendo os EUA anunciado a decisão de anular aquela assinatura, deixando inequivocamente clara sua intenção de não integrar o TPI. O Secretário de Assuntos Internacionais Marc Grossman explicitou a nova ordem para com o Estatuto, dizendo que “*notwithstanding our disagreement with the Rome Treaty, the United States respects the decision of those nations who have chosen to join the ICC; but they in turn must respect our decision not to join the ICC or place our citizens under the jurisdiction of the court*”⁶⁹.

Ocorre, entretanto, que o Governo dos EUA não se limitou a se afastar do Estatuto. Na verdade, com a possibilidade, ainda que virtual, de seus cidadãos, civis e militares, se transformarem em “alvos” da jurisdição do TPI, caso um fato delituoso ocorra no território de um Estado Parte – e com a influência, decisiva, dos trágicos atentados de 11.09.2001 –, a diplomacia norte-americana, preocupada com possíveis “acusações infundadas ou motivadas por um sentimento de anti-americanismo”, partiu para o ataque, atuando, com força total, em duas frentes.

A primeira foi junto ao Conselho de Segurança da ONU, onde obteve, em 12.07.2002 – isto é, por ocasião da entrada em vigor do Estatuto –, a aprovação unânime da Resolução 1.422, onde está dito que “*if a case arises involving current or former officials or personnel from a contributing State not a Party to the Rome Statute over acts or omissions relating to a United Nations established or authorized operations, [o TPI] shall for a twelve-month period starting 1 July 2002 not commence or proceed with investigation or prosecution of any such case, unless the Security Council decides otherwise*”.

Esta resolução gerou protestos não só do Secretário-Geral da ONU, Kofi Annan – que enviou uma carta contendo protesto veemente ao Secretário do Governo dos EUA, Colin Powell⁷⁰ –, mas, também, de diversos países e organizações não-governamentais. Deve-se ressaltar, ainda, que a Resolução 1.422 prevê que a referida imunidade é renovável anualmente, fato este confirmado em julho do corrente ano de 2003.

Não obstante, segundo palavras do Embaixador norte-americano na ONU John D. Negroponte, a Resolução 1422 “*is merely a first step in U.S. efforts to keep Americans out of the jurisdiction of the ICC*”⁷¹.

⁶⁹ Cf. *Chronology of U.S. Opposition to the International Criminal Court*. In: AMICC – The American Non-Governmental Organizations Coalition for the International Criminal Court. Disponível em: <www.amicc.org>; p. 1.

⁷⁰ *Idem*, p. 2.

⁷¹ NEGROPONTE, John D. *Explanation of Vote and Remarks*. <http://www.un.int/usa/02_098.htm>.

Neste sentido, a segunda frente de ataque foi maior em largura e profundidade. Tratou-se da elaboração de um modelo de tratado bilateral, denominado Acordos Artigo 98 (Article 98 Agreements) ou *US Bilateral Immunity Agreements* (BIAs), em processo de negociação com a generalidade dos países, através dos quais todos os cidadãos norte-americanos (não apenas servidores públicos civis e militares) estariam proibidos de ser entregues ao TPI, em caso de suspeita de cometimento de crimes de genocídio, crimes contra a humanidade ou crimes de guerra⁷².

Muitos destes tratados encontram-se mantidos em sigilo, razão pela qual não se tem certeza absoluta de quantos e quais países a eles acederam. Supõe-se, contudo, segundo dados de outubro de 2003, que os Estados Unidos já formalizaram cerca de sessenta acordos dessa natureza, tendo sido atingidas onze ratificações. Deste universo de países, cerca de vinte e sete seriam integrantes do Estatuto de Roma⁷³.

⁷² O texto padrão dos chamados Article 98 agreements é o seguinte: "(...) Reaffirming the importance of bringing to justice those who commit genocide, crimes against humanity and war crimes. Recalling that the Rome Statute of the International Criminal Court done at Rome on 17 July, 1998 by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court is intended to complement and not supplant national criminal jurisdiction. Considering that the Government of the United States of America has expressed its intention to investigate and to prosecute where appropriate acts within the jurisdiction of the International Criminal Court alleged to have been committed by its officials, employees, military personnel, or other nationals. Bearing in mind Article 98 of the Rome Statute. Hereby agree as follows: 1. For purposes of this agreement, 'persons' are current or former Government officials, employees (including contractors), or military personnel or nationals of one Party. 2. Persons of one Party present in territory of the other shall not, absent the expressed consent of the First Party, (a) be surrendered or transferred by any means to the International Criminal Court for any purpose, or (b) be surrendered or transferred by any means to any other entity or third country, or expelled to a third country, for the purpose of surrender to or transfer to the International Criminal Court. 3. When the United States extradites, surrenders, or otherwise transfers a person of the other Party to a third country, the United States will not agree to the surrender or transfer of that person to the International Criminal Court by the third country, absent the expressed consent of the Government of 'X'. 4. When the Government of 'X' extradites, surrenders, or otherwise transfers a person of the United States of America to a third country, the Government of 'X' will not agree to the surrender or transfer of that person to the International Criminal Court by a third country, absent the Government of the United States. 5. This Agreement shall enter into force upon an exchange of notes confirming that each Party has completed the necessary domestic legal requirements to bring the Agreement into force. It will remain in force until one year after the date on which one Party notifies the other of its intent to terminate this Agreement. The provisions of this Agreement shall continue to apply with respect to any act occurring or any allegation arising, before the effective date of termination". (Apud ZAPPALÀ, Salvatore. The reaction of the US to the entry into force of the ICC Statute: Comments on UN SC Resolution 1422 (2002) and Article 98 Agreements. In: *Journal of International Criminal Justice*, n. 1, a. 1, Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 123.

⁷³ Os Estados que teriam assinado estes Acordos Artigo 98 seriam os seguintes: Romênia, Israel, Timor Leste, Tagiquistão, Ilhas Marshall, República Dominicana, Palau, Mauritânia, Uzbequistão, Honduras, Afeganistão, Micronésia, Gâmbia, El Salvador, Sri Lanka, Índia, Nepal, Djibuti, Tuvalu, Bahrain, Geórgia, Azerbaijão, Nauru, Ruanda, Congo, Tonga, Serra Leoa, Gabão, Gana, Madagascar, Maldivas, Albânia, Butão, Filipinas, Bósnia-Herzegovina, Bolívia, Tailândia, Nicarágua, Uganda, Mongólia, Tunísia, Ilhas Seychelles, Togo, Ilhas Maurícias, Panamá, Camboja, Macedônia, Botswana, Senegal, Guiana, Paquistão, Moçambique, Zâmbia, Côte Ivoire, Bangladesh, Colômbia, Malawi, Ilhas Salomão, Kazaquistão e Antígua & Barbuda (Disponível em: <www.iccnw.org/documents/otherissuesimpunityagreem.html>).

A base legal para tais acordos, segundo o Governo norte-americano, é o art. 98, § 2º, do Estatuto, que possui a seguinte dicção:

O Tribunal pode não dar segmento à execução de um pedido de entrega por força do qual o Estado requerido devesse atuar de forma incompatível com as obrigações que lhe incumbem em virtude de acordos internacionais à luz dos quais o consentimento do Estado de envio é necessário para que uma pessoa pertencente a esse Estado seja entregue ao Tribunal, a menos que o Tribunal consiga, previamente, obter a cooperação do Estado de envio para consentir na entrega.

Apesar de ter uma redação um pouco confusa, o sentido da referida disposição do Estatuto foi o de compatibilizar a nova sistemática penal internacional permanente com compromissos estatais anteriores, firmados em tratados de extradição ou de cooperação penal *lato sensu*, perfeitamente válidos, portanto, quando da vigência do TPI, onde passou a existir o dever dos Estados Parte em colaborar incondicionalmente na entrega de suspeitos, além do dever de praticar outros atos de persecução penal. Deste modo, em havendo um conflito entre a obrigação geral de colaborar com o TPI e a obrigação precedentemente assumida com terceiro Estado, dever-se-á, preferencialmente, honrar a este e não àquele.

No entanto, diante daquela norma do § 2º, do art. 98, ser omissa quanto ao fato dela incidir somente sobre compromissos anteriores à vigência do Estatuto, a interpretação que lhe foi dada pelos Estados Unidos foi a de que ela valeria igualmente para acordos futuros. Este entendimento tem causado, naturalmente, o inconformismo de doutrinadores, organizações não-governamentais e de inúmeros países⁷⁴. Neste sentido, o Conselho da União Européia, reunido, em Bruxelas, em 27.09.2002, deliberou que os acordos bilaterais feitos entre os Estados Unidos com inúmeros Estados Partes do TPI, relativos às condições da entrega dos suspeitos, seriam ilegais e incompatíveis com o objeto e fim do Estatuto⁷⁵.

Não obstante, em que pese o fato daquela disposição do art. 98 do Estatuto estar inequivocamente voltada para preservar compromissos assumidos antes do TPI, nos termos do Direito Internacional, ante o silêncio da norma, nada impede que os norte-americanos, ou qualquer outra nação soberana, possa interpretá-la no sentido de ter eficácia ultra-ativa, abrangendo acordos futuros, desde que não contrariem o espírito da Estatuto de Roma, qual seja, o de acabar com a impunidade dos grandes criminosos. Esta omissão cronológica do art. 98 só poderia ser corrigida, salvo melhor juízo, através do processo de revisão do TPI, previsto no seu art. 123, não por uma interpretação que restrinja a soberania de um terceiro Estado.

⁷⁴ Cf. ZAPPALÀ, Salvatore. *Op. cit.*, p. 122.

⁷⁵ Cf. *Chronology of U.S. Opposition to the International Criminal Court. Op. cit.*, p. 3.

Por outro lado, como visto, a finalidade dos Acordos Artigo 98 é a de proteger cidadãos norte-americanos contra possíveis acusações infundadas ou politicamente motivadas, no âmbito do TPI. No entanto, da análise do mecanismo de funcionamento do TPI, pode-se perceber diversas instâncias que operam como “filtros” contra acusações infundadas ou de natureza política diversa da promoção da justiça internacional. Assim é que o Procurador só pode abrir um inquérito se obtiver a autorização da Câmara de Instrução. Neste momento, é obrigatória a aferição da disposição do Estado em exercer sua jurisdição primária. Depois, é preciso que a Corte obtenha a cooperação do Estado na entrega ou na realização de algum outro ato instrutório, sendo que tal país pode não colaborar se entender infundados os fatos sob investigação. Depois, é assegurada a ampla defesa ao acusado, podendo e devendo, seu defensor, argüir o que considerar pertinente perante a Câmara de Julgamento ou a Câmara de Recursos, nos termos do duplo grau de jurisdição. Na hipótese de não bastarem estas instâncias, a própria Assembléia-Geral dos Estados-Partes pode intervir, se avaliar que remanescem imputações meramente ideológicas contra qualquer pessoa, norte-americana ou não. Por fim, caso todos estes instrumentos de controle falharem ou se demonstrarem insuficientes, o Conselho de Segurança da ONU pode intervir, na forma do art. 16, através de uma resolução, determinando a paralisação do inquérito ou do procedimento criminal por tempo indeterminado.

A avaliação do Procurador, o controle em três níveis ou instâncias jurisdicionais, a fiscalização da Assembléia-Geral dos Estados Partes e a intervenção extraordinária do Conselho de Segurança da ONU parecem oferecer um cardápio seguro que satisfaça a preocupação – legítima – dos Estados Unidos no sentido de proteger seus cidadãos contra imputações injustas ou *politiqueiras*.

Acresça-se, ainda, que a elaboração dos Acordos Artigo 98 não poderiam – como, de fato, não podem – proteger norte-americanos de perseguições (infundadas) deflagradas pelas agências de repressão interna da generalidade dos países, integrantes ou não do TPI, que, secundados pelo princípio da territorialidade, podem atuar ideologicamente contra quaisquer estrangeiros que se encontrem em seu solo, em missão oficial ou não. Contra os riscos desta natureza não há antídotos via acordos de imunidade, salvo o uso *ad hoc* da diplomacia ou da força.

Ademais, do ponto de vista da proteção da integridade física do inculcado ou condenado, é oportuno lembrar que não há previsão da pena de morte no Estatuto do TPI, diferentemente do que ocorre em muitos países, inclusive o próprio EUA. Em razão disto e pelo respeito aos princípios da legalidade e anterioridade da norma penal, da ampla defesa, contraditório, presunção de inocência, tradução dos atos e documentos na língua do acusado, além de outros, o TPI está, sem dúvida, credenciado para exercer a alta missão que lhe foi atribuído sem incidir nos erros verificados em experiências passadas de jurisdições penais

internacionais, onde, em maior ou menor escala, verificou-se o influxo político-ideológico⁷⁶.

O cerne da questão, portanto, é de política internacional e não propriamente de louvável preocupação de resguardo de nacionais. Enfim, há um nítido extravasamento daquele antagonismo verificado por ocasião da Conferência de Plenipotenciários e que está colocando em rota de colisão os interesses dos Estados Unidos e os interesses dos Estados que compõem a União Européia. Neste sentido, uma das questões que afligem países que, recentemente, passaram a integrar a União Européia, é decidir se cedem, neste terreno, às pressões dos Estados Unidos ou da Cúpula da UE⁷⁷.

Cumprir registrar, no particular, que, desde 01.07.2003 – data de aniversário do TPI – os Estados Unidos vêm “punindo” os Estados que, como o Brasil, não aceitaram assinar os Acordos Artigo 98⁷⁸, inclusive parceiros diretos na (segunda) Guerra do Iraque, cortando-lhes ajuda financeira para programas militares, da ordem total de US\$ 89.28 milhões⁷⁹.

Entretanto, deixando de lado a questão política, analisando, exclusivamente, o aspecto técnico daqueles acordos bilaterais patrocinados pelo Governo norte-americano, é possível interpretá-los no sentido de serem um estímulo ao *exercício da jurisdição primária*, condição esta que excluiria, automaticamente, a jurisdição complementar da Corte. Numa palavra, como o objetivo maior do Tribunal Penal Internacional é que os Estados exerçam a jurisdição ordinária, julgando e condenando os responsáveis por graves atrocidades contra a humanidade, tem-se como cabível a coexistência dos Acordos Artigo 98 com as disposições do TPI, caso fique evidenciada que a reserva – implicitamente contida naqueles instrumentos bilaterais – seja vista como uma aplicação preferencial da lei penal do terceiro Estado, não integrante daquele Tribunal.

Sob esta perspectiva, deve-se reconhecer que os Estados Unidos nunca funcionaram como “valhacouto internacional de delinquentes”, conforme a

⁷⁶ A nódoa maior que pesa sobre o Tribunal de Nuremberg e o Tribunal de Tóquio foi a de que, na verdade, trataram-se de *tribunais dos vencedores julgando os vencidos*, vale dizer, julgamento sem a isenção esperada. A própria acusação de conspiração (*conspiracy* ou *complot*), feita contra pessoas físicas e jurídicas do Terceiro Reich, até então desconhecida do Direito Internacional, possuía nítido caráter ideológico. Neste sentido, *verbis*: “O próprio Juiz titular francês em Nuremberg, *Donnedieu de Vabres*, considerado uma das maiores autoridades deste século em direito internacional penal, considerou que a conduta de *complot* afirmada pelo Ministério Público, tratava a empreitada nazista com caráter ‘romântico e imaginativo’”. (GONÇALVES, Joanival Brito. *Tribunal de Nuremberg. A gênese de uma nova ordem no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 117).

⁷⁷ Cf. TRÉAN, Claire. *Cour pénal internationale: la bataille Etats-Unis – Europe*. Le Monde, dossier publié le 29.06.2003. Disponível em: <www.lemonde.fr/article>. Acesso em: 20 out. 2003.

⁷⁸ Cf. CANZIAN, Fernando. Para proteger militares, Bush retalia aliados. *Folha de S. Paulo*, 02 jul. 2003, Caderno Mundo, p. 2.

⁷⁹ Disponível em: <www.iccnw.org>.

expressão cunhada pelo Ministro Cordeiro Guerra⁸⁰. Ao revés, a sua história demonstra que todas as *jurisdições penais internacionais* que precederam o TPI contaram com o seu decisivo apoio⁸¹. Dessa forma, encontram-se um tanto exageradas algumas opiniões externadas por organizações não-governamentais no sentido de que o Governo dos Estados Unidos estaria querendo patrocinar uma espécie de *impunidade internacional*⁸².

Em síntese, através do princípio da compatibilidade, os Acordos Artigo 98 funcionam materialmente como *reservas* ao Estatuto do TPI. Embora presumivelmente legais, eles não se chocariam contra o objeto e o fim do Estatuto se vierem a ser interpretados como manifestação de vontade do exercício da jurisdição primária dos intervenientes em tais acordos. Neste sentido, seria oportuno que os Estados Unidos declarassem expressamente o sentido da sentença "*intention to investigate and to prosecute where appropriate*" contida em tais acordos, bem como que explicitassem se eles incidem apenas sobre funcionários civis e militares ou para "*other nationals*", inclusive turistas, comerciantes, mercenários etc.

8 CONCLUSÃO

Uma das frases que mais marcantes quando da elaboração do presente texto foi a do professor Hersch Lauterpacht, escrita por ocasião do seu primeiro relatório sobre o direito de reservas, submetido à Comissão de Direito Internacional, no sentido de que a questão "*des réserves aux traités multilatéraux est d'une complexité exceptionnelle, et même déconcertante, et il serait inutile de simplifier artificiellement un problème en soi*"⁸³.

Supunha-se, até então, que o Estatuto do TPI estava blindado contra polêmicas concernentes à longa trajetória do direito de reservas aos tratados multilaterais. A exposição feita acima denota, ao contrário, que há questões de diversas naturezas, tais como declarações unilaterais efetuadas por Estados-Partes, inclusive o Brasil, no sentido do da adequação de suas disposições às respectivas ordens constitucionais, declarações de não incidência do art. 8º, que tipificam os crimes de guerra, acordos bilaterais de imunidade, feitos sob o amparo do artigo 98, questões que – repita-se –, de uma forma ou de outra, ultrapassam a barreira do artigo 120 do Estatuto, proibitiva de apresentação de reservas.

Contudo, para a resolução de tais questões, acredita-se que é necessário recorrer aos princípios que regulam a admissibilidade e a legalidade do direito

⁸⁰ Apud GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. *Op. cit.*, p. 153.

⁸¹ O Tribunal de Nuremberg, o Tribunal de Tóquio, o Tribunal para a antiga Iugoslávia e o Tribunal de Ruanda, todos *ad hoc* e temporários, contaram, indiscutivelmente, com a força política dos EUA.

⁸² Cf. HUMAN RIGHTS WATCH: *Recomendaciones para Parlamentarios en relación con los Acuerdos Bilaterales de Inmunidad Buscados por los Estados Unidos*. Disponível em: <<http://www.hrw.org>>.

⁸³ Apud IMBERT, Pierre-Henri. *Les Réserves aux traités multilatéraux*. *Op. cit.*, p. 9.

de reservas, em especial ao princípio da compatibilidade da reserva para com o objeto e fim do tratado.

Deste modo, como o objeto e fim do Tribunal Penal Internacional é o de acabar com a impunidade, verificada ao longo dos tempos, dos responsáveis por crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra – e, quiçá algum dia, crimes de agressão –, ele cumprirá este propósito por intermédio da complementaridade da sua jurisdição relativamente às jurisdições nacionais. Por tal razão, estas e outras questões polêmicas envolvendo o TPI, poderão ser compreendidas e solucionadas se forem tomadas como manifestações das vontades dos Estados no sentido de aplicarem suas leis penais contra aqueles criminosos.

Enfim, se o *direito penal* é concebido, na doutrina contemporânea, como *ultima ratio*, isto é, como portador de uma natureza subsidiária frente aos demais ramos do direito interno, o *direito penal internacional*, materializado no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, pode e deve ser concebido como tendo uma natureza duplamente subsidiária: sua finalidade é contribuir para a tutela dos direitos humanos, complementando e substituindo, somente quando necessário, as jurisdições penais nacionais.

9 REFERÊNCIAS

- AMBOS, Kai. Os princípios gerais do direito penal no Estatuto de Roma. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ARAUJO JR., João Marcello. *Direito Penal Internacional: o Tribunal Penal Internacional e a cooperação penal internacional*. Rio de Janeiro: Mimeo (obra não publicada), 1999.
- BASTID, Suzanne. *Les traités dans la vie internationale. Conclusion et effets*. Paris: Economica, 1985.
- COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Proyecto de informe sobre la labor realizada en su 55º período de sesiones*. Relator Sir William Mansfield, jul./ago. 2003.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*, 1951, p. 4-58.
- DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Droit International Public*. 6. ed. Paris: LGDJ, 1999.
- ESCARAMÉIA, Paula V. C. *Coletânea de jurisprudência de direito internacional*. Coimbra: Almedina, 1992.
- GIL, Alicia Gil. *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*. Madrid: Tecnos, 1999.
- GONÇALVES, Joanival Brito. *Tribunal de Nuremberg. A gênese de uma nova ordem no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. *As novas tendências do direito extradicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

IMBERT, Pierre-Henri. **Les réserves aux traités multilatéraux. Evolution du droit et de la pratique depuis l'avis consultatif donné par la Cour internationale de Justice le 28 mai 1951.** Paris: Pedone, 1979.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. A Corte Criminal Internacional. Possibilidade de adequação do Estatuto de Roma à ordem constitucional brasileira. *In*: KOSOVSKI, Ester; ZAFFARONI, Eugenio Raul (Org.). **Estudos jurídicos em homenagem ao Professor João Marcello de Araujo Jr.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. **O Tribunal Penal Internacional. A internacionalização do Direito Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

KITTICHAISAREE, Kriangsak. **International Criminal Law.** Oxford: Oxford University Press, 2002.

KONSTANTIN, Korkelia. New Challenges to the Regime of Reversions under the International Covenant on Civil and Political Rights. **European Journal of International Law**, v. 13, n. 2, p. 437-477, 2002.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. *In*: **O que é o Tribunal Penal Internacional.** Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2000.

MULTILATERAL TREATIES DEPOSITED WITH THE SECRETARY-GENERAL – Treaty I-XVIII – 10. Disponível em: <<http://untreaty.un.org>>. Acesso em: 07 out. 2003.

NEGROPONTE, John D. Explanation of Vote and Remarks. Disponível em: <<http://www.un.int/usa/02098.htm>>. Acesso em: 07 out. 2003.

RAMOS, André de Carvalho. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. *In*: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). **Tribunal Penal Internacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RANGEL, Vicente Marotta. **Direito e relações internacionais.** 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SHABAS, Willian A. **Genocide in International Law. The Crimes of Crimes.** Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

_____. **An introduction to the International Criminal Court.** Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

SHAW, Malcolm N. **International law.** 4th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

STEINER, Sylvia Helena F. Tribunal Penal Internacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a. 7, n. 28, out./dez. 1999.

TRÉAN, Claire. Cour pénal internationale: la bataille Etats-Unis – Europe. *Le Monde*, dossier publié le 29 jun. 2003. Disponível em: <www.lemonde.fr/article>. Acesso em: 20 out. 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. v. II.

ZAPPALÀ, Salvatore. The Reaction of the US to the Entry into Force of the ICC Statute: Comments on UN SC Resolution 1422 (2002) and Article 98 Agreements. **Journal of International Criminal Justice.** Oxford: Oxford University Press, a. 1, n. 1, 2003.

DIREITO PROCESSUAL

TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS EM SENTIDO ESTRITO E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS NO BRASIL E EM PORTUGAL

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes¹

Sumário: 1. O papel das ações coletivas; 2. Ações coletivas no Brasil; 3. Portugal; 4. Referências.

1 O PAPEL DAS AÇÕES COLETIVAS

A tutela coletiva, por certo, possui um papel e uma história no contexto sociojurídico. Deve-se deixar claro, também, que o processo coletivo, embora esteja voltado para o rompimento das amarras e limitações impostas pelas normas tradicionais do processo individual, não veio para suplantá-las, mas, sim, para propiciar, em linhas gerais, quatro objetivos centrais: o acesso à justiça, economia judicial e processual, a garantia do princípio da igualdade e da segurança jurídica e o equilíbrio das partes no processo.

A perspectiva de incremento do acesso à Justiça² e da existência de processos menos formalistas, mais simples, céleres e eficazes, pode-se dizer, está presente em todo o mundo, seja nas discussões relacionadas com os projetos de

¹ Especialista em Direito Processual pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito pela Johann Wolfgang Goethe Universität (Frankfurt, Alemanha). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor-Doutor na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Titular e Coordenador-Geral da Escola de Direito do Centro Universitário da Cidade. Juiz Federal Presidente da 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais no Rio de Janeiro. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual e da Associação Internacional de Direito Processual. Autor do livro *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. Membro da Comissão Revisora do Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-americano de Direito Processual.

² Veja CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*.

reforma do Poder Judiciário, como ocorreu na Argentina³ e se apresenta no Brasil⁴, seja nos debates acerca de modificações propostas para o Direito Processual, como v.g. na Alemanha⁵.

O Direito Processual, assim, deve estar preparado para enfrentar uma realidade, em que o contingente populacional mundial ultrapassa o patamar de cinco bilhões de pessoas, no qual a revolução industrial transforma-se em tecnológica, diminuindo as distâncias no espaço e no tempo, propiciando a massificação e globalização das relações humanas e comerciais.

Na verdade, a necessidade de processos supra-individuais não é nova, pois há muito tempo ocorrem lesões a direitos, que atingem coletividades, grupos ou certa quantidade de indivíduos, que poderiam fazer valer os seus direitos de modo coletivo. A diferença é que, na atualidade, tanto na esfera da vida pública como privada, as relações de massa expandem-se continuamente, bem como o alcance dos problemas correlatos, fruto do crescimento da produção, dos meios de comunicação e do consumo, bem como do número de funcionários públicos e de trabalhadores, de aposentados e pensionistas, da abertura de capital das pessoas jurídicas e conseqüente aumento do número de acionistas e dos danos ambientais causados. Multiplicam-se, portanto, as lesões sofridas pelas pessoas, seja na qualidade de consumidores, contribuintes, aposentados, servidores públicos, trabalhadores, moradores etc, decorrentes de circunstâncias de fato ou relações jurídicas comuns.

1.1 As ações coletivas e o acesso à Justiça

Os danos resultantes das lesões supramencionadas são, freqüentemente, se considerados separadamente, em termos econômicos, de pequena monta, fazendo com que, na relação custo-benefício, o ajuizamento de ações individuais seja desestimulante e, na prática, quase que inexistente, demonstrando, assim, a fragilidade e deficiências em relação ao acesso à Justiça. A eventual falta ou deficiência dos instrumentos processuais adequados para os chamados danos de "bagatela", que, considerados globalmente, possuem geralmente enorme relevância social e econômica, estimula a repetição e perpetuação de práticas ilegais

³ Vide ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*.

⁴ Nesse sentido a proposta de emenda à Constituição 96-A/92, em tramitação. A principal medida apresentada na proposta de reforma do Poder Judiciário brasileiro é a de criação da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, que, embora possa produzir a uniformização de julgados, não possui a capacidade de propiciar uma drástica redução do número de processos, pois, normalmente, os feitos demoram certo tempo até serem apreciados pela Corte Suprema. Assim sendo, nos casos em que houvesse elevado número de ações propostas, quando fosse editada a súmula, as instâncias inferiores já teriam recebido, processado e julgado uma grande quantidade de processos, sendo o resultado, portanto, apenas paliativo em termos de redução do contingente de feitos.

⁵ Como constou da proposta do Bundesministerium der Justiz (Ministério da Justiça) para a reforma da Zivilprozessordnung alemã.

e lesivas. Por conseguinte, tendem a se beneficiar, ao invés de serem devidamente sancionados, os fabricantes de produtos defeituosos de reduzido valor, os entes públicos que cobram tributos indevidos ou não concedem os direitos funcionais cabíveis e os comerciantes que realizam negócios abusivamente, apenas para citar alguns exemplos. De pouca ou nenhuma valia passam a ser as normas de direito material, que estabelecem direitos para os lesados, se a referida proteção não encontra, também, amparo efetivo nos meios processuais disponíveis.

Dentro da idéia custo-benefício, a questão pode ser enfrentada sob duas vertentes. Em primeiro lugar, estão os lesados que dispõem de recursos para o pagamento das despesas processuais, mas estas representariam valor aproximadamente igual ou superior ao próprio benefício pretendido. Junte-se a isso que a pretensão, sob o prisma da renda e do padrão de vida da pessoa atingida, terá um valor patrimonial irrisório, não compensando sequer a utilização de tempo e esforços, que, se quantificados, significariam montante acima da pretensão almejada. Sob prisma relativamente diverso, encontram-se as pessoas desprovidas dos meios necessários para o pagamento de custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios. Embora possam gozar de isenção legal no que diz respeito a essas verbas, os gastos com tempo e dinheiro, necessários para o encaminhamento do problema, seriam excessivos, na medida em que os dias e as horas são absorvidos na labuta, indispensável para a subsistência própria e/ou da família.

O desequilíbrio entre as partes pode ser, também, por outro lado, um fator decisivo para que a pessoa lesada deixe de buscar individualmente a proteção judicial ou, então, para a própria correlação de forças na relação processual. A tendência é que o causador da lesão disponha de mais recursos materiais e humanos e, portanto, em tese, se apresente mais bem preparado para o embate, provido que estará para a contratação de profissionais de qualidade e para a produção de provas que lhe sejam favoráveis. Desigualdade que se mostra ainda mais gritante, quando o lesado não dispõe de recursos próprios para custear a sua defesa, tendo em vista as limitações materiais dos órgãos encarregados da assistência judiciária gratuita.

Com a cumulação de demandas, a situação tende a ser alterada, tendo em vista que o próprio valor patrimonial da causa, que individualmente seria mínimo, passa a ser de grande relevância, chegando, por vezes, a importâncias astronômicas, o que, *per se*, já pode ser suficiente para ensejar o interesse de bons profissionais para a causa, além de recursos necessários para a propositura e colheita de provas. As ações coletivas, se bem estruturadas, podem ser, portanto, um efetivo instrumento para o aperfeiçoamento do acesso à justiça, eliminando os entraves relacionados com os custos processuais e o desequilíbrio entre as partes. Como se verá adiante, entretanto, o potencial econômico para a atuação processual dependerá do sistema adotado, em termos de legitimação, e da estruturação local dos substitutos processuais. Assim, por exemplo, são investidas

nas causas coletivas vultosas somas de dinheiro nos escritórios de advocacia norte-americanos; na Alemanha, há partidos, sindicatos e associações que dispõem de forte estrutura, inclusive econômica, para prover a contratação de profissionais e os meios de prova necessários, situação essa que não se encontra, ainda, devidamente resolvida no sistema brasileiro.

O processo coletivo pode servir, igualmente, para garantir a importância política de determinadas causas, relacionadas, dentre outras, com os direitos civis, minorias e meio ambiente. Foi o que ocorreu, por exemplo, nas *class actions*, ajuizadas nos Estados Unidos, visando ao pagamento de indenizações para os judeus que realizaram trabalhos forçados durante o regime nazista ou nas que visaram à invalidação de regras discriminatórias contra negros.

Por fim, o problema da falta de formação e informação jurídica ainda representa sério entrave para o acesso à Justiça. O processo coletivo pode, no entanto, superar ou atenuar o problema, na medida em que o direito das pessoas menos esclarecidas juridicamente não ficará relegado ao abandono, porque poderá ser defendido por terceiro, legitimado extraordinariamente para a tutela transindividual. Para tanto, a definição do sistema de vinculação dos interessados ao processo coletivo é de grande importância. Em termos de direitos individuais homogêneos, se as pessoas precisam, de alguma forma, manifestar a vontade de estar sob os efeitos da decisão coletiva, método denominado de inclusão (*opt-in*), a tendência será, por certo, a menor abrangência e alcance da tutela coletiva, pois a iniciativa dos interessados poderá continuar a esbarrar em fatores culturais, políticos, sociais e econômicos. Tratando-se, entretanto, do sistema de exclusão (*opt-out*), estarão os interessados automaticamente atrelados à decisão coletiva, se não houver a manifestação, dentro do prazo legalmente fixado ou assinado pelo juiz, da vontade de serem excluídos do processo supra-individual. A iniciativa quanto à propositura da ação, bem como da eventual necessidade de comunicação aos lesados, informando sobre o litígio, proposta de acordo etc, ficarão sob a responsabilidade do demandante coletivo, também chamado de autor ideológico ou parte representativa.

1.2 As ações coletivas como medida de economia judicial e processual

O Direito Processual é um direito eminentemente instrumental e, como tal, serve para a realização do direito material. Conseqüentemente, o processo, como um todo, bem como os respectivos atos e procedimentos devem estar inspirados na economia processual. Esse princípio, por sua vez, precisa ser entendido de modo mais amplo, sob o ponto de vista subjetivo, como orientação geral para o legislador e para o aplicador do Direito Processual, e, objetivamente, como sede para a escolha das opções mais céleres e menos dispendiosas para a solução das lides.

A questão não deixa de ser, também, lógica, pois, *a priori*, os conflitos eminentemente singulares devem ser resolvidos individualmente, enquanto que os litígios de natureza coletiva precisam contar com a possibilidade de solução metaindividual. A inexistência ou o funcionamento deficiente do processo coletivo dentro do ordenamento jurídico, nos dias de hoje, dá causa à multiplicação desnecessária do número de ações distribuídas, agravando ainda mais a sobrecarga do Poder Judiciário. Na verdade, são lides que guardam enorme semelhança, pois decorrem de questão comum de fato ou de direito, passando a ser decididas de modo mecânico pelos juízes, através do que se convencionou chamar de sentenças padrões ou repetitivas, vulgarizando-se a nobre função de julgar. É o que vem ocorrendo, *verbi gratia*, na Justiça Federal brasileira. Nas circunscrições do Rio de Janeiro e de Niterói⁶, por exemplo, as sentenças padrões representaram, no cômputo do total de sentenças cíveis de mérito dos últimos quatro anos e sete meses, respectivamente, 62,5% e 73%. A atividade judicial descaracteriza-se, com essa prática, por completo, passando a ser exercida e vista como mera repetição burocrática, desprovida de significado e importância.

Com a pulverização de ações, a causa também é fracionada e acaba não sendo, de fato, decidida por nenhum dos juízes de primeiro ou de segundo grau, na medida em que a lide estará sendo apreciada, simultaneamente, por centenas ou milhares de julgadores. Conseqüentemente, apenas o pronunciamento final ou dos tribunais superiores passa a ter relevância, sob o ponto de vista da solução do conflito.

A falta de solução adequada para os conflitos coletivos, em sentido lato, é responsável, portanto, em grande parte, pelo problema crônico do número excessivo de processos em todas as instâncias. Por outro lado, costuma-se enfatizar, diante do problema, a necessidade de mais juízes. Não obstante a carência de julgadores ser realidade que demande solução, a comparação do número de processos com o de juízes não deve ser analisada apenas sob o prisma da quantidade de juízes. O aumento do número de juízes pode e deve ser acompanhado da diminuição do número de processos, mediante o aperfeiçoamento do sistema das ações coletivas.

O aumento do número de juízes depara-se, também, com dificuldades conjunturais e locais. Sob o ponto de vista conjuntural, trabalha-se, no contexto mundial, atualmente, com a redução do tamanho do Estado, tendo em vista os problemas de déficit público e do endividamento estatal. No âmbito regional e local, por outro lado, não se pode pretender equiparar, em termos proporcionais, o número de juízes em Estados não desenvolvidos ou em desenvolvimentos com o contingente existente nos países ricos. As modificações e proposições levadas

⁶ Segundo boletim estatístico fornecido pelo Setor de Organização e Informática da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro.

nas causas coletivas vultosas somas de dinheiro nos escritórios de advocacia norte-americanos; na Alemanha, há partidos, sindicatos e associações que dispõem de forte estrutura, inclusive econômica, para prover a contratação de profissionais e os meios de prova necessários, situação essa que não se encontra, ainda, devidamente resolvida no sistema brasileiro.

O processo coletivo pode servir, igualmente, para garantir a importância política de determinadas causas, relacionadas, dentre outras, com os direitos civis, minorias e meio ambiente. Foi o que ocorreu, por exemplo, nas *class actions*, ajuizadas nos Estados Unidos, visando ao pagamento de indenizações para os judeus que realizaram trabalhos forçados durante o regime nazista ou nas que visaram à invalidação de regras discriminatórias contra negros.

Por fim, o problema da falta de formação e informação jurídica ainda representa sério entrave para o acesso à Justiça. O processo coletivo pode, no entanto, superar ou atenuar o problema, na medida em que o direito das pessoas menos esclarecidas juridicamente não ficará relegado ao abandono, porque poderá ser defendido por terceiro, legitimado extraordinariamente para a tutela transindividual. Para tanto, a definição do sistema de vinculação dos interessados ao processo coletivo é de grande importância. Em termos de direitos individuais homogêneos, se as pessoas precisam, de alguma forma, manifestar a vontade de estar sob os efeitos da decisão coletiva, método denominado de inclusão (*opt-in*), a tendência será, por certo, a menor abrangência e alcance da tutela coletiva, pois a iniciativa dos interessados poderá continuar a esbarrar em fatores culturais, políticos, sociais e econômicos. Tratando-se, entretanto, do sistema de exclusão (*opt-out*), estarão os interessados automaticamente atrelados à decisão coletiva, se não houver a manifestação, dentro do prazo legalmente fixado ou assinado pelo juiz, da vontade de serem excluídos do processo supra-individual. A iniciativa quanto à propositura da ação, bem como da eventual necessidade de comunicação aos lesados, informando sobre o litígio, proposta de acordo etc, ficarão sob a responsabilidade do demandante coletivo, também chamado de autor ideológico ou parte representativa.

1.2 As ações coletivas como medida de economia judicial e processual

O Direito Processual é um direito eminentemente instrumental e, como tal, serve para a realização do direito material. Conseqüentemente, o processo, como um todo, bem como os respectivos atos e procedimentos devem estar inspirados na economia processual. Esse princípio, por sua vez, precisa ser entendido de modo mais amplo, sob o ponto de vista subjetivo, como orientação geral para o legislador e para o aplicador do Direito Processual, e, objetivamente, como sede para a escolha das opções mais céleres e menos dispendiosas para a solução das lides.

A questão não deixa de ser, também, lógica, pois, *a priori*, os conflitos eminentemente singulares devem ser resolvidos individualmente, enquanto que os litígios de natureza coletiva precisam contar com a possibilidade de solução metaindividual. A inexistência ou o funcionamento deficiente do processo coletivo dentro do ordenamento jurídico, nos dias de hoje, dá causa à multiplicação desnecessária do número de ações distribuídas, agravando ainda mais a sobrecarga do Poder Judiciário. Na verdade, são lides que guardam enorme semelhança, pois decorrem de questão comum de fato ou de direito, passando a ser decididas de modo mecânico pelos juízes, através do que se convencionou chamar de sentenças padrões ou repetitivas, vulgarizando-se a nobre função de julgar. É o que vem ocorrendo, *verbi gratia*, na Justiça Federal brasileira. Nas circunscrições do Rio de Janeiro e de Niterói⁶, por exemplo, as sentenças padrões representaram, no cômputo do total de sentenças cíveis de mérito dos últimos quatro anos e sete meses, respectivamente, 62,5% e 73%. A atividade judicial descaracteriza-se, com essa prática, por completo, passando a ser exercida e vista como mera repetição burocrática, desprovida de significado e importância.

Com a pulverização de ações, a causa também é fracionada e acaba não sendo, de fato, decidida por nenhum dos juízes de primeiro ou de segundo grau, na medida em que a lide estará sendo apreciada, simultaneamente, por centenas ou milhares de julgadores. Conseqüentemente, apenas o pronunciamento final ou dos tribunais superiores passa a ter relevância, sob o ponto de vista da solução do conflito.

A falta de solução adequada para os conflitos coletivos, em sentido lato, é responsável, portanto, em grande parte, pelo problema crônico do número excessivo de processos em todas as instâncias. Por outro lado, costuma-se enfatizar, diante do problema, a necessidade de mais juízes. Não obstante a carência de julgadores ser realidade que demande solução, a comparação do número de processos com o de juízes não deve ser analisada apenas sob o prisma da quantidade de juízes. O aumento do número de juízes pode e deve ser acompanhado da diminuição do número de processos, mediante o aperfeiçoamento do sistema das ações coletivas.

O aumento do número de juízes depara-se, também, com dificuldades conjunturais e locais. Sob o ponto de vista conjuntural, trabalha-se, no contexto mundial, atualmente, com a redução do tamanho do Estado, tendo em vista os problemas de déficit público e do endividamento estatal. No âmbito regional e local, por outro lado, não se pode pretender equiparar, em termos proporcionais, o número de juízes em Estados não desenvolvidos ou em desenvolvimento com o contingente existente nos países ricos. As modificações e proposições levadas

⁶ Segundo boletim estatístico fornecido pelo Setor de Organização e Informática da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro.

a cabo nos países do chamado terceiro mundo devem ser consentâneas com as suas limitações financeiras, o que reforça, ainda mais, a importância e o papel central de um eficiente sistema processual civil coletivo, como solução para a sobrecarga do Poder Judiciário e melhoria dos serviços judiciais.

De fato, a explosão do contencioso civil deixou de ser uma tendência, para se consubstanciar em realidade mundial, embora com peculiaridades nacionais. No Brasil e nos países da América Latina, o incremento do número de ações ajuizadas passou a ser extremamente significativo a partir do final da década de 80, com a democratização dos regimes políticos e o fortalecimento dos órgãos judiciais. No âmbito global, o aumento do número de processos judiciais cíveis pode ser considerado como resultado da chamada onda renovatória do acesso à Justiça⁷, tendo em vista que várias medidas foram adotadas para facilitar o exercício do direito de ação, removendo ou atenuando várias barreiras existentes.

Diante da explosão de litígios, outras soluções foram ensaiadas, ou incrementadas. Algumas de cunho restritivo, no âmbito material ou processual, com o não reconhecimento de novos direitos ou a limitação do direito de ação, como formulado pela teoria norte-americana da *judicial restraint*⁸. Ou, então, buscando-se a criação e/ou fortalecimento de mecanismos extrajudiciais ou não contenciosos para a resolução dos conflitos, como v.g. a arbitragem e a conciliação.

1.3 As decisões contraditórias proferidas em processos individuais e as ações coletivas: o princípio da igualdade diante da lei e a (falta de) segurança jurídica

Com a multiplicação de ações individuais, que tramitam perante diversos órgãos judiciais, por vezes espalhados por todo o território nacional, e diante da ausência, nos países da *civil law*, do sistema vinculativo de precedentes (*stare decisis*), os juízes chegam, com frequência, a conclusões e decisões variadas e até mesmo antagônicas. Não raramente essas decisões de variado teor acabam por transitar em julgado, diante da não interposição tempestiva de recurso cabível ou pelo não conhecimento deste em razão de outra causa de inadmissibilidade.

Por conseguinte, pessoas em situações fáticas absolutamente idênticas, sob o ponto de vista do direito material, recebem tratamento diferenciado diante da lei, decorrente tão-somente da relação processual. O Direito Processual passa a ter, assim, caráter determinante e não apenas instrumental. E, sob o prisma do direito substancial, a desigualdade diante da lei torna-se fato rotineiro e não apenas esporádico, consubstanciando, portanto, ameaça ao princípio da isonomia.

⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça.

⁸ GIUSSANI, Andrea. Studi sulle "class actions", p. 199.

A miscelânea de pronunciamentos, liminares e definitivos, diferenciados e antagônicos, do Poder Judiciário passa a ser fonte de descrédito para a própria função judicante, ensejando enorme insegurança jurídica para a sociedade. Consequentemente, quando ocorre tal anomalia, a função jurisdicional deixa de cumprir a sua missão de pacificar as relações sociais.

As ações coletivas podem, entretanto, cumprir um grande papel, no sentido de eliminar as disfunções supramencionadas, na medida em que concentra a resolução das lides no processo coletivo, eliminando ou reduzindo drasticamente a possibilidade de soluções singulares e contraditórias.

1.4 As ações coletivas como instrumento para o equilíbrio das partes no processo

Embora haja formalmente a igualdade das partes no processo, no plano material e prático acabam os litigantes, por vezes, dispondo de gritante diferença se comparados os meios disponíveis para o embate judicial. É o que ocorre com frequência nas causas potencialmente coletivas, quando consumidores, aposentados, funcionários públicos, contribuintes e moradores, dentre outros, isoladamente, encontram-se em posição de fraqueza diante do porte de adversários como grandes comerciantes ou produtores, de empreendedores imobiliários ou do próprio Estado.

A possibilidade dos interesses e direitos lesados serem defendidos concomitantemente faz com que a correlação de forças entre os litigantes seja redimensionada em benefício da parte individualmente fraca, mas razoavelmente forte quando agrupada, levando por terra, assim, a política maquiavélica da divisão para reinar.

2 AÇÕES COLETIVAS NO BRASIL

2.1 Evolução histórica

O desenvolvimento da defesa judicial dos interesses coletivos, no Brasil, passa, numa primeira etapa, pelo surgimento de leis extravagantes e dispersas, que previam a possibilidade de certas entidades e organizações ajuizarem, em nome próprio, ações para a defesa de direitos coletivos ou individuais alheios. Nesse sentido, foi editada, em 1950, a Lei 1.134, estatuinte que

as associações de classe existentes na data da publicação desta lei, sem nenhum caráter político, fundada nos termos do Código Civil e enquadradas nos dispositivos constitucionais, que congreguem funcionários ou empregados de empresas industriais da União, administradas ou não por elas, dos Estados, dos Municípios e das entidades autárquicas, de modo geral, é facultada a representação coletiva ou individual de seus associados, perante as autoridades administrativas e a justiça ordinária.

Da mesma forma, o antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei 4.215, de 1963, estabelecia, no art. 1º, parágrafo único, que “*cabe à Ordem representar, em juízo e fora dele, os interesses gerais da classe dos advogados e os individuais, relacionados com o exercício da profissão*”.

Por outro lado, a Constituição da República de 1934 dispôs, no art. 113, que “*qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios*”. Era a chamada “ação popular”, que, em seguida, seria suprimida pela Carta de 1937, mas reintroduzida em 1946, para se manter, a partir de então, em todas as Constituições, até os dias de hoje. Todavia, a ação popular ganhou amplitude significativamente maior apenas com a sua regulamentação, que veio a ocorrer em 1965, com a edição da Lei 4.717, de 29 de junho. A dilação da abrangência, embora tenha se manifestado também em relação à esfera das pessoas protegidas, atingiu, principalmente, o conceito de patrimônio que, nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei da Ação Popular, passou a compreender “*os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético ou histórico*”.

Ao tempo da inovação promovida pela ação popular, em 1965, não havia a doutrina, entretanto, voltado categoricamente, até aquele momento, as suas atenções para o estudo dos interesses coletivos e da sua proteção judicial. Como lembra Ada Pellegrini Grinover⁹, foi “*Barbosa Moreira o primeiro a dar à ação popular constitucional esse enfoque*”. A verve do legendário Mestre, José Carlos Barbosa Moreira, foi marcante para o desenvolvimento da consciência e da problemática relacionada com a questão dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, reconhecida mais tarde no art. 81, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

Na década de 1980, os novos tempos de redemocratização no Brasil animavam as propostas de participação popular, de preocupação com o meio ambiente e de fortalecimento e surgimento de novos direitos. O Ministério Público no Brasil começa a assumir nova postura diante da sociedade, chamando para si outras responsabilidades, para além da tradicional persecução penal e proteção dos incapazes. São aprovadas, em 1981, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente¹⁰ e a Lei Orgânica do Ministério Público¹¹, prevendo a legitimidade do *Parquet*, respectivamente, para a propositura de ação de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente e para promover a ação civil pública, nos termos da lei¹².

⁹ A tutela jurisdicional dos interesses difusos, p. 26.

¹⁰ Lei 6.938, de 31.08.1981.

¹¹ Lei Complementar 40, de 13.12.1981.

¹² O termo era pela primeira vez utilizado, no art. 3º, inc. III, da Lei Complementar 40/81, mas somente depois viria a ter os seus contornos realmente definidos.

Em seguida, é editada a chamada Lei da Ação Civil Pública, 7.347, de 24.07.1985, que disciplinava a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Com fulcro no art. 5º, a ação civil pública principal ou cautelar poderia ser proposta pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios, bem como por empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação constituída há pelo menos um ano e que incluísse, entre as suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico. Exigiu-se a atuação do Ministério Público, quando este não fosse o próprio autor, na condição de fiscal da lei, bem como assunção da titularidade, quando houvesse desistência ou abandono da causa.

Três anos depois, ocorre o coroamento da redemocratização no Brasil, com a promulgação da Constituição da República, em 1988. A nova Carta Magna, traduzindo os valores sociais, ínsitos no documento, dedicou nítida relevância para a proteção jurisdicional dos interesses coletivos. A nova Constituição trouxe, basicamente, dois dispositivos prevendo em geral a tutela coletiva, independentemente, portanto, da espécie de ação. No art. 5º, inc. XXI, a legitimação é conferida às entidades associativas, quando expressamente autorizadas, para representar seus filiados, judicial ou extrajudicialmente. O art. 8º, por sua vez, dentro de arcabouço semelhante, estatui que cabe ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

De modo mais específico, foram mantidas, elevadas ou criadas, respectivamente, em patamar constitucional, as ações populares, nos termos do art. 5º, inc. LXXIII, as ações civis públicas, conforme art. 129, III, e as ações de mandado de segurança coletivo, objeto do art. 5º, LXIX. Em relação à ação popular, a ampliação do objeto, já consagrada na legislação ordinária, foi incorporada no texto constitucional, ao ser reconhecido o direito de qualquer cidadão para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus de sucumbência.

Por fim, determinou o art. 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que o Congresso Nacional, no prazo de cento e vinte dias, contados da promulgação da Constituição, elaborasse código de defesa do consumidor. Prazo esse que não foi cumprido.

A preocupação com o fortalecimento dos órgãos, entidades e projetos voltados para a proteção do meio ambiente manifesta-se, posteriormente, com a edição da Lei 7.797, de 10.07.1989, criando o Fundo Nacional de Meio Ambiente.

Pouco tempo depois, em 24.10.1989, era promulgada a Lei 7.853, dispondo sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, inclusive no âmbito

da tutela jurisdicional dos respectivos interesses coletivos e difusos. No art. 3º, atribui-se ao Ministério Público, à União, aos Estados, Municípios e Distrito Federal, bem como às associações constituídas há mais de um ano, às autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista, que incluam, entre as suas finalidades institucionais, a proteção das pessoas portadoras de deficiência, a legitimação para a propositura de ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas deficientes.

Em seguida, é editada a Lei 7.913, de 07.12.1989, reconhecendo ao Ministério Público a possibilidade de ajuizamento de ação civil pública para evitar prejuízos ou obter ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado, sem prejuízo da ação de indenização do prejudicado.

No ano seguinte, a preocupação com a proteção judicial aos interesses individuais homogêneos, difusos e coletivos da criança e do adolescente manifesta-se em diversos dispositivos contidos no capítulo VII, da Lei 8.069, de 13.07.1990. Nos termos do art. 210, são considerados, novamente, legitimados para os respectivos interesses coletivos ou difusos, o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e os Territórios, as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos na lei, dispensando-se a autorização da assembleia, se houver prévia autorização estatutária.

Em 12.09.1990, finalmente é publicada a Lei 8.078, estabelecendo o chamado Código de Defesa do Consumidor, que entrou em vigor no dia 11.03.1991. O Código de Defesa do Consumidor passou a representar o modelo estrutural para as ações coletivas no Brasil, na medida em que encontra aplicabilidade não apenas para os processos relacionados com a proteção do consumidor em juízo, mas, também, em geral, para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, por determinação expressa do art. 21, da Lei 7.347/85, acrescentado em razão do art. 117, da Lei 8.078/90. Regulou, assim, o Código do Consumidor, os aspectos mais importantes da tutela jurisdicional coletiva, desde a problemática da competência e da legitimação até a execução, passando pela coisa julgada e os seus efeitos, além da questão da litispendência e das, não menos importantes, definições conceituais pertinentes aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Em 1993, foram promulgadas as Leis 8.625, de 12 de fevereiro, e Complementar 75, de 20 maio, relacionadas com a organização do Ministério Público, no âmbito dos Estados e da União, respectivamente, que procuraram disciplinar, dentre outras matérias, as funções do Ministério Público, inclusive no que diz respeito às ações civis públicas¹³.

¹³ Vide, especialmente, os arts. 25, da Lei 8.625/93, e 6º, da Lei Complementar 75/93.

A Lei 8.884 (Lei Antitruste), de 11.06.1994, acrescentou o inc. V, ao art. 1º, da Lei 7.347/85, reconhecendo expressamente o cabimento de ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados por infração da ordem econômica e da economia popular.

O caminho legislativo percorrido não foi, entretanto, apenas de avanços. Em determinados momentos, a tutela jurisdicional coletiva sofreu, em conjunto ou isoladamente, reveses, ressaltando-se as restrições impostas às ações coletivas instauradas contra atos do Poder Público e o ensaio de atomização, manifestando-se este último na tentativa de se confinar os efeitos do julgado nos limites da competência territorial do órgão prolator da sentença. Foram editadas, assim, as Leis 8.437, de 30.06.1992, estabelecendo a necessidade prévia de audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, para a apreciação de requerimento de liminar no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública¹⁴; e 9.494, de 10.09.1997, a fim de conter os efeitos da coisa julgada, como supramencionado, estatuinto, para tanto, nova redação para o art. 16, da Lei 7.347/85.

No final do ano de 1999, aprovou-se a Lei 9.870, de 23 de novembro, dispondo sobre o estabelecimento do valor das anuidades escolares e prevendo, com fulcro no art. 7º, que se encontram *“legitimados à propositura das ações previstas na Lei 8.078, de 1990, para a defesa dos direitos assegurados por esta lei e pela legislação vigente, as associações de alunos, de pais de alunos e responsáveis, sendo indispensável, em qualquer caso o apoio de, pelo menos, vinte por cento dos pais de alunos do estabelecimento de ensino ou dos alunos, no caso de ensino superior”*.

Por fim, há que se constatar que as ações coletivas continuam sendo tratadas apenas por leis extravagantes, enquanto que o Código de Processo Civil praticamente nada regula sobre o assunto, salvo a previsão genérica de legitimação, contida no art. 6º. O Direito Processual Civil brasileiro precisa, assim, incorporar ao seu principal texto legislativo as conquistas já realizadas, consignando, as normas pertinentes ao processo coletivo.

2.2 A definição brasileira de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos

2.2.1 A definição dos conceitos por lei

O parágrafo único, do art. 81, do Código de Defesa do Consumidor, estabeleceu que a defesa coletiva será exercida quando se tratar de interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Havia, até então, manifesta imprecisão em torno dos denominados interesses difusos e coletivos. “Ex-

¹⁴ Art. 2º.

pressões essas que durante muito tempo foram usadas, e não apenas no Brasil, em forma, por assim dizer, promíscua, isto é, sem a preocupação de uma distinção nítida entre os dois conceitos", como afirma José Carlos Barbosa Moreira¹⁵. A proposição legislativa não logrou apagar todas as dificuldades teóricas e práticas, mas, ao menos, assentou a discussão em torno de três categorias, dando-lhes definição legal que, por sinal, já vinha sendo sinalizada pela doutrina¹⁶.

2.2.2 Interesses difusos e coletivos (*stricto sensu*): interesses essencialmente coletivos (*latu sensu*)

O inc. I, do parágrafo único, do art. 81, do Código de Defesa do Consumidor estabeleceu a definição dos *"interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato"*.

Por sua vez, o inc. II, do dispositivo supramencionado, estatuiu que *"os interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base"*.

Os incs. I e II, do art. 81, da Lei 8.078/90, disciplinam, assim, os conceitos de interesses ou direitos difusos e coletivos a partir dos elementos subjetivo e objetivo.

O primeiro aspecto, subjetivo, diz respeito à transindividualidade, ou seja, está além do indivíduo, no sentido de que não lhe pertence com exclusividade, mas, sim, a uma pluralidade de pessoas, que poderão, conforme sejam os interesses e direitos difusos ou coletivos, ser, respectivamente, indeterminadas ou determinadas, bem como ligadas por circunstâncias de fato ou por uma relação jurídica base. Há, portanto, identidade quanto à transindividualidade, mas distinção no que diz respeito à determinação e à natureza do vínculo ou relação entre os interessados.

O segundo elemento, objetivo, é centralmente caracterizado pela indivisibilidade do interesse ou direito. A impossibilidade de separação não está afeta ao elemento subjetivo, na medida em que não se exige vínculo direto e precedente entre as pessoas afetadas, até porque a presença de relação jurídica entre as mesmas não existirá no caso dos interesses ou direitos difusos. Por outro lado, o vínculo de direito entre os interessados não constitui condição *sine qua non*

¹⁵ Ação civil pública, p. 188.

¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos.

para a caracterização do interesse ou direito como coletivo, em sentido estrito, na medida em que a relação pode ser, tão-somente, com a parte contrária, nos termos da parte final do inc. II, do art. 81. Conseqüentemente, a indivisibilidade figura como qualidade do objeto que se quer buscar para a realização das necessidades, pertinentes à coletividade, ao grupo, categoria ou classe. Em termos processuais, a indivisibilidade deve ser apreciada a partir da pretensão deduzida, ou seja, dos objetos imediato e mediato do pedido formulado.

2.2.2.1 O caráter essencialmente coletivo: unitariedade

No Brasil, o caráter essencialmente coletivo de uma demanda está relacionado com a indivisibilidade do objeto; situação esta que, se constatada, implicará no tratamento unitário, ou seja, não comportando soluções diversas para os interessados, tal qual ocorre, em situação análoga, com o litisconsórcio unitário.

José Carlos Barbosa Moreira leciona que do

ponto de vista objetivo, esses litígios a que eu chamei de essencialmente coletivos distinguem-se porque o seu objetivo é indivisível. Não se trata de uma justaposição de litígios menores, que se reúnem para formar um litígio maior. Não. O seu objeto é por natureza indivisível, como acontece, por exemplo, em matéria de proteção do meio ambiente, em matéria de defesa da flora e da fauna, em matéria de tutela dos interesses na preservação do patrimônio histórico, artístico, cultural, espiritual da sociedade; e como acontece também, numerosas vezes, no terreno da proteção do consumidor, por exemplo, quando se trata de proibir a venda, a exploração de um produto considerado perigoso ou nocivo à saúde. Não se está focalizando, nessa perspectiva, o problema isolado de cada pessoa, e sim algo que necessariamente assume dimensão coletiva e incindível, do que resulta uma consequência muito importante, que tem, inclusive, reflexos notáveis sobre a disciplina processual a ser adotada. Em que consiste esta consequência? Consiste em que é impossível satisfazer o direito ou o interesse de um dos membros da coletividade, e vice-versa: não é possível rejeitar a proteção sem que essa rejeição afete necessariamente a coletividade como tal. Se quiserem um exemplo, podemos mencionar o caso de um litígio que se forme a propósito de uma mutilação da paisagem. É impensável que a solução seja ela qual for, aproveite a alguns e não aproveite a outros dos membros dessa coletividade. A solução será, por natureza, unitária, incindível. Ou a paisagem é protegida, é preservada, e todos os interessados são juridicamente satisfeitos, ou a paisagem não é preservada, e nenhum dos interessados na sua preservação terá satisfação jurídica¹⁷.

A impossibilidade de decomposição do interesse ou direito em partes singulares pode ser material ou jurídica e deve ser analisada sob o prisma dos objetos imediato e mediato do pedido formulado. Os exemplos normalmente indicados para os casos de litisconsórcio unitário podem contribuir para a percepção

¹⁷ Ações coletivas na Constituição Federal de 1988, p. 188.

do problema. Assim, o vínculo patrimonial não pode receber tratamento diferenciado para fins da sua existência, validade ou manutenção, em relação aos cônjuges. Por conseguinte, exige solução uniforme para o marido e para a mulher o pedido de nulidade ou anulação do casamento, bem como o requerimento de separação ou divórcio. Do contrário, situações juridicamente teratológicas poderiam advir do reconhecimento do casamento para apenas um dos cônjuges. Da mesma forma, a assembléia de acionistas será válida ou inválida para todos, embora resultado diverso possa ser possível no âmbito da eficácia.

Na esfera dos interesses ou direitos essencialmente coletivos, inúmeros exemplos podem ser, da mesma forma, apresentados. Assim, *verbi gratia*, se o Ministério Público pleiteia a limitação de horário para a realização de cultos por determinada instituição religiosa, tendo em vista a poluição sonora produzida, que atinge toda a coletividade. Naturalmente, a solução pretendida, ou seja, a cessação do barulho fora dos horários permitidos, ou ainda que durante todo o tempo, não poderia ser fracionada, pois, do contrário, haveria incompatibilidade lógica e material absoluta. Da mesma forma, quando se pretende a realização de uma conduta positiva ou negativa geral, ou seja, que não seja possível de ser praticada apenas em relação a determinados indivíduos, como a instalação de material antipolvente numa fábrica, a vedação de propaganda enganosa, a construção ou não de uma estrada ou de um ginásio esportivo, o funcionamento de uma usina nuclear, a interdição de estabelecimento de educação, saúde ou entretenimento, a proibição de veiculação de determinada programação em canal aberto de televisão ou rádio, a preservação de monumento histórico ou artístico¹⁸.

Os casos de indivisibilidade e, portanto, de interesses difusos e coletivos, de acordo com os critérios fixados na lei brasileira, são numericamente reduzidos, se comparados com os relacionados aos direitos individuais homogêneos.

A falta de clareza e os equívocos cometidos em torno da correta caracterização dos fatos vêm propiciando confusão na doutrina e na jurisprudência. Não são raros, portanto, os acontecimentos, em que se manifestam pretensões absolutamente possíveis de fracionamento, mas que recebem a qualificação errônea

de interesses difusos ou coletivos. Interessante notar que, normalmente, essas incompreensões se fazem acompanhar da exaltação de outros elementos, que também são necessários para a respectiva designação, como a pluralidade de interessados, a existência ou inexistência de relação jurídica base e o pedido comum, mas que não são suficientes para a caracterização do interesse como difuso ou coletivo. Ressalte-se, aqui, que a simples formulação de pedido(s) comum(ns) não significa, indicativa ou peremptoriamente, que não haja a possibilidade de fracionamento da solução.

O exemplo mais notório diz respeito aos pedidos de limitação dos reajustes de mensalidade ou formulações semelhantes, fixação de valor total de anuidade etc. Embora possa ser apresentado, pela respectiva associação de pais e/ou alunos, um pedido comum, cada aluno ou responsável estará obrigado em relação à sua mensalidade ou anuidade, nada impedindo, sob o prisma lógico ou jurídico, que sejam estabelecidas alterações ou valores diferenciados, a partir de critérios como antiguidade, série ou período, número de irmãos matriculados no mesmo estabelecimento, situação econômica familiar, condição de atleta ou notas obtidas etc. Da mesma forma, quando estiver em jogo pedido relacionado à matrícula de alunos¹⁹.

Em ambos os casos, nada impediria, por exemplo, que um aluno, isoladamente, ou até mesmo um grupo de estudantes, em litisconsórcio, pleiteasse judicialmente a não incidência do reajuste ou o direito à matrícula, sendo perfeitamente cabível o julgamento de procedência do pedido, que produziria, obviamente, efeitos limitados às partes. Falta, como se vê, aquela característica básica da indivisibilidade, segundo a qual, nas palavras de Teori Albino Zavascki²⁰, os interessados “*não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares*”. Trata-se, portanto, de interesse divisível, razão pela qual não pode ser considerado como difuso ou coletivo *stricto sensu*. Mais uma vez, cabe menção às palavras de José Carlos Barbosa Moreira²¹, proferidas em 1980, tecendo comentários ao que se enquadraria, hoje, dentro da categoria dos interesses difusos, explicando o conceito de indivisibilidade:

Em muitos casos, o interesse em jogo, comum a uma pluralidade indeterminada (e praticamente indeterminável) de pessoas, não comporta decomposição num feixe de interesses individuais que se justapusessem como entidades singulares, embora aná-

¹⁸ Como decidiu o TRF – 1ª Região – Relª. Juíza Selene Maria de Almeida – Agravo de instrumento 2001.010.00.12908-8 – DJU 05.06.2001, p. 733: “Administrativo. Interesses difusos referentes ao patrimônio histórico e cultural. Obra de demolição de parte da ferrovia centro atlântica s/a na estação ferroviária de cachoeira-ba. Dano ao patrimônio histórico e cultural do país. Dano ao meio ambiente. Ameaça da estabilidade e conservação de prédio tombado pelo tráfego de trens no interior da estação escoamento de produtos petroquímicos através de centro urbano. 1. Tombado o conjunto arquitetônico e paisagístico da cidade de Cachoeira, sujeita-se a regime especial de proteção de sorte que alterações nos seus imóveis dependem de autorização prévia do IPHAN (Dec-lei 25 de 30.11.1937, arts. 17 e 18). 2. A passagem de trens no interior da velha estação ferroviária tombada, ameaça sua estabilidade e conservação, em virtude do aumento das vibrações e dos gases. 3. Sendo a linha férrea o principal caminho para escoar os produtos petroquímicos (paraxileno, octanol, combustíveis e outras mercadorias perigosas), coloca-se em risco a saúde das pessoas que residem nas suas proximidades. 4. Demonstrado que o projeto de demolição de parte da estação ferroviária tombada não traz nenhuma vantagem para a cidade de Cachoeira, a obra é, em princípio, solução que atende aos interesses da empresa, em detrimento da qualidade de vida dos habitantes. 5. Agravo improvido”.

¹⁹ Como decidiu a STJ – 1ª T. – REsp. 240033/CE – DJU – 18.09.2000, p. 102 – Rel. Min. José Delgado: “Processual Civil. Interesses Coletivos. Conceituação. Ação Civil Pública. Ministério Público. Legitimidade. 1. Não ingressa no rol dos denominados interesses difusos e coletivos o do aluno de ensino superior público pretender ingresso em dois cursos na mesma Universidade. 2. Tal tipo de interesse, além de não ser social, atua de forma isolada e por conveniência pessoal do indivíduo, pelo que não tem características de transindividualidade e indivisibilidade. 3. Ilegitimidade bem reconhecida pelo acórdão recorrido. 4. Recurso improvido”.

²⁰ Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos, p. 149.

²¹ Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos, p. 195-196.

logas. Há, por assim dizer, uma **comunhão indivisível** de que participam todos os possíveis interessados, sem que se possa discernir, sequer idealmente, onde acaba a 'quota' de um e onde começa a de outro. Por isso mesmo, instaura-se entre os destinos dos interessados tão firme união, que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade.

Por exemplo: teme-se que a realização de obra pública venha a causar danos à flora e à fauna da região, ou acarrete a destruição de monumento histórico ou artístico. A possibilidade de tutela do 'interesse coletivo' na preservação dos bens em perigo, caso exista, necessariamente se fará sentir de modo uniforme com relação à totalidade dos interessados. Com efeito, não se concebe que o resultado será favorável a alguns e desfavorável a outros. Ou se preserva o bem, e todos os interessados são vitoriosos; ou não se preserva, e todos saem vencidos. Designaremos essa categoria pela expressão 'interesses essencialmente coletivos'.

No entanto, parte da doutrina e os tribunais vêm interpretando de modo extremamente largo a indivisibilidade prevista no art. 81, incs. I e II, do Código de Defesa do Consumidor. Segundo esse entendimento, quando o pedido fosse formulado no sentido de um provimento jurisdicional comum, estaria cumprido o requisito. Nesse sentido, os pedidos concernentes aos aumentos de mensalidade têm sido vistos, por alguns doutrinadores²² e tribunais²³, como de natureza indivisível. Pode-se perceber, no entanto, que a discussão em torno da indivisi-

²² WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto, p. 724, aponta o critério de aumento das mensalidades, como exemplo de pedido indivisível: "O mesmo se pode dizer em relação à demanda coletiva ajuizada por Associação de Pais de Alunos contra uma ou várias escolas. Desde que objetive ela um provimento jurisdicional comum a todos que tutele, de modo uniforme, o interesse ou direito indivisível de todos alunos, por exemplo, o critério para a atualização das mensalidades, a coisa julgada, se favorável à Associação, beneficiará todos, inclusive os alunos que não estejam a ela filiados. Estamos diante de uma ação coletiva para a tutela de interesses ou direitos coletivos, de natureza indivisível. Porém, se o que se pretende é a devolução das quantias pagas a mais pelos alunos, a demanda coletiva será para a tutela de interesses ou direitos individuais homogêneos, e não de interesses ou direitos coletivos". Todavia, utilizou-se de argumento relacionado à eficácia *erga omnes* da sentença para justificar a indivisibilidade. Entretanto a eficácia geral também se faz presente, se procedente o pedido, quando em jogo os interesses ou direitos individuais homogêneos, nos termos do art. 103, inc. III, do Código de Defesa do Consumidor.

²³ É o que defluiu do julgado da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, proferido no Recurso Extraordinário 190.976 – DJU 06.02.1998, p. 35, relatado pelo Min. Ilmar Galvão, com a seguinte ementa: "**Ministério Público estadual. Legitimidade para promover ação civil pública em defesa dos interesses difusos e coletivos. Mensalidades escolares. Adequação às normas de reajuste fixadas pelo conselho estadual de educação. Art. 129, III, da Constituição Federal.** O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária do dia 26.02.1997, no julgamento do RE 163.231-3, de que foi Relator o eminente Ministro Maurício Corrêa, concluiu pela legitimidade ativa do Ministério Público para promover ação civil pública com vistas à defesa dos interesses coletivos. Recurso extraordinário conhecido e provido".

Na mesma direção, decidiu a STJ – 4ª T. – REsp. 43585/MG – DJU 05.03.2001, p. 164, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior: "**Processual Civil. Ação civil pública. Aumento de mensalidade escolar. Ministério público. Legitimidade.** I. Pacífica na jurisprudência desta Corte a orientação de que o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa de interesses coletivos, visando a coibir aumento abusivo de mensalidade escolar (art. 81, II, da CDC). II. Precedente da Corte Especial: REsp 65.836/MG, Rel. Min. Paulo Costa Leite, DJ 22.11.1999. III. Recurso conhecido e provido".

bilidade não tem sido aprofundada nos julgamentos, predominando ainda a imprecisão de conceitos²⁴. Por conseguinte, os debates forenses são conduzidos para a problemática da legitimação, principalmente em torno do Ministério Público, sem que se faça, de modo prévio e seguro, a determinação da espécie de interesse pluriindividual que se encontra *sub judice*.

2.2.2.2 Os aspectos distintivos entre interesses difusos e coletivos: determinação das pessoas e existência de vínculo

Constatada a transindividualidade e a natureza indivisível do objeto, estar-se-á diante de interesses essencialmente coletivos, mas que poderão ser classificados como difusos ou coletivos em sentido estrito.

A correta distinção se faz necessária e é importante, na medida em que as duas categorias estão submetidas a regime diverso em termos de coisa julgada. A sentença proferida em relação aos interesses difusos produzirá efeitos *erga omnes*, enquanto que na solução dos conflitos envolvendo interesses coletivos a eficácia estará adstrita ao grupo, categoria ou classe.

²⁴ Nesse sentido, vide a seguinte ementa: "**Recurso Extraordinário. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público para promover ação civil pública em defesa dos interesses difusos, coletivos e homogêneos. Mensalidades escolares: capacidade postulatória do parquet para discuti-las em juízo.** 1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127). 2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e II). 3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei 8.078, de 11.09.1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. 5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o art. 129, inc. III, da Constituição Federal. 5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade *ad causam*, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal. Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação". (Recurso Extraordinário 163.231/SP – Rel. Min. Maurício Corrêa).

Por outro lado, o Direito Processual moderno é informado pelo princípio da congruência, ficando o julgador adstrito aos limites do pedido apresentado. No entanto, a regra aplicável aos processos individuais deve ser aplicada à luz das disposições inerentes à proteção judicial dos interesses coletivos, previstas no art. 103, do Código de Defesa do Consumidor. O que não quer dizer que o pedido seja de todo irrelevante para a definição da espécie de interesse. Isso porque “é possível distinguir, no pedido, um objeto **imediato** e um objeto **mediato**. Objeto **imediato** do pedido é a providência jurisdicional solicitada (ex.: a condenação do réu ao pagamento de x); objeto **mediato** é o bem que o autor pretende conseguir por meio dessa providência (ex.: a importância x)”²⁵. Por conseguinte, o pedido representará, para o interesse, o elemento objetivo necessário à satisfação das necessidades humanas. E a eventual indivisibilidade decorrerá, assim, do bem jurídico almejado (v.g.: o monumento público a ser preservado; a escola a ser construída; o equipamento antipoluinte a ser instalado) ou da providência judicial requerida (e.g.: declaração de nulidade ou anulação de ato jurídico). Todavia, sob o prisma subjetivo, só será coletivo o interesse quando o objeto estiver em posição de satisfazer, de modo exclusivo ou especial, um determinado grupo, categoria ou classe de pessoas. Do contrário, o objeto estará apto a beneficiar uma coletividade, ainda que integrada por grupos, categorias e classes de pessoas determinadas. Assim sendo, não será a delimitação do pedido que irá transformar interesses difusos em coletivos, apenas porque o grupo, a categoria ou a classe esteja situado dentro da coletividade.

A diferenciação entre as duas espécies deverá levar em conta, sim, com fulcro no art. 81, parágrafo único, inc. I, se as pessoas são ou não determinadas e se estão ligadas por meras circunstâncias de fato ou por vínculo jurídico relevante para o caso.

Os interesses difusos, como leciona José Carlos Barbosa Moreira, não

*pertencem a uma pessoa isolada, nem a um grupo nitidamente delimitado de pessoas (ao contrário do que se dá em situações clássicas como a do condomínio ou a da pluralidade de credores numa única obrigação), mas a uma série indeterminada – e, ao menos para efeitos práticos, de difícil ou impossível determinação –, cujos membros não se ligam necessariamente por vínculo jurídico definido. Pode tratar-se, por exemplo, dos habitantes de determinada região, dos consumidores de certo produto, das pessoas que vivem sob tais ou quais condições sócio-econômicas, ou que se sujeitem às consequências deste ou daquele empreendimento público ou privado*²⁶.

Não se exige que a indeterminabilidade seja absoluta, mas apenas que seja difícil ou irrazoável. Desse modo, os titulares de uma pequena comunidade

²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, p. 10.

²⁶ A proteção jurídica dos interesses coletivos, p. 184.

ou cidade, diante de um problema ambiental eminentemente local, serão, para fins de enquadramento no sistema brasileiro, considerados como indeterminados. Junte-se a isso a possibilidade da falta ou irrelevância de relação jurídica base. Forçoso concluir, portanto, que o interesse difuso será qualificado por exclusão, ou seja, quando não for coletivo em sentido estrito, porque inexistentes a determinação e a relação jurídica base das pessoas entre si ou com a parte contrária.

2.2.3 Interesses individuais homogêneos: interesses acidentalmente coletivos – a defesa coletiva dos direitos individuais

O art. 81, parágrafo único, III, da Lei 8.078/90, prevê que a defesa coletiva “será exercida quando se tratar de” interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

A primeira observação que se pode fazer diz respeito à interpretação da norma como dispositiva, não obstante o comando imperativo do verbo contido no enunciado. O próprio *caput*, do art. 81, dispõe de modo diverso, ao enunciar que a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente ou a título coletivo.

A falta da indivisibilidade é a principal característica dos interesses individuais homogêneos. Sendo possível o fracionamento, não haverá, *a priori*, tratamento unitário obrigatório, sendo factível a adoção de soluções diferenciadas para os interessados.

Os interesses ou direitos são, portanto, essencialmente individuais e apenas acidentalmente coletivos. Para serem qualificados como homogêneos precisam envolver uma pluralidade de pessoas e decorrer de origem comum, situação esta que “*não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias ou de um produto nocivo à saúde adquiridos por vários consumidores num largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos com homogeneidade tal que os tornam a ‘origem comum’ de todos eles*”²⁷.

Os direitos individuais são vistos, por vezes, como passageiros de segunda classe, ou até indesejáveis, dentro desse meio instrumental que é a tutela judicial coletiva. O estigma não passa de preconceito e resistência diante dos novos instrumentos processuais. A defesa coletiva de direitos individuais atende aos ditames da economia processual; representa medida necessária para desafo-

²⁷ WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto, p. 724.

gar o Poder Judiciário, para que possa cumprir com qualidade e em tempo hábil as suas funções; permite e amplia o acesso à justiça, principalmente para conflitos em que o valor diminuto do benefício pretendido significa manifesto desestímulo para a formulação da demanda; e salvaguarda o princípio da igualdade da lei, ao resolver molecularmente as causas denominadas de *repetitivas*, que estariam fadadas a julgamentos de teor variado, se apreciadas de modo singular.

A proteção coletiva de direitos individuais deve obedecer, no entanto, aos requisitos da prevalência das questões de direito e de fato comuns sobre as questões de direito ou de fato individuais e da superioridade da tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficácia da sentença. Assemelha-se, assim, ao previsto na legislação norte-americana para as *class actions*.

2.3 Legitimação para as ações coletivas no Brasil

Em termos de legitimação para a propositura de ações coletivas, as soluções cogitadas, em termos mundiais, podem ser agrupadas, conforme a natureza da pessoa autorizada, em três espécies de legitimados: indivíduos, órgãos públicos e associações. A aceitação de mais de um tipo de legitimado é bastante comum.

No Brasil, constata-se inicialmente a assunção do padrão individual, com a autorização dada ao cidadão para o ajuizamento da ação popular. O objeto de proteção da ação popular, embora tenha sido alargado para abranger a anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, deixa ao largo os demais interesses, notadamente os direitos do consumidor, dos funcionários públicos, dos trabalhadores, dos aposentados, dos contribuintes e das vítimas de atos ilícitos.

O regime central adotado, por conseguinte, em termos de legitimação para as ações coletivas, encontra-se disposto na Lei da Ação Civil Pública, art. 5º, e no Código de Defesa do Consumidor, art. 82. Os dois estatutos prevêm basicamente os mesmos legitimados: órgãos públicos e associações. Na Constituição da República, encontram-se os sindicatos também autorizados a agir coletivamente em juízo.

O Ministério Público ocupa clara posição de destaque, na medida em que a sua participação é obrigatória em todas as ações coletivas, seja na condição de autor seja na de *custos legis*, nos termos dos art. 5º, § 1º, da Lei 7.347/85, e art. 92, da Lei 8.078/90. Na prática, a atuação do Ministério Público também é predominante, para não dizer absoluta. Estudos realizados nos Estados do Rio de Janeiro e em São Paulo acusaram a iniciativa do *parquet* em cerca de noventa por cento dos processos coletivos.

Encontram-se legitimados, ainda, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, bem como as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos. A propositura de ações coletivas pelos entes ou órgãos públicos previstos nos incs. II e III do art. 82, da Lei 8.078/90, é caso raro de acontecer, quase inexistente, na verdade. Há que se ressaltar, em parte, a atuação de órgãos públicos, criados pelos municípios ou estados, com o intuito de dar proteção aos consumidores, denominados geralmente de Procons. Mas, ainda assim, a atividade desses órgãos desenvolve-se principalmente na esfera extrajudicial.

As associações também foram legitimadas, com fulcro no art. 5º, inc. XXI, da Constituição da República, art. 5º, da Lei da Ação Civil Pública, e inc. IV, art. 82, do Código de Defesa do Consumidor. Em regime semelhante, os sindicatos, com base no art. 8º, III, da Magna Carta²⁸.

2.3.1 A legitimação do Ministério Público

O Ministério Público é, com fulcro no art. 127 da Constituição da República, instituição permanente, considerada essencial à função jurisdicional, tendo por incumbência a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. O art. 129, por sua vez, enumera as suas atribuições institucionais, dentre as quais, no inc. III, a de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, bem como, com fulcro no inc. IX, exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. As suas funções institucionais encontram-se, assim, gizadas constitucionalmente.

Tendo em vista que o inc. III, do art. 129, da Constituição, menciona expressamente apenas a possibilidade de defesa de outros interesses difusos e coletivos, além do patrimônio público e social e do meio ambiente, colocou-se em discussão a possibilidade do Ministério Público atuar na proteção de interesses e direitos individuais homogêneos. Estava em jogo, afinal, a própria constitucionalidade e alcance do art. 82, do Código de Defesa dos Consumidores, na medida em que dispõe sobre a legitimação do Ministério Público para a defesa dos interesses coletivos, *stricto sensu*, sem afastar desse rol os direitos fincados no inc. III, do art. 81, da Lei 8.078/90.

²⁸ Vide item 2.3.2.

Diante do texto constitucional, parte da jurisprudência entendeu por bem afastar de modo peremptório a atuação do Ministério Público em relação aos interesses ou direitos individuais homogêneos²⁹.

Com o tempo, contudo, a doutrina e a jurisprudência evoluíram no sentido de reconhecer a existência de interesses e direitos individuais homogêneos que assumiam, pelas suas proporções, pela relevância do bem jurídico em litígio, pela condição das pessoas afetadas ou outro fator, uma dimensão social. A interpretação afastava, por um lado, a aceitação irrestrita de legitimação ao Ministério Público diante de qualquer interesse ou direito individual disponível, mas, por outro, admitia a inovação trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, dentro da abertura oferecida no inc. IX, do art. 129, da Constituição da República, compatibilizando-a nos termos do *caput* do art. 127, ou seja, como interesses sociais. Nessa direção, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito que:

Recurso especial. Ação civil pública. Legitimidade ativa do Ministério Público. Danos causados aos trabalhadores nas minas de Morro Velho. Interesse social relevante. Direitos individuais homogêneos. 1. O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante. 2. A situação dos trabalhadores submetidos a condições insalubres, acarretando danos à saúde, configura direito individual homogêneo revestido de interesse social relevante a justificar o ajuizamento da ação civil pública pelo Ministério Público. 3. Recurso especial conhecido e provido³⁰.

O Supremo Tribunal Federal, embora tenha se equivocado em alguns acórdãos quanto à classificação do interesse, chancelou, aparentemente, a distinção baseada na relevância social. Desse modo, vem admitindo a legitimação do Ministério Público para a proteção de direitos de relevância social, como a educação, permitindo-lhe assim o ajuizamento de ações coletivas voltadas para o controle do reajuste de mensalidades. É o que se pode extrair, v.g., da ementa do *leading case* julgado pela Corte Constitucional, em 1997:

²⁹ Nesse sentido, por exemplo, decidiu a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em julgamento proferido em 23.05.1995: "Ação Civil Pública. Ilegitimidade ativa do Ministério Público. Direitos individuais homogêneos. 1. A ação civil pública, pela sua própria natureza, não se presta a proteger direitos individuais disponíveis. 2. Direitos individuais afetados a determinações estamentos sociais não estão elencados como alcançados pelos efeitos da ação civil pública. 3. A homenagem que o Ministério Público sempre presta a Carta Magna não lhe autoriza a exceder as suas atribuições no tocante ao seu direito de provocar, como sujeito ativo ou substituto processual, a atividade jurisdicional. 4. É parte ilegítima o Ministério Público para a propositura de ação civil pública quando não se visa proteger interesses difusos ou coletivos. Com estes não devem ser confundidos os que, tipicamente, possuem características individuais de um grupo de determinado setor social. 4. apelação improvida. Sentença mantida". (Apelação Cível 05076860-5).

³⁰ REsp. 58.682 - j. em 08.10.1996 - RDA 207/283.

5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o art. 129, inc. III, da Constituição Federal.

5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade *ad causam*, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal³¹.

O Superior Tribunal de Justiça, consignando expressamente a tese do interesse social e a qualificação de interesses individuais homogêneos, aplicou o raciocínio também em relação aos reajustes das prestações dos planos de saúde, como se pode ver em julgado proferido no ano de 1999 e relatado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

Plano de saúde. Legitimidade do MP. O MP tem legitimidade para promover ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos quando existente interesse social compatível com a finalidade da instituição. Reajuste de prestações de Plano de Saúde (UNIMED). CDC 82 I. Precedentes³².

Por outro lado, não excluindo a possibilidade de tutela coletiva, mas, tão-somente, a legitimidade do Ministério Público, decidiu o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal pelo descabimento da persecução em causas de natureza tributária:

Ministério público. Ação civil pública. Taxa de iluminação pública do município de Rio Novo/MG. Exigibilidade impugnada por meio de ação pública, sob alegação de inconstitucionalidade. Acórdão que concluiu pelo seu não-cabimento, sob invocação dos arts. 102, I, "a", e 125, § 2º, da constituição. Ausência de legitimação do Ministério Público para ações da espécie, por não configurada, no caso, a hipótese de interesses difusos, como tais considerados os pertencentes concomitantemente a todos e a cada um dos membros das sociedade, como um bem não individualizável ou divisível, mas, ao revés, interesses de grupo ou classe de pessoas, sujeitos passivos de uma exigência tributária cuja impugnação, por isso, só pode ser promovida por eles próprios, de forma individual ou coletiva. Recurso não conhecido³³.

Não se pode, entretanto, deixar de reconhecer a correta preocupação em torno da concentração de poderes e atribuições nos órgãos do Estado, ainda

³¹ RE 163.231/SP - 2ª T. - Rel. Min. Maurício Corrêa - Boletim do STF n. 3.

³² REsp. 177.965/PR - 4ª T. - DJU 23.08.1999.

³³ Recurso Extraordinário 213.631-0 - Rel. Min. Ilmar Galvão - DJU 07.04.2000.

quando providos de independência funcional. As ações coletivas representam a ampliação da participação da sociedade no processo e devem, por isso, estabelecer padrões comportamentais condizentes com indivíduos esclarecidos e organizados. Para tanto, o quadro de legitimados deve continuar a ser ampliado, para que se configure uma realidade ainda mais pluralista e aberta à participação e ao acesso à justiça.

2.3.2 Associações e sindicatos

A legitimação das associações encontra dupla previsão: constitucional e legal. Na primeira, situada no inc. XXI, do art. 5º, dispôs-se que “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

O constituinte utilizou-se de duas expressões – *legitimidade e representar* – designativas de institutos jurídicos diversos, ensejando, assim, principalmente junto ao Supremo Tribunal Federal, certa dificuldade de interpretação.

Observe-se ainda que o termo *representação* não foi empregado no art. 5º, inc. LXX, da Constituição, quando reconheceu que “o mandado de segurança pode ser impetrado por (a) partido político, com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”; bem como no art. 8º, inc. III, quando previu que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”. A distinção foi observada e realçada pela Corte Constitucional:

Constitucional. Mandado de segurança coletivo. Substituição processual. Autorização expressa: desnecessidade. Objeto a ser protegido pela segurança coletiva. CF, art. 5º, LXX, “b”. Mandado de segurança contra lei em tese: não cabimento. Súmula 266/STF. I – A legitimação das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, para a segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual. CF, art. 5º, LXX. II – Não se exige, tratando-se de segurança coletiva, a autorização expressa aludida no inc. XXI do art. 5º, CF, que contempla hipótese de representação³⁴.

Comentando a legitimação das associações, asseverou José Carlos Barbosa Moreira:

O que é particularmente interessante é a possibilidade que se abre às entidades associativas de agir em Juízo, em nome próprio, embora na defesa de direitos e de interesses que não lhes pertençam a elas, às próprias entidades, e sim aos seus filiados.

³⁴ Mandado de Segurança 22.132/RJ – Tribunal Pleno – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU 18.11.1996.

Ao dizer isso, estou tomando posição sobre a natureza dessa figura jurídica: a mim parece que não se trata de uma hipótese de representação, ao contrário do que sugere o teor literal do dispositivo, logo adiante, quando usa o verbo ‘representar’. Penso que aqui houve um cochilo técnico; o legislador constituinte não é especialista em Direito Processual, de sorte que não é de espantar que, aqui e acolá, nos defrontemos com alguma imperfeição, com alguma impropriedade desse ponto de vista. Mas o meu pensamento é o de que se trata, na verdade, de legitimação extraordinária, que poderá dar lugar, isto sim, a um fenômeno de substituição processual, e não a um fenômeno de representação; porque, se se tratasse de um fenômeno de representação, quem estaria, na verdade, agindo em Juízo seriam os filiados individualmente considerados, embora por meio de representante, e o fenômeno nada teria de curioso, ou de merecedor de maior atenção³⁵.

Em julgado proferido no dia 15.09.1999, na Ação Originária 152/RS, a natureza do instituto previsto no art. 5º, inc. XXI, da Constituição, foi objeto de discussão no Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. O tema veio à tona na medida em que o Rel. Min. Carlos Velloso, fiel ao entendimento anteriormente esposado, nos termos da ementa supramencionada, pugnavam pela exigibilidade de autorização expressa dos filiados, ao argumento de se tratar de representação. Tendo em vista que havia, nos autos, procurações e autorizações concedidas apenas por parte da classe, defendeu o relator que o julgado atingisse tão-somente aos que deram permissão expressa, voto que acabou sendo vencido quanto a este aspecto. Os ministros do Excelso Tribunal seguiram, na ocasião, as reflexões do Min. Sepúlveda Pertence que, citando os argumentos de Barbosa Moreira, acima expendidos, asseverou:

Nem desconheço que, levada às últimas consequências a menção do dispositivo questionado à representação e entendida esta conforme a noção corrente do Direito Privado ordinário e pré-constitucional, seria difícil fugir à conclusão restritiva ora prestigiada pelo em. Ministro Presidente.

Estou, porém, data venia, em que a conclusão padece de um pecado mortal: o de reduzir a nada o alcance da norma constitucional inovadora, sem a qual – se se reclama para legitimar a associação a autorização individual de cada filiado – as coisas continuariam tal e qual.

De fato, antes da Constituição, a ninguém jamais ocorreu contestar, à luz da disciplina ordinária do mandato, que à pessoa jurídica pudessem ser outorgados poderes de representação de terceiros no processo, que contêm em si o de outorgar mandato ad judicium a profissional habilitado.

Ora, o que se pretende reclamar (e o que está contido nas centenas de autorizações reunidas no apenso) – são verdadeiras procurações, instrumentos de mandato, cuja validade e eficácia, por conseguinte, independeriam da regra constitucional permissiva, que seria, pois, de rotunda ociosidade: por isso, assinalou Barbosa Moreira, na conferência referida (RePro 61/190).

³⁵ Ações coletivas na Constituição Federal de 1988, p. 190.

Essa ociosidade, no entanto, não é de presumir em preceito de inspiração inovadora, até pelos antecedentes históricos da sua gestação, que parte da resistência jurisprudencial a todo ensaio de legitimação processual das formações sociais intermediárias, cuja necessidade já se sentia.

A cada dia mais me convenço de que o misonismo na hermenêutica constitucional – na qual, como notou Barbosa Moreira, RF 304/151.152) – ‘o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente’ – é um dos maiores obstáculos à efetividade da Constituição³⁶.

2.4 Litispendência e coisa julgada nas ações coletivas

O processamento e o julgamento de demandas coletivas impõem a revisão de vários institutos processuais, para adequá-los aos princípios, às finalidades e às características da proteção judicial metaindividual. Dentro desse contexto, a litispendência e a coisa julgada merecem posição de destaque.

Os dois institutos, sob o prisma tradicional, estão intimamente relacionados à condição de parte no processo. Isso porque a identificação da ação, nos termos do art. 301, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, é feita a partir da confrontação das partes, da causa de pedir e do pedido. E, ainda que não esteja em discussão o ajuizamento de novo feito, a ensejar a ausência de coisa julgada ou de litispendência, como pressupostos processuais negativos, os jurisdicionados precisam saber os limites subjetivos dos efeitos do julgamento. Só assim, poderão descobrir quem está ou não vinculado à decisão proferida.

O art. 472, do Código Processual Civil, estabelece que a “sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”. Naturalmente, a matéria há que encontrar disciplinamento diverso em sede de tutela coletiva, na medida em que se conferiu legitimidade para que determinadas pessoas ou órgãos possam efetuar em juízo a defesa de interesses alheios. Do mesmo modo, a indivisibilidade do objeto determinaria, no caso dos interesses essencialmente coletivos, de modo peremptório, o tratamento coletivo para o conflito, na medida em que exigiria solução uniforme. Não haveria, ainda, sentido em se falar de proteção coletiva, com o escopo de

ampliar o acesso à justiça e produzir efetiva economia processual, se as coisas permanecessem exatamente como antes, ou seja, com decisões que vinculassem apenas as partes formais do processo.

A questão da litispendência em relação às ações coletivas não havia recebido tratamento legal até o advento do Código de Defesa do Consumidor. O art. 104, da Lei 8.078/090 dispôs que:

As ações coletivas, previstas nos incs. I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes, a que aludem os incs. II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Nota-se, em primeiro lugar, que o dispositivo cuidou tão-somente da hipótese de ajuizamento concomitante de ações individuais, desprezando, assim, a possibilidade de serem instaurados vários processos coletivos, fato que vem se tornando cada vez mais freqüente e problemático.

Em relação ao art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, colocou-se logo em discussão as remissões feitas no seio do dispositivo. A primeira parte da norma faz menção às ações coletivas para a defesa dos interesses difusos e coletivos, previstas nos incs. I e II do parágrafo único do art. 81. Todavia, a segunda parte do art. 104 indicou os incs. II e III do art. 103, dirigidos aos interesses coletivos e individuais homogêneos.

A doutrina tem apontado principalmente para interpretar como aplicável a todas as categorias de ações coletivas as duas partes do art. 104³⁷. Entretanto, algumas considerações mais amplas devem ser feitas.

Em primeiro lugar, o instituto da litispendência só será útil ao processo coletivo se a análise comparativa levar em conta não apenas a parte formalmente presente no processo, mas, sim, quem sejam os titulares do direito material deduzido no processo. Portanto, ao lado do pedido e da causa de pedir, bastaria que se estivesse na causa coletiva, para ser considerada como idêntica, defendendo os interesses dos mesmos substituídos. Do contrário, dificilmente haveria litispendência, porque outro legitimado poderia simplesmente formular idêntico pedido e causa de pedir em novo processo.

Mas há outra questão de fundo a ser apreciada. Os interesses essencialmente coletivos, ou seja, os difusos e coletivos em sentido estrito, contam, como característica fundamental, com a indivisibilidade do seu objeto. A impossibilidade de fracionamento determina, assim, tratamento e solução uniforme para o

³⁶ A íntegra da ementa foi publicada no DJU, em 03.03.2000, com a seguinte redação: “Constitucional. Administrativo. Processual Civil. Supremo Tribunal Federal: competência originária: CF, art. 102, I, ação ordinária coletiva: legitimação: entidade de classe: autorização expressa: CF, art. 5º, XXI. Servidor público: remuneração: correção monetária. I – Ação ordinária em que magistrados do Rio Grande do Sul pleiteiam correção monetária sobre diferença de vencimentos paga com atraso. Interesse geral da magistratura gaúcha no desfecho da ação. Competência originária do Supremo Tribunal Federal: CF, art. 102, I, n. II – Ação ordinária coletiva promovida por entidade de classe: CF, art. 5º, XXI: inexistência de autorização expressa dos filiados. Voto vencido do Relator: aplicabilidade da regra inscrita no art. 5º, XXI, da CF: necessidade de autorização expressa dos filiados, não bastando cláusula autorizativa constante do Estatuto da entidade de classe. III – Diferença de vencimentos paga com atraso: cabimento da correção monetária, tendo em vista a natureza alimentar de salários e vencimentos. Precedentes do STF. IV – Ação conhecida e julgada procedente”.

³⁷ Nesse sentido, GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 193; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 829-830.

litígio. Por conseguinte, os interesses difusos e coletivos não comportam – material ou logicamente – a convivência de várias ações, diante de pretensões e fundamentos idênticos. Do contrário, a emissão de inúmeros pronunciamentos judiciais diversos ou contraditórios poderia estabelecer padrões de conduta incompatíveis: um juiz, por exemplo, autorizando a realização de determinada atividade provocadora de barulho, apenas no período da tarde; outro somente pelas manhãs; um terceiro proibindo-a terminantemente a qualquer hora; e, por fim, um que a facultasse em geral. Como proceder, diante de pronunciamentos liminares, proferidos em processos distintos, com autores também diversos, determinando ou permitindo condutas tão díspares?

Estando em jogo o mesmo pedido e causa de pedir, bem como havendo coincidência entre os titulares dos interesses difusos ou coletivos, não se deve admitir o ajuizamento de nova ação coletiva, em razão da presença de litispendência. Outras soluções, como a reunião de processos, sob o argumento da conexão ou da continência, além de tecnicamente incabíveis diante da identidade objetiva, muito provavelmente acabaria ocasionando tumulto processual e retardamento no julgamento da demanda coletiva.

O que parece, entretanto, inadmissível, em sede de interesses difusos e coletivos, é a possibilidade ventilada pelo art. 104, de cabimento e coexistência de ações coletivas e individuais, como se o objeto em questão fosse sujeito ao desmembramento. E tudo o que se disse sobre litispendência deve ser considerado também em geral para fins de efeitos do julgamento e da coisa julgada. A hipótese do art. 104 só é passível de aplicação em relação aos direitos ou interesses individuais homogêneos, estes, sim, plenamente divisíveis. Mas, ainda aqui, o dispositivo merece severa crítica.

A experiência do Direito Comparado relata a utilização, em geral, de dois sistemas de vinculação dos indivíduos ao processo coletivo: o de inclusão (*opt-in*), no qual os interessados deverão requerer o seu ingresso até determinado momento; e o de exclusão (*opt-out*), mediante o qual devem os membros ausentes solicitar o desacoplamento do litígio coletivo, dentro de prazo fixado pelo juiz. Como se vê, o art. 104 não adotou nenhum dos dois métodos. Pelo contrário, deixou de colocar a ação coletiva como referencial mais importante, diante da qual os indivíduos precisariam optar, seja pelo ingresso ou pela exclusão, para passar a dispor sobre a conduta dos autores individuais em relação às suas ações singulares.

Note-se, ainda, que o sistema de exclusão é significativamente mais eficiente, no sentido de garantir o tratamento coletivo para as questões comuns, produzindo, assim, efetiva economia processual, acesso à justiça e fortalecimento das ações coletivas. Mas, sem a fixação de prazos para o seu exercício, não há direito ou obrigação de exclusão, fazendo com que interesses menores, mas quantitativamente significativos, acabem minando o sentido das ações coletivas. A realidade dos últimos anos fala por si só: embora tenham sido ajuizadas

ações coletivas, nenhuma delas foi capaz de conter a verdadeira sangria de ações individuais que foram ajuizadas diante de questões como a dos expurgos inflacionários relacionados com cadernetas de poupança e do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); dos inúmeros conflitos envolvendo aposentados, como, v.g., a equivalência do benefício com o salário mínimo, o reajuste de 147%, buraco negro etc; lides que diziam respeito a tributos, como a CPMF, reajuste da tabela do imposto de renda, progressividade do IPTU, taxa de lixo ou de iluminação pública, aumento de alíquotas, incidência de contribuições sociais sobre determinadas categorias; incontáveis discussões pertinentes aos funcionários públicos, no âmbito da União, dos Estados e dos Municípios, em torno de pleitos como o direito ao reajustamento anual, de contagem de tempo dos celetistas incorporados ao regime único, transformação de cargos, extinção de direitos, citando apenas alguns poucos exemplos.

Em praticamente todos os casos mencionados, foram centenas e milhares de processos individuais instaurados, sem que as ações coletivas tenham de fato cumprido o seu papel. O correto equacionamento da questão da litispendência e da coisa julgada, com o estabelecimento de um efetivo sistema de exclusão, acompanhado do controle da representatividade adequada, parece ser medida essencial para que a tutela coletiva alcance os seus objetivos.

O art. 103 do Código de Defesa do Consumidor estabeleceu que, nas ações coletivas,

a sentença fará coisa julgada: I – erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inc. I do parágrafo único do art. 81; II – ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inc. II do parágrafo único do art. 81; III – erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inc. III do parágrafo único do art. 81.

A extensão dos efeitos decorre, nos dois primeiros incisos, da indivisibilidade do objeto, na medida em que não poderá ser fracionado em relação aos interessados, indeterminados no caso dos interesses difusos – por isso *erga omnes* – e limitados ao grupo, categoria ou classe. Note-se, em relação aos últimos, que o dispositivo, também em função da indivisibilidade, não limitou os efeitos aos associados ou filiados, mas a todo o grupo, categoria ou classe. Do contrário, os interesses seriam divisíveis e qualificáveis como individuais homogêneos, recebendo tratamento diverso, ainda que, para fins da propositura da ação, haja organização identificável com grupo, categoria ou classe.

A vinculação aos efeitos deriva, igualmente, da legitimação extraordinária, tendo em vista que os interesses alheios estão sendo defendidos por outra pessoa mediante autorização da lei. Consequência natural, portanto, que os titulares dos direitos invocados no processo sejam atingidos. Leia-se “interessados” ou “titulares dos direitos alheios defendidos” onde se encontra escrita a palavra “vítimas”, no inc. III do art. 103.

A extensão dos efeitos foi regulada, em parte, *secundum eventum litis*, ou seja, dependendo do resultado do julgamento. No caso do pedido ser julgado procedente, haverá sempre a ampliação subjetiva da eficácia. Mas, do contrário, quando a pretensão for negada, o tratamento será diverso, conforme esteja em jogo interesses essencialmente coletivos (interesses difusos ou coletivos em sentido estrito) ou individuais homogêneos. Em relação aos primeiros, o pedido julgado improcedente não será vinculativo, para todos os interessados e legitimados, apenas se o resultado desfavorável decorrer da falta ou insuficiência de provas.

Quanto aos interesses ou direitos individuais homogêneos, contudo, não há qualquer reserva. Assim, o julgamento contrário à parte que efetuou a defesa coletiva não produzirá efeitos *erga omnes*, o que merece ser criticado, pois viola o princípio da isonomia. Ao estabelecer, de modo limitado, como legitimados, apenas os órgãos públicos e as associações, a representatividade adequada foi presumida. Por conseguinte, torna-se desproporcional e despropositada a diferenciação dos efeitos *secundum eventum litis*, pois não leva em consideração, tal qual nos incs. I e II do art. 103, motivo significativo, como a falta ou insuficiência de provas, para afastar a extensão. O processo coletivo torna-se, assim, instrumento unilateral, na medida em que só encontrará utilidade em benefício de uma das partes.

A Lei 9.494, de 10.09.1997, convertendo em lei a Medida Provisória 1.570, designou, inicialmente, a seguinte redação para o art. 16, da Lei da Ação Civil Pública: “*A sentença civil fará coisa julgada ‘erga omnes’, nos termos da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova*”. Em seguida, o texto foi modificado, mediante a adoção de medidas provisórias sucessivas³⁸, para dispor que: “*A sentença prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator*”.

Pretendeu-se, assim, instituir novo texto para o art. 16, da Lei da Ação Civil Pública, com o intuito claro de fracionar o alcance das ações coletivas.

³⁸ A nova redação foi prevista inicialmente na Medida Provisória 1.781-1, de 11.02.1999, seguida depois pelas de 1.906-11, de 25.11.1999, 2.102-32, de 21.06.2001, e 2.180-33, de 28.06.2001.

Todavia, há que se consignar que a versão originária do artigo dispunha, em síntese, que a sentença faria coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido fosse julgado improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderia intentar “outra” ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a matéria pertinente aos efeitos do julgamento e da coisa julgada passou a ser regulada inteiramente pelo art. 103, na medida em que instituiu sistema consentâneo com a nova divisão tripartite dos interesses coletivos, nada mais podendo ser aproveitado do art. 16, da Lei 7.347/85, razão pela qual é de se considerar o mesmo revogado, com fulcro no art. 2º, § 1º, parte final, da Lei de Introdução ao Código Civil. Desse modo, houve manifesto equívoco do legislador ao pretender dar nova redação a dispositivo que não se encontrava mais em vigor. Este não foi, entretanto, o maior engano.

A inovação é manifestamente inconstitucional, afrontando o poder de jurisdição dos juízes, a razoabilidade e o devido processo legal. A jurisdição não se confunde com a competência. Todos os juízes são investidos na jurisdição, estando limitada tão-somente a sua competência para conhecer, processar e julgar os processos. Por outro lado, a jurisdição é um poder, decorrente diretamente da soberania, razão pela qual guarda aderência sobre o território nacional, ainda quando o órgão seja estadual. As regras de competência fixarão, sim, quem deva ser responsável pelo processo, não se prestando, portanto, para tolher a eficácia da decisão, principalmente sob o prisma territorial.

Da mesma forma, há que ser invocada, mais uma vez, a indivisibilidade do objeto, quando o interesse for difuso ou coletivo, não sendo possível o seu fracionamento para atingir parte dos interessados, quando estes estiverem espalhados também fora do respectivo foro judicial.

2.5 Liquidação e execução de sentenças coletivas

O Código do Consumidor previu, nos arts. 97 e 98, a possibilidade de liquidação, bem como de execução, coletivamente, pelas mesmas pessoas que estão legitimadas para a propositura dos processos coletivos de conhecimento.

3 PORTUGAL

3.1 Interesses difusos

A expressão “interesses difusos” encontra significação, em Portugal, semelhante à que é dada aos “interesses coletivos” no Brasil. Ou seja, possui uma aceção ampla e outra restrita.

Em sentido lato, estaria em contraposição com os direitos meramente individuais e, por outro lado, não se confundiria com os interesses estritamente

públicos, englobando, assim, as necessidades legalmente protegidas e sentidas numa esfera pluri-individual, afetando uma comunidade, um grupo, uma classe ou pessoas ligadas por circunstâncias comuns. Englobaria, desse modo, os interesses difusos, em termos estritos, os coletivos, provenientes de co-titularidade, e os individuais homogêneos³⁹.

Na definição mais adstrita, diz respeito apenas aos interesses metaindividuais, de natureza indivisível, reunidos por situação fática, sem que haja uma relação jurídica-base entre as pessoas afetadas, ou que a ligação jurídica não seja relevante, como, por exemplo, na persecução da melhoria do meio ambiente, diante da poluição sonora ou do ar⁴⁰.

3.2 O tratamento constitucional

A Constituição da República Portuguesa, aprovada em 02.04.1976, sob a influência da Revolução dos Cravos, de 25.04.1974, e inspirada na ideia de participação democrática, procurou sinalizar esta abertura, também, na direção do acesso à justiça. Previa-se, assim, no art. 20, “o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos” e, no art. 52 – sob a rubrica “Direito de petição e acção popular –, n. 2, “o direito de acção popular, nos casos e nos termos previstos na lei”. É de se notar que, em relação ao direito de petição, disposto no n. 1 do mesmo dispositivo legal, já se previa que todos “os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou colectivamente, aos órgãos de soberania ou a quaisquer autoridades petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral”.

Os dois artigos supramencionados passam a ter nova redação, por força da Lei Complementar 1/89. O art. 20 engloba, a partir de então, além dos direitos, os interesses legítimos, como passíveis de serem defendidos diante dos tribunais. Quanto ao art. 52, a Constituição especifica, agora no n. 3, os contornos da ação popular, conferindo

a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, nomeadamente o direito de promover a prevenção, a cessação ou a persecução judicial das infracções contra a saúde pública, a degradação do ambiente e da qualidade de vida ou a degradação do património cultural, bem como de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização.

³⁹ A concepção e classificação supramencionadas foi, ao que parece, agasalhada pelo legislador, tendo em vista a rubrica do novo art. 26-A, do Código de Processo Civil, intitulada “Acções para a tutela de interesses difusos”.

⁴⁰ Sobre a classificação adotada em Portugal, vide SOUZA, Miguel Teixeira de. *A tutela jurisdiccional do consumo e do ambiente em Portugal*, especialmente p. 383-388.

Por fim, em 1997, os arts. 20 e 52, n. 3, sofrem novas modificações. No primeiro, foi substituída a antiga referência aos “interesses legítimos” por “interesses legalmente protegidos”, procurando, dessa forma, expressar a transformação ocorrida em torno da problemática da legitimação, antes indissolavelmente vinculada à titulação do direito material e, portanto, aos direitos subjetivos. A alteração surgida, por força da Lei Constitucional 1/97, contribui, portanto, para a aceitação e consolidação da legitimação extraordinária e da existência de necessidades supra-individuais, que não devem ser vistas como desprovidas de titular ou pertencentes, tão-somente, ao Estado.

A essência da mudança, no que toca ao art. 52, n. 3, consistiu em incluir, ao lado dos que já estavam citados, os “direitos dos consumidores” e a “defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais”, expressamente, dentro da esfera de proteção a ser assegurada pela ação popular, bem como alterar a estrutura do dispositivo constitucional, cuja redação atual é:

Art. 52. (Direito de petição e direito de acção popular)

1. Todos os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou colectivamente, aos órgãos de soberania ou a quaisquer autoridades petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral e bem assim o direito de serem informados, em prazo razoável, sobre o resultado da respectiva apreciação.

2. A lei fixa as condições em que as petições apresentadas colectivamente à Assembleia da República são apreciadas pelo Plenário.

3. É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para:

a) Promover a prevenção, a cessação ou a persecução judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural;

b) Assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.

3.3 A produção legislativa infraconstitucional

Quase 20 anos após ter sido consagrada constitucionalmente, no art. 52, n. 3, a ação popular veio a ser regulamentada, com a edição da Lei 83/95, de 31 de agosto. A edição da Lei 83/95 foi festejada pela doutrina, que já bradava, em parte, pela inconstitucionalidade por omissão e, também, pela auto-aplicabilidade do preceito constitucional.

Embora ainda não desfrute do devido reconhecimento a nível internacional, a ação popular portuguesa passou a ser, certamente, em razão do lastro

constitucional e das inovações contidas na lei de 1995, exemplo de padrão normativo, em termos de ação coletiva.

No ano seguinte, os consumidores passaram a ter um código moderno de defesa dos seus interesses, consubstanciado na Lei 24/96. Em termos processuais, há que se ressaltar, no entanto, a manutenção da aplicabilidade da ação popular para a proteção dos interesses coletivos em geral, inclusive dos consumidores, em sentido lato, ou seja, abrangendo os difusos, coletivos e individuais homogêneos, segundo a classificação brasileira. A questão suscitou, entretanto, certa controvérsia nos tribunais portugueses⁴¹, tendo sido, por fim, pacificada, conforme esposado pelo Supremo Tribunal de Justiça, em julgado com a seguinte conclusão⁴²:

I – O art. 1º da Lei 83/95, de 31 de agosto, abarca não só os ‘interesses difusos’, mas também os ‘interesses individuais homogêneos’.

II – Os ‘interesses difusos’ são os radicados na própria colectividade, deles sendo titular uma pluralidade indefinida de sujeitos, reportando-se a bens por natureza indivisíveis e insusceptíveis de apropriação individual.

III – Os ‘interesses individuais homogêneos’ representam todos aqueles casos em que os membros da classe são titulares de direitos diversos, mas dependentes de uma única questão de facto ou de direito, pedindo-se para todos eles um provimento jurisdicional de conteúdo idêntico.

IV – O direito de reparação de danos do consumidor por incumprimento de contrato inclui-se na categoria dos ‘interesses individuais homogêneos’.

*V – A Associação de Consumidores de Portugal (ACOP) tem legitimidade para propor acção popular tendo por objecto o pedido de indemnização dos assinantes de contratos do serviço telefónico público por violação do mesmo por parte da Portugal Telecom, S. A.*⁴³

A ação popular, todavia, não é o único meio de defesa dos interesses pluri-individuais em Portugal, embora possa ser considerada como a lei que regula, de modo geral, as principais questões relacionadas ao processo e à ação coletiva, bem como o procedimento aplicável.

⁴¹ Como esclarece SOUZA, Miguel Teixeira de. *A tutela jurisdicional do consumo e do ambiente em Portugal*, p. 385, utilizando-se da classificação portuguesa, supramencionada, o “acórdão da Relação de Lisboa de 12.06.1997 (publicado na *Colectânea de Jurisprudência* 1997/3, 107 ss.) recusou a integração dos interesses colectivos nos interesses difusos e, por isso, não reconheceu legitimidade a uma associação de consumidores para a defesa de interesses que foram considerados colectivos mas não difusos; pelo contrário, o acórdão do Supremo de Tribunal de Justiça, de 23.09.1997 (ainda inédito) aceitou a referida tripartição no âmbito dos interesses difusos lato sensu e reconheceu a legitimidade de uma associação de consumidores para obter a tutela judicial de interesses difusos, colectivos e individuais homogêneos”.

⁴² Trata-se do julgamento referido, na nota anterior, pelo jurista português.

⁴³ *Apud* ARAUJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas*: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos, p. 42-43. O acórdão e as alegações foram selecionados e levados à publicação, no Brasil, graças à iniciativa de GRINOVER, Ada Pellegrini. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 27, p. 88-102.

A tutela coletiva, por certo, não deve ocupar papel de menor importância na sociedade contemporânea, tendo em vista as relações e necessidades de massa que se multiplicam no contexto moderno. Conseqüentemente, não deve receber tratamento de matéria extravagante, bem como ficar relegada à aplicação tópica e esporádica, dentro de moldes concebidos unicamente para os litígios individuais. Passo importante e necessário, portanto, é a introdução e sistematização do processo coletivo, como parte integrante e fundamental do Direito Processual, nos estatutos vigentes. Nesse sentido, é de se notar a preocupação dos juristas lusos, que fizeram questão de introduzir no Código de Processo Civil português, em harmonia com o novo estatuto da ação popular, disposição relativa às ações coletivas, nos seguintes termos:

Art. 26-A. (Ações para a tutela de interesses difusos)

*Têm legitimidade para propor e intervir nas acções e procedimentos cautelares destinados, designadamente, à defesa da saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida, do património cultural e do domínio público, bem como à protecção do consumo de bens e serviços, qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis e políticos, as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público, nos termos previstos na lei*⁴⁴.

Em termos mais específicos, deve ser registrado, também, que a tutela inibitória encontra-se prevista, no art. 10, n. 1, primeira parte, para a defesa dos interesses dos consumidores, e, no art. 25, do Dec.-lei 446/85, especificamente quanto às chamadas cláusulas contratuais gerais, “*destinada a obter a condenação na abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas nulas*”⁴⁵.

3.4 A ação popular (coletiva) portuguesa

Nos termos do art. 52, n. 3, da Constituição portuguesa, combinado com o art. 1º, n. 2, da Lei 83/95, a ação popular pode ser utilizada para a persecução dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Não se preza, portanto, para a consecução de direitos estritamente individuais. Dentre outros bens jurídicos⁴⁶, poderá ser empregada para a defesa da saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida, dos consumidores de bens e serviços, do patrimônio cultural e do domínio público.

Não se confunde, portanto, com a ação popular brasileira, pois a portuguesa possui espectro bem mais amplo, podendo, nos termos do art. 12, n. 2, da

⁴⁴ O dispositivo foi inserido e teve a sua redação atual conferida, respectivamente, pelos Dec.-leis 329-A, de 12.12.1995, e 180, de 25.09.1996.

⁴⁵ SOUZA, Miguel Teixeira de. *A tutela jurisdicional do consumo e do ambiente em Portugal*, p. 390.

⁴⁶ As enumerações, contidas na Constituição e na lei, segundo SOUZA, Miguel Teixeira de. *A tutela jurisdicional do consumo e do ambiente em Portugal*, p. 392, são meramente enunciativas.

Lei 83/95, “*revestir qualquer das formas previstas no Código de Processo Civil*”. Caber-se-ia, talvez, dizer que a ação pública portuguesa equivaleria, no Brasil, a um modelo, que unificasse, em termos processuais e procedimentais, as ações popular, prevista na Lei 4.717/65, Civil Pública, estatuída na Lei 7.347/85, do Consumidor (Lei 8.078/90), e com as ações coletivas, firmadas nos arts. 5º, incs. XXI, LXX e LXXIII, e 8º, III, da Constituição da República.

Poderá, assim, em conformidade com o art. 52, n. 3, da Constituição, e com o art. 2, da Lei 83/95, ser proposta por “*quaisquer cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos*” e pelas “*associações e fundações defensoras dos interesses no artigo anterior, independentemente de terem ou não interesse directo na demanda*”, bem como pelas “*autarquias locais em relação aos interesses de que sejam titulares residentes na área da respectiva circunscrição*”.

O padrão português de legitimidade para a ação popular reuniu experiências decorrentes de modelos diversos, como o das *class actions* americanas e o das associações europeias.

O direito luso ofereceu tratamento da maior relevância quanto à chamada legitimidade concorrente e o exercício concomitante do direito de ação pelos legitimados. Dentro do esquema tradicional, a ocorrência da litispendência presuppõe identidade de causas, necessitando, assim, a coincidência de todos os elementos, ou seja, as mesmas partes, pedidos e causas de pedir. A aplicação clássica e literal conduz, naturalmente, à inexistência de litispendência, embora, de fato, a atividade jurisdicional esteja envolvendo a mesma lide e os mesmos interessados. Por essa razão, as várias entidades legitimadas devem ser consideradas as mesmas sob o ponto de vista da sua qualidade jurídica, com base no art. 498, n. 2, do Código de Processo Civil português. Evita-se, desse modo, a pendência simultânea de várias ações coletivas relacionadas com a mesma lesão ou ameaça de lesão⁴⁷.

É de se notar e reverenciar, especialmente, a legitimização conferida aos indivíduos para, em nome próprio e de modo amplo, defender interesses alheios.

Quanto às associações, o sistema adotado em Portugal logrou romper com as amarras do individualismo e até do corporativismo, para abraçar a solução dos conflitos, a economia judicial e o amplo acesso à justiça, como valores superiores, na medida em que os entes associativos poderão defender em juízo não apenas os seus integrantes, mas todas as pessoas interessadas na causa. Como leciona Miguel Teixeira de Souza⁴⁸, importa

evidenciar a representação que é assumida por essas organizações: elas não representam os seus membros ou fundadores, mas todos aqueles que estão interessados na

⁴⁷ Nesse sentido, SOUZA, Miguel Teixeira de. A tutela jurisdicional do consumo e do ambiente em Portugal, p. 400-401.

⁴⁸ A tutela jurisdicional do consumo e do ambiente em Portugal, p. 395-396.

defesa e protecção de um interesse difuso e que podem ser afectados pela ameaça da sua ofensa ou pela sua violação efectiva. Quer dizer: o próprio interesse difuso é subjectivamente mais amplo do que a representação que essas organizações possuem em relação aos seus membros ou fundadores.

As associações deverão, no entanto, gozar de personalidade jurídica, ou seja, estar constituída, consignar “*expressamente nas suas atribuições ou nos seus objectivos estatutários a defesa dos interesses em causa no tipo de acção de que se trate*” e não “*exercerem qualquer tipo de actividade profissional concorrente com empresas ou profissionais liberais*”⁴⁹.

A grandeza demonstrada na concessão de legitimidade aos indivíduos, associações e entes públicos, não se revela, todavia, em relação ao papel deferido ao Ministério Público. O problema não diz respeito à atuação do *parquet* português. Na Europa, em geral, a vinculação dos magistrados de pé ao Estado e às funções eminentemente penais ainda é predominante. Na ação popular lusa, nos termos do art. 16, da Lei 83/95, reservou-se ao Ministério Público, em primeiro lugar, o duplo papel de fiscalização e de representação do Estado, dos ausentes, dos menores e dos demais incapazes, quando estiverem figurando como parte na causa. A atuação como parte está prevista, tão-somente, no n. 3, do art. 16, da Lei 83/95, na medida em que, no “*âmbito da fiscalização da legalidade, o Ministério Público poderá, querendo, substituir-se ao autor em caso de desistência da lide, bem como de transacção ou de comportamentos lesivos dos interesses em causa*”.

No art. 13, a Lei 83/95 estabeleceu, sob a denominação de regime especial de indeferimento da petição inicial, a possibilidade do julgador extinguir, *in limine*, o processo, após ouvir o Ministério Público e realizar eventuais averiguações, que sejam consideradas necessárias, quando considerar “*que é manifestamente improvável a procedência do pedido*”. Trata-se, aparentemente, de transposição da *mootness doctrine* do direito norte-americano⁵⁰.

O direito português adotou, ainda, no que diz respeito à vinculação dos interessados, o sistema de *opt-out*⁵¹. Por conseguinte, estarão todos os demais titulares dos direitos individuais homogêneos ou interessados submetidos aos efeitos da coisa julgada coletiva, caso não tenham exercido, tempestivamente⁵², o direito de auto-exclusão, previsto no art. 15, da Lei 83/95.

⁴⁹ Lei 83/95, art. 3º.

⁵⁰ KLONOFF, Robert H. *Class actions and other multi-party litigation*, p. 18: “As a general matter, courts do not allow someone to serve as a class representative if his or her claim is moot”.

⁵¹ Denominou, o legislador português, a hipótese de defesa dos interesses alheios de “regime especial de representação processual”, conforme consta na rubrica do art. 14, cujo preceito é: “Nos processos de acção popular, o autor representa por iniciativa própria, com dispensa de mandato ou autorização expressa, todos os demais titulares dos direitos ou interesses em causa que não tenham exercido o direito de auto-exclusão previsto no artigo seguinte, com as consequências constantes da presente lei”.

⁵² A recusa ou exclusão poderá ser requerida, nos termos do art. 16, n. 4, da Lei 83/95, “pelo representado até ao termo da produção de prova ou fase equivalente, por declaração expressa nos autos”.

Para que a coisa julgada pudesse atingir os demais interessados, que não figurassem como parte no processo, bem como propiciar o exercício do direito de exclusão, sem que houvesse lesão aos princípios do devido processo legal e do direito de ação e de defesa, foi estabelecida pelo legislador luso, no art. 15, n. 1, da Lei da Ação Popular, a necessidade de comunicação prévia aos interessados, denominando-a, entretanto, com atecnia, de citação⁵³.

Trata-se, no caso, de aplicação, à espécie, da exigência – “*the best notice practicable*” – contida na Regra 23 (c) (2), das *Federal Rules of Civil Procedure* americanas.

Admite, contudo, expressamente, a lei portuguesa que a citação (*rectius* intimação ou simplesmente comunicação) seja

*feita por anúncio ou anúncios tornados públicos através de qualquer meio de comunicação social ou editalmente, consoante estejam em causa interesses gerais ou geograficamente localizados, sem obrigatoriedade de identificação pessoal dos destinatários, que poderão ser referenciados enquanto titulares dos mencionados interesses, e por referência à acção de que se trate, à identificação de pelo menos o primeiro autor, quando seja um entre vários, do réu ou réus e por menção bastante do pedido e da causa de pedir*⁵⁴.

E, ainda, quando

*não for possível individualizar os respectivos titulares, a citação prevista no número anterior far-se-á por referência ao respectivo universo, determinado a partir de circunstância ou qualidade que lhes seja comum, da área geográfica em que residam ou do grupo ou comunidade que constituam, em qualquer caso sem vinculação à identificação constante da petição inicial, seguindo-se no mais o disposto no número anterior*⁵⁵.

As sentenças transitadas em julgado, proferidas em ações coletivas, têm eficácia *erga omnes*, nos termos do art. 19, n. 1, salvo quando o pedido for julgado improcedente por falta de provas ou em relação àqueles interessados que tiverem exercido, tempestivamente, o direito de exclusão. O dispositivo permi-

⁵³ Art. 15. Direito de exclusão por parte de titulares dos interesses em causa

“1 – Recebida petição de ação popular, serão citados os titulares dos interesses em causa na ação de que se trate, e não intervenientes nela, para o efeito de, no prazo fixado pelo juiz, passarem a intervir no processo a título principal, querendo, aceitando-o na fase em que se encontrar, e para declararem nos autos se aceitam ou não ser representados pelo autor ou se, pelo contrário, se excluem dessa representação, nomeadamente para o efeito de lhes não serem aplicáveis as decisões proferidas, sob pena de a sua passividade valer como aceitação, sem prejuízo do disposto no n. 4”.

⁵⁴ Lei 83/95, art. 16, n. 2.

⁵⁵ Lei 83/95, art. 16, n. 3.

tiu, ainda, que o julgador deixe de atribuir a eficácia geral, “*fundado em motivações próprias do caso concreto*”, refletindo, também aqui, o aumento dos poderes do juiz, em sede de ação coletiva.

A Lei da Ação Pública estabeleceu a responsabilidade por violação dolosa ou culposa dos interesses tutelados, responsabilizando o agente causador pela obrigação de indenizar o lesado ou lesados pelos danos causados. Mas, não sendo as vítimas identificadas, proceder-se-á à fixação da indenização globalmente⁵⁶. Os valores correspondentes a direitos prescritos são entregues e escriturados pelo Ministério da Justiça, que os utilizará para o pagamento da procuradoria e ao apoio, no acesso à justiça, para novas demandas coletivas⁵⁷.

4 REFERÊNCIAS

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas*: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIUSSANI, Andrea. *Studi sulle “class actions”*. Milão: CEDAM, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 16, p. 13-42, 1978.

_____. Recurso e acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal – Ação popular e interesses individuais homogêneos. *Direito do consumidor*, n. 27, p. 88-102.

_____. *et alii*. *Código de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

KLONOFF, Robert H. *Class actions and other multi-party litigation in a nutshell*. St. Paul: West, 1999.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Competência Cível da Justiça Federal*. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Kollektiver Rechtsschutz im Prozessrecht und kollektive Klagen in Deutschland und Brasilien*. Dissertação de mestrado. Frankfurt am Main: Johann Wolfgang Universität, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ação Civil Pública. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 3, p. 187-203, 1993.

_____. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. In: *Temas de Direito Processual*: primeira série. São Paulo: Saraiva, p. 110-123, 1988.

_____. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 61, p. 187-200, jan./mar. 1991.

⁵⁶ Art. 22, n. 1 e 2.

⁵⁷ Art. 22, n. 5.

_____. **O novo processo civil brasileiro**. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. A proteção jurídica dos interesses coletivos. In: **Temas de Direito Processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

SOUZA, Miguel Teixeira. A tutela jurisdicional do consumo e do ambiente em Portugal. In: **Temas atuais do Direito Processual Ibero-americano**: compêndio de relatórios e conferências apresentados nas XVI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Relatório geral luso-americano. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**. Buenos Aires: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, n. 2, 2002.

WATANABE, Kazuo *et alii*. **Código de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário**: crise, acertos e desacertos. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DISCIPLINAS BÁSICAS

A IDÉIA DE PESSOA HUMANA E OS LIMITES DO BIODIREITO

Vicente de Paulo Barretto¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Quando o Direito não tem resposta; 3. Duas respostas clássicas para o mesmo problema; 4. O impasse do pragmatismo na bioética; 5. Os limites da bioética contemporânea; 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Uma questão ronda a cultura filosófica e jurídica contemporânea: o que é a pessoa humana? Até então considerada como um dos conceitos mais pacíficos do direito, a idéia de pessoa, principalmente em virtude dos avanços da biologia e de suas aplicações tecnológicas, sofreu nos últimos cinquenta anos um profundo questionamento, que se traduz na perplexidade encontrada entre filósofos, juristas e cientistas sociais face aos questionamentos sobre a concepção de pessoa, constatando-se mesmo ameaças que colocam a “*pessoa em perigo*” (EDELMAN, 1999). Em torno dessa idéia, tem-se debatido de maneira inconclusa o que se encontra realmente em perigo. Conceitos que serviram de fundamentos para o sistema normativo da sociedade liberal-burguesa aguardam uma releitura do seu significado e de sua função na estrutura jurídica, face aos avanços do conhecimento científico e do mundo novo construído pela engenharia genética. A pessoa definida como ser autônomo e, portanto, moralmente responsável, subsiste diante das novas conquistas da ciência e as realizações da tecnologia? Em quê medida os valores fundamentais e determinantes do ser humano na cultura filosófica e jurídica ocidental podem servir para conceituar o novo sujeito, que aguarda a consagração de seus direitos e deveres no sistema normativo da sociedade tecno-científica?

As tentativas, inclusive consagradas no direito positivo, de salvar-se no contexto de crise da cultura e do direito contemporâneo, os valores fundantes da cultura do Ocidente, fizeram com que juristas e legisladores se socorressem da formulação de princípios, como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa

¹ Professor na Faculdade de Direito da UERJ; Professor no programa de Pós-Graduação em Direito da Unesa; Professor no programa Visitante do programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos.

humana, considerado referencial obrigatório para a formulação e a exegese dos sistemas jurídicos da sociedade democrática. A dignidade humana, entretanto, como idéia-valor, necessita para a sua compreensão e aplicação racional nos sistemas jurídicos, que se recuperem os seus fundamentos ético-filosóficos para que possa exercer a função que dela se espera no estado democrático de direito. Não é, assim, uma idéia originariamente jurídica, fruto da doutrina ou da legislação, mas resultante de uma compreensão específica da natureza da pessoa humana e da sociedade. Falar da dignidade humana sem que se situe esta idéia no quadro de uma ética e antropologia filosófica determinada, resulta lançar o valor que ela representa no vazio dos discursos políticos e jurídicos. Isto porque a idéia de dignidade humana é um conceito ético, que, de acordo com alguns autores (VAZ, 1988), expressa-se politicamente no conceito político moderno da "Democracia". Este avanço da ética filosófica moderna não encontra correspondente na filosofia clássica, quando se estabeleceram os fundamentos filosóficos da idéia de pessoa humana, pois nenhuma escola do pensamento clássico considerou como havendo uma relação do tipo ontológico – aquela que ocorre entre o ser e o fenômeno, entre a essência e a sua manifestação – entre a idéia de dignidade humana e a forma democrática de governo. As filosofias políticas de Platão e Aristóteles não trabalharam a relação do indivíduo com o poder, mas trataram, exclusivamente, de como as virtudes dos cidadãos iriam definir e caracterizar a ordem da comunidade. O corpo teórico dos filósofos da Antiguidade grega não se constituiu, assim, numa ciência política, no sentido moderno da expressão, mas sim numa Ética política (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, liv. X, cap. 10). Como escreve Lima Vaz (1988:14), não há no pensamento político clássico nenhuma tentativa de se justificar a democracia a partir da essência do homem ou da idéia de "humanidade".

Na contemporaneidade, no entanto, defrontamo-nos com uma problemática diferente daquela da sociedade helênica clássica, e que se expressa em duas questões subjacentes à idéia de dignidade da pessoa humana: em primeiro lugar, – e este é o tema deste artigo – encontramos uma interrogação crescente, que não foi formulada pelos fundadores da cultura filosófica do Ocidente e que se refere à determinação dos critérios que possam distinguir entre todos os seres vivos ou não do universo, quais podem ser classificados como pertencentes à categoria "pessoa humana"; a segunda questão, remete-nos ao cerne do direito das sociedades democráticas contemporâneas, onde se irá atribuir a essa "pessoa humana" uma série de valores que são determinantes e caracterizadores dos direitos humanos, núcleo moral, político e jurídico do estado democrático de direito. Torna-se necessário, portanto, analisar os possíveis argumentos lógico-rationais que sirvam para conceituar a idéia de pessoa humana. Assim, poderemos substantivar o princípio da dignidade da pessoa humana, que corre o risco de transformar-se numa mera afirmação dogmática e adjetiva no sistema jurí-

dico, desprovido de qualquer significado racional, caso não reflita uma idéia de pessoa².

2 QUANDO O DIREITO NÃO TEM RESPOSTA

O desafio colocado pela ciência biológica contemporânea para a filosofia e para o direito encontra-se nos próprios avanços do conhecimento e da tecnologia relativos ao início e ao fim da vida humana e pode ser exemplificado com o debate sobre a natureza do embrião humano. Ocorre um aparente conflito entre o princípio do respeito ao ser humano, como proclamado desde o século XVIII, e a instrumentalização desse ser em seus estágios embrionários ou fetais, em virtude de não ser considerado uma pessoa – a menos que rejeitemos esse conflito proclamando simplesmente que o embrião humano não é, em hipótese alguma, pessoa humana ou pessoa potencial. E, se assim consideramos, o debate moral que tomou conta da sociedade contemporânea a respeito da sorte dos bancos de embriões, por exemplo, não terá o menor significado.

Na legislação e na doutrina brasileira, a questão da natureza do embrião recebeu uma solução dentro do sistema legal. O direito civil brasileiro, desde o projeto Teixeira de Freitas, passando pelo Projeto Clóvis Bevilacqua, pelo Código Civil de 1917 e o Novo Código Civil, estabelece que a personalidade civil do ser humano começa do nascimento com vida, salvaguardando a lei, desde a concepção, os direitos do nascituro (Código Civil de 1916, art. 4º e novo Código Civil, art. 2º); o mesmo é aceito por diferentes legislações estrangeiras como o Código Civil argentino (art. 70), o mexicano (art. 22), o venezuelano (art. 17) e o peruano (art. 1º). Essa doutrina foi, também, consagrada no Código Civil suíço (art. 31. 2) onde se lê: "*o nascimento com vida torna, na mesma ocasião, o ente humano sujeito de direito e, em consequência, transforma em direitos subjetivos as expectativas de direitos que lhe tenham sido atribuídos na fase da concepção*". Como observa, com propriedade, Francisco Amaral (2002:216–217), quando se fala em condição ou expectativa de direito estamos reconhecendo *ipso facto* o nascituro como titular de direito em formação e, desde o momento em que se reconhece a titularidade, estamos pressupondo a titularidade, qualidade específica da pessoa humana. Amaral, no mesmo texto, sustenta que para além do que se encontra explícito na lei, pode-se também concluir que o nascituro tem personalidade jurídica, pois o feto é considerado, em diversos artigos da lei brasileira, como possível sujeito de direitos. Ora, continua o civilista brasileiro, só pode ser titular de direitos quem tiver personalidade, donde considerar-se que, formalmente, o nascituro tem personalidade jurídica. E, conclui, e neste

² Esse desafio epistemológico tem levado alguns autores brasileiros a procurarem libertar-se do dogmatismo jurídico, considerando a dignidade como valor ético-político: Luiz Roberto Barroso, 2001 e Ingo Wolfgang Sarlet, 2001

passo o jurista brasileiro concorda com a concepção de pessoa potencial, ao afirmar que o nascimento não é condição para que a personalidade exista, mas para que se possa consolidar (2002:217). Essa solução esconde uma tensão entre o conceito de indivíduo e o de pessoa (COTTA, 1989), que irá se explicitar no âmbito do debate contemporâneo da bioética.

A aparente solução sobre a natureza da pessoa humana não resolve problemas éticos e jurídicos que aparecem, quando lidamos com as novas descobertas da biologia e suas aplicações tecnológicas. O emprego na linguagem comum das expressões “ser humano” e “pessoa humana”, como sinônimos, levou a que se entendesse a pessoa como sendo a característica do humano. Os problemas com que se defrontam atualmente a bioética e o biodireito, em consequência dos avanços do conhecimento científico, mostram a inconsistência do uso, como sinônimos, das duas expressões. Nas palavras de Laura Palazzani (1996:31), a cisão entre a idéia de pessoa humana e a de ser humano é uma questão que se colocou de forma dicotômica para a reflexão religiosa, filosófica e jurídica, desde as origens da cultura ocidental. A história revela exemplos dessa cisão teórica e factual entre os dois termos em diferentes momentos e circunstâncias: na escravidão, a idéia de escravos e homens livres; no colonialismo, a separação entre indígenas ou selvagens e colonizadores; no anti-semitismo, entre judeus e não-judeus; nas relações de gênero, entre homem e mulher. Não se nega a participação desses grupos na espécie humana, mas debate-se e nega-se o reconhecimento do estatuto de pessoa humana para cada categoria desses seres humanos excluídos. Encontramos, nos casos históricos, argumentos teóricos, legislações e práticas sociais sustentando a superioridade de um ser humano sobre outro. A moderna ciência biológica e os fundamentos do estado democrático de direito, entretanto, questionam essa cisão, tornando-se necessário que se substantive a idéia de pessoa humana, para estabelecer, como escreve Palazzani (1996: 32), os “limites” entre o lícito e o ilícito no contexto das possibilidades tecno-científicas de intervenção sobre a vida humana.

No direito, os conceitos têm também a sua história, como é o caso do conceito de pessoa, que vem sendo empregado de forma recorrente, desde o século XVIII, e que serve na atualidade como núcleo central dos direitos humanos e do princípio da dignidade humana. Existe uma concordância entre a doutrina e os textos legais a respeito das origens dos “direitos do homem”, que, juridicamente, começariam com o seu nascimento: “*os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos*” (**Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, 1789, art. 1º); “*todos os seres humanos nascem e permanecem livres e iguais em dignidade e em direitos. Eles são dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade*” (**Declaração Universal dos Direitos do Homem**, ONU, 1948, art. 1º). Os dois textos expressam a mesma idéia de que é o nascimento que propicia ao ser humano a fruição de direitos. A dignidade e os direitos servirão como fundamentos

do exercício da liberdade e da igualdade; mas nem todos os seres existentes poderão enquadrar-se nessa categoria, pois, como afirmam as duas declarações, o ser humano será caracterizado pela racionalidade e a consciência, e nem todos são igualmente racionais e conscientes. Essas são, portanto, as duas características ontológicas da pessoa humana: é um ser racional e consciente, que, por essa razão, pode ser sujeito de direitos e de deveres, permitindo que, em torno dessa pessoa, se construa um sistema de normas legais, tendo no seu epicentro a questão da responsabilização desse ser, em virtude da manifestação da vontade livre. A pergunta, entretanto, que se impõe, tendo em vista a problemática central do sistema jurídico – a determinação da responsabilidade de um ser racional e livre –, refere-se à definição sobre o que é a pessoa humana, titular de direitos e, portanto, imputável em virtude de sua ação em relação a terceiros. Essa pessoa pode ser considerada como todo o ser originado quando da fecundação do óvulo?

Desde a Antiguidade, a indagação sobre o início da pessoa humana preocupou filósofos, juristas e cientistas. Para Aristóteles, a pessoa humana tornava-se viável, vale dizer, apta a ser considerada integrante da humanidade, na 28ª semana depois da fecundação (**História dos Animais**, VII, 518 a 3-b 14). Essas indagações sobre o começo da pessoa humana e o seu valor tiveram, desde o reconhecimento do nascituro como pessoa, em Roma, uma importância que veio a perder no direito moderno (Andorno: 1997:72). Entre os romanos³, a criança concebida – o *conceptus* – era considerada como pessoa, fazendo com que a concepção, e não o nascimento, fosse o fator determinante no reconhecimento de um ser como pessoa humana. Havia no direito romano a ressalva, expressa na norma *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis eius agitur*⁴, encontrada sob diversas formas no *Digesto* de Justiniano (1, 5, 7 e 26; 38, 16, 7; 50, 16, 231), que vincula o reconhecimento da pessoa, somente quando houvesse interesse do feto. Andorno (1997:73) escreve que o direito francês antigo e o Código de Napoleão adotaram esse princípio romano, implicitamente, fazendo com que a personalidade do feto não fosse um ficção legal, mas ao contrário uma realidade aceita pela lei, que considerava a criança como existente desde a sua concepção.

A biologia contemporânea, por sua vez, estabelece a viabilidade humana, na 24ª semana. Considera-se, na ausência de uma determinação cientificamente mais precisa, que o feto, desde que apresente características de vida, pode ser considerado uma “pessoa em potencial”, sujeito de direitos e deveres, por volta da segunda semana de gestação. Mesmo essa determinação não é aceita de forma pacífica por moralistas, cientistas e juristas, que têm entendimentos diver-

³ Para a análise do debate entre os romanistas sobre a natureza da pessoa, vide: Pietro Bonfante (1925); Pietro Catalano (1990) e Roberto Andorno (1996).

⁴ “A criança concebida é considerada como nascida, quando é do seu interesse”.

gentes e conflitantes sobre o início da vida humana e as características de vida, verificadas ainda no útero materno, fazendo com que não se encontre uma resposta aceita, uniformemente, pela comunidade científica que responda à indagação “quando no ventre materno ou no tubo do laboratório nasce uma pessoa”? Por não se encontrar uma resposta pacífica sobre o que é a pessoa humana torna-se necessário que se busque uma justificativa de caráter racional que sirva de fundamento para a construção desse novo sujeito de direito da sociedade tecnocientífica contemporânea.

A maioria das legislações, assim como a legislação brasileira, é fluída quanto à determinação do significado jurídico da vida embrionária e os direitos daí decorrentes (direito à herança, proteção penal). Os tipos de filiação tipificados no direito brasileiro (filiação arts. 338 a 395 do Código Civil de 1916; e os três tipos de filiação admitidos no direito brasileiro atual: a filiação formal, arts. 1.601 a 1.615 do novo Código Civil; filiação biológica, art. 226, § 6º da Constituição Federal de 1988 e a filiação sociológica, art. 226, § 7º da Constituição Federal de 1988) não se referem à vida embrionária, mas somente ao nascimento com vida. O mesmo ocorre na legislação estrangeira. Nos EE.UU., por exemplo, em virtude de não haver um conceito aceito do que se entende por pessoa humana e, em consequência, sobre o início dos direitos da personalidade, cresce o número de ações judiciais (*wrongful life suits*), através das quais crianças defeituosas processam os seus pais, ou os médicos, por tê-los deixado nascer e viver em condições de intenso sofrimento ou mesmo em vida vegetativa. O argumento é o de que seria moralmente mais grave ajudar a viver uma criança doente – através de investimentos públicos e particulares em políticas de apoio aos deficientes – do que eliminá-los, ainda em estado embrionário. Essa despreocupação com o feto, encontrou na Corte Suprema norte-americana, em julgado famoso (*Roe vs. Wade*), a sua formulação, quando se reconheceu que o feto não era uma “pessoa” com direitos constitucionais.

Subsiste, entretanto, na questão do direito à vida, seja do nascituro, seja do paciente terminal, um aspecto que não pode ser resolvido de forma voluntarista, seja por parte do legislador, seja pelos médicos, governantes e a família. Esse problema começa a ser resolvido quando privilegiamos a análise da questão da vida e da morte considerando-a sob uma ótica moral. As dificuldades no campo do biodireito contemporâneo, em lidar com essas novas realidades, nascem, provavelmente, do fato de que não se reconhecem nas questões da ciência e da engenharia genética as suas dimensões morais. A natureza moral da idéia de pessoa, pode ser constatada, como observa Dworkin (1993:23), na resposta a duas perguntas: quando a criatura humana adquire direitos e passa a ter deveres?; quando a vida da pessoa humana é dotada de valor intrínseco e quais as suas consequências? Com isto, escreve Dworkin, não teremos que decidir se um feto é uma pessoa completa desde a sua concepção ou em que ponto da gestação torna-se um ser humano. O estatuto pessoal não pode, assim, ser determinado

pela ciência – que como veremos não responde à indagação crucial sobre o momento determinante da natureza humana – e, em consequência, consagrado através do voluntarismo legal. O direito não tem resposta para essa questão que é fundamentalmente de natureza moral. Precisamente, por não termos respostas claras e definitivas, na ciência biológica, na doutrina e na legislação jurídicas, é que a reflexão filosófica é chamada a participar do debate. O que é a pessoa humana e o que se entende por dignidade humana, referida na Constituição Federal de 1988 (art. 1º, III), como um dos fundamentos do estado democrático de direito no Brasil?

3 DUAS RESPOSTAS CLÁSSICAS PARA O MESMO PROBLEMA

As duas correntes filosóficas, que procuraram uma resposta para a questão da natureza da pessoa humana, partiram de uma mesma conceituação, formulada por Boécio, no século VI: “*persona est rationalis naturae individua substantia*”⁵. Essa célebre definição de pessoa humana serviu de fundamento às duas mais importantes correntes doutrinárias sobre o tema: a corrente vitalista, chamada também pelos tomistas de realista, e a corrente kantiana.

Para que se possa analisar em que medida os dois tipos de respostas clássicas tornam-se problemáticas do ponto de vista moral e, portanto, insuficientes para que se possa justificar eticamente uma resposta jurídica, no quadro de um estado democrático de direito, vamos fazer referência a um caso concreto, como o proposto por Bernard Baertschi (1995:158). A análise de um caso permitirá que se avalie até que ponto a lei e a decisão judicial no estado democrático de direito perde o seu caráter voluntarista e deve fidelidade aos valores fundadores de todo o sistema jurídico.

Nos Estados Unidos, uma mulher de quarenta anos, nunca tendo tido filhos, apesar de diversas tentativas, consegue engravidar depois de submeter-se a tratamento contra a esterilidade. O exame de ultra-som mostra que se encontra grávida de gêmeos, cada um com sua bolsa amniótica, mas com uma única placenta. Tendo em vista a sua idade, realiza-se uma amniosíntese, depois da décima sétima semana de gestação, constando-se que se encontra grávida de dois meninos gêmeos, um normal, mas o outro sofrendo de trisomia 21. Os pais passam, então, a ponderar sobre uma difícil decisão moral: abortar e perder as duas crianças, ou, então, permitir que a gravidez siga o seu curso normal. A mãe desejava preservar a criança normal, mas, ao mesmo tempo, não podia suportar a idéia de ser obrigada a tratar a criança deficiente pelo resto da vida. Os médicos informam sobre os riscos de uma tal operação – salvar o feto normal e abortar o

⁵ “a pessoa é uma substância individual de natureza racional” (Contra Eutychen et Nestorium, cap. III, apud Baertschi: (1995:158).

feto deficiente – pois a mesma poderia ter um dos seguintes resultados: aborto acidental ou nascimento prematuro de um dos fetos, sendo alta a probabilidade de erro na determinação do feto a ser abortado, pois é difícil distinguir as duas membranas amnióticas; ou então, a morte do feto abortado no útero materno, trazendo sérios riscos à saúde e à vida da mãe. As opiniões médicas não demovem a mãe, que pretende salvar o feto sadio, esclarecendo que, em caso de rejeição, ela prefere o aborto dos dois fetos. Os médicos solicitaram, então, a autorização do judiciário para que fosse realizada a operação nos termos pretendidos pela mãe, tendo em vista a dúvida que tinha a equipe médica sobre se a decisão dos pais não estaria violando os direitos à vida do feto sadio.

A questão mais moral do que jurídica – pois a solução jurídica poderia ser dada no quadro do voluntarismo jurídico com a simples emissão de um *fiat* legislativo – constitui o núcleo da questão a ser resolvida. Os médicos solicitam uma decisão que possa superar o dilema moral que não se encontra solucionado: os dois fetos não têm o mesmo valor? O aborto do feto deficiente não constitui problema para os médicos, mas sim o risco que a intervenção cirúrgica trará para a vida do feto sadio. Ambos não têm o mesmo estatuto moral e jurídico? Ou somente o feto sadio é uma pessoa humana?

As duas respostas paradigmáticas a essas questões, que se defrontam na ética filosófica moderna, representam um desafio para a reflexão contemporânea. De um lado, o modelo vitalista considera como pessoa humana todo o ser que possui o genoma humano; a espécie humana será então definida como aquela a qual pertencem todos os seres com genoma humano. Por outro lado, o modelo cultural exige, para que um ser seja considerado como pessoa humana, uma possível manifestação atual ou futura, de consciência moral e racionalidade, condições para que possa participar da comunidade humana de pessoas livres, caracterizadas pelo exercício da autonomia moral.

Esses dois paradigmas estão sendo, atualmente, contestados pelo argumento de que não é possível buscar-se de forma absoluta os fundamentos ontológicos da pessoa – seja através de uma ontologia substancial (a afirmação de que o homem é um ser racional), seja através de uma ontologia relacional (a afirmação de que essa consciência e racionalidade próprias do humano lhe são atribuídos por uma outra Pessoa, para as religiões, por Deus). A crítica contemporânea, em face dessas dificuldades, procura libertar-se de um tipo de reflexão unicamente teórica-abstrata para substituí-la por um debate sobre a melhor forma de tratar o embrião não considerando, assim, a questão ontológica. A indagação será, assim, menos a de saber se o embrião é ou não é uma pessoa humana, e mais a de definir normas de boa conduta em relação a ele. Pretende-se neste processo romper o dualismo coisas/pessoas e, como escreve Fagot-Largeault, “redefinir as fronteiras”, o que implicará na construção de uma “ontologia intermediária” (1989:92), entre a ontologia substancial e a relacional, apta a resolver

os dilemas morais e ajudar na racionalidade dos procedimentos judiciais, tendo em vista casos como aquele acima considerado. Para que possam ser analisadas as perspectivas abertas por essa “ontologia intermediária” no campo da bioética contemporânea, é oportuno que se estabeleçam as idéias centrais do modelo vitalista e do modelo cultural.

3.1 O argumento vitalista

O modelo vitalista encontra a sua expressão mais sistemática na doutrina católica, como se encontra nos ensinamentos de Tomás de Aquino e nas posições dos diversos documentos papais. Tomás de Aquino abre sua argumentação sobre o tema da pessoa humana citando a definição de Boécio, enfatizando, porém, de forma peculiar, o caráter da “natureza racional” da pessoa humana: “*o particular e o indivíduo explicitam-se de uma maneira ainda mais especial e perfeita nas substâncias racionais, aquelas que se auto-controlam: elas não agem como as outras, elas agem por si mesmas ... Em consequência, entre outras substâncias, os indivíduo de natureza racional têm um nome especial, aquele de “pessoa”*” (*Summa Teológica* I^a, q. 21, a. 1). Essa racionalidade, característica do ser humano, será infundida no ser humano através da alma. O ser humano é considerado como constituído de corpo e alma, sendo que a incorporação da alma ao corpo humano, ou a sua saída do corpo, é que determinará o momento do nascimento e da morte da pessoa humana. A dúvida suscitada pela solução tomista para a natureza da pessoa humana reside em determinar quando a alma é recebida pelo corpo de uma criança ou quando sai do corpo de um moribundo.

O argumento vitalista pode ser plenamente compreendido quando consideramos o princípio do hilemorfismo, formulado originariamente na Grécia, por Aristóteles, – doutrina que afirma ser o homem constituído de corpo e alma, ou matéria e forma. O próprio Tomás de Aquino afirma que não existe corpo humano sem alma humana – “*non est caro humana sine anima humana*” (*Super Evangelium S. Joannis, Lectura, I, VII,1. Apud BAERTSCHI, 1995:161*). A ciência contemporânea demonstrou que o patrimônio genético de cada indivíduo completa-se desde a fecundação do óvulo, sendo determinada, desde então, a sua estrutura, temperamento e demais características individuais. Em consequência, o óvulo fecundado poderá constituir a estrutura necessária, que irá receber a alma humana, sendo que, em consequência, a pessoa humana começa a existir, como pessoa dotada de direitos, desde o momento da fecundação. O embrião e o feto têm, para o tomismo, direitos, que são determinantes das pessoas humanas. O aborto, portanto, por eliminar um ser dotado de alma, nele incorporado no momento da concepção, em quaisquer circunstâncias é considerado uma forma de homicídio. A posição clássica da Igreja Católica a respeito é formulada pelo Papa Pio XII: “*salvar a vida da mãe é um objetivo nobre; mas a eliminação*

direta da criança, com esse fim, não é permitido. A destruição de uma vida pretensamente 'sem valor', nascida ou ainda por nascer... não pode de forma alguma justificar-se" (Apud BAERTSCHI, 1995: 163).

A tradição católica considera que o critério a ser observado é a existência do embrião, quando se supõe ter havido a animação imediata com a recepção da alma pelo corpo. Ser um homem torna-se, assim, condição suficiente para ser uma pessoa. Para o tomismo, o ser humano enquanto entidade biológica é sujeito de direitos, sendo sinônimas as palavras "homem" e "pessoa". Em outras palavras, para o tomismo não é necessário ter uma vida pessoal para que se possa ser uma pessoa. Segue-se, assim, que no caso dos gêmeos, ambos têm o mesmo estatuto ontológico, sendo pessoas humanas, considerando-se então o aborto como imoral, mesmo quando um dos fetos sofre de deficiências insuperáveis. Qual então a resposta prática sobre o quê fazer no caso dos gêmeos? Nada, pois abortar seria destruir de forma direta e intencional uma vida humana. E mesmo o argumento da legítima defesa da saúde da mãe ou do feto sadio não se pode invocar, pois a criança deficiente não pode ser considerada como uma agressora.

3.2 O modelo neokantiano

Kant também define a pessoa humana partindo da formulação de Boécio, mas ampliando a sua abrangência e buscando uma justificativa inteiramente racional, sem a interferência de fatores externos ao próprio ser humano, para a idéia de pessoa. O filósofo alemão vincula a idéia de pessoa humana à questão da liberdade racional como núcleo da vida moral dos indivíduos. Escreve Kant: *"uma pessoa é o sujeito cujas ações são suscetíveis de imputação. A personalidade moral nada mais é do que a liberdade de um ser racional obediente a leis morais"* (Doutrina do Direito, intr. geral, IV). A personalidade moral, própria da pessoa humana, para Kant, será conceituada de forma que através dela as pessoas possam ser diferenciadas das coisas. No texto clássico de Kant, vamos encontrar os fundamentos da idéia de pessoa humana e como ela estrutura-se num espaço, que tem no respeito à autonomia o seu ponto nuclear. A idéia de pessoa humana, para Kant, serve como limite para a interferência do arbítrio de outrem:

os seres cuja existência dependem não da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se não são seres racionais, somente um valor relativo como meio e, por isso, chamam-se coisas, ao passo que os seres racionais têm o nome de pessoas porque a sua natureza os distingue como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito) (Fundamentação da Metafísica dos Costumes, BA 65)

A reverência à pessoa humana, que se irá expressar constitucionalmente no princípio da dignidade humana, não é, portanto, uma simples afirmação dogmática de valores ideais, mas a constatação racional de características próprias do ser humano, que servem para diferencia-lo das coisas e que irá dotar cada um deles de valores essenciais para a existência da comunidade humana.

Tanto Kant, quanto o pensamento católico, apresentam uma certa convergência na formulação da idéia de pessoa humana. Assim, por exemplo, João Paulo II estabelece, em termos kantianos, os fundamentos últimos das relações entre os homens: *"...Cada vez que na tua conduta uma pessoa é objeto da tua ação, não esqueça que ela não deve ser tratada somente como meio, como um instrumento, mas leve em conta o fato de que ela própria tem, ou ao menos deveria ter, o seu próprio fim"* (1982:20). Essa aparente concordância irá desaparecer quando analisamos como nas duas tradições a idéia de "pessoa humana" será diferente uma da outra: enquanto no tomismo quem conta como pessoa é um ser dotado de racionalidade e personalidade – que se expressa no humano ontológico, comprovado pela presença de uma propriedade biológica, genoma ou a animação, – em Kant, a pessoa nada tem a ver com a natureza, pois ela é um ser moral e que se define por ser moralmente responsável. Para a tradição kantiana, portanto, a noção de pessoa, ser moral, é de ser humano, ser corporal, acham-se dissociadas⁶, idéia que será, como veremos abaixo, axial na bioética do século XX. A influência do kantismo na cultura filosófica e jurídica moderna⁷ e, especificamente, na bioética, fez com que as idéias básicas do filósofo alemão terminassem como os parâmetros balizadores do debate bioético contemporâneo.

O pensamento de Engelhardt (1974; 1987; 1988; 1996), por exemplo, evidencia a presença kantiana no contexto da reflexão sobre os problemas suscitados pela ciência biológica contemporânea. A exigência kantiana de que a pessoa deveria ser singularizada pela consciência moral e pela possibilidade de que pudesse assumir a responsabilidade por seus atos, permitiu que autores, como Engelhardt, viessem a sustentar que todas as pessoas não são necessariamente seres humanos e, também, nem todos os seres humanos são pessoas. Neste sentido, escreve Engelhardt,

o que caracteriza as pessoas é a sua capacidade de serem conscientes de si, racionais e preocupadas com o valor do prestígio e da crítica. A possibilidade de tais entidades fundamenta a possibilidade da comunidade moral. Oferece-nos um meio de refletir sobre o acerto e o erro das ações e sobre os atores que têm ou não têm valor. Por sua

⁶ Para uma contundente crítica à noção de pessoa em Kant, veja Zivia Klein (1968)

⁷ Consulte, a propósito, Otfried Höffe (1985), Monique Castillo (1990), Alain Renaut (1997) e Whitlow (1998).

vez, nem todos os humanos são pessoas. Nem todos são conscientes de si, racionais e capazes de conceber a possibilidade do elogio e da crítica (1996:138-139).

Por essa razão, continua Engelhardt, os fetos, as crianças, os retardados mentais, os que se encontram em estado comatoso terminal são exemplos de seres humanos que não são pessoas. Eles pertencem à espécie humana, mas por não terem condições de exercer plenamente a consciência moral, terminam por não participar da comunidade humana, que se caracteriza pelo exercício dessa consciência como fator primordial no seu funcionamento. Esses seres humanos não podem fazer promessas, contratos, expressar concordância ou discordância com os seus semelhantes, não sendo atores da ordem moral, e, em consequência, sujeitos de direito. Somente as pessoas adquirem o pleno *status* moral e jurídico, porque somente elas podem responsabilizar-se por seus atos e manifestação da vontade livre.

A aplicação da teoria de Engelhardt ao caso em exame leva-nos em direção contrária à solução apresentada pelo modelo vitalista. A condenação do aborto do feto deficiente, por exemplo, é afastada por Engelhardt, que sustentaria que o mesmo não é nem uma pessoa “em potencial”, sendo uma coisa e como tal não podendo usufruir dos direitos das pessoas humanas. Por ser coisa, o feto teria um proprietário, no caso, os pais, e, principalmente, a mãe. A autonomia da vontade seria manifestada pela vontade da mãe, que poderia decidir da melhor forma que lhe parecesse. Sob esse ponto de vista doutrinário, é moralmente justificável a interrupção do desenvolvimento de um feto com má-formação grave e que – de acordo com os conhecimentos científicos atuais – seja irreversível, pois não poderá adquirir o *status* de racionalidade e consciência, característicos da pessoa humana.

Verificamos, assim, que essa leitura feita pelo pensamento neokantiano, reflete-se no pensamento bioético desconsiderando o fator “natureza” na determinação do que seja a pessoa humana. Isto porque a pessoa é definida como sendo humana na medida em que tenha consciência de si mesma e possa exercer a autonomia moral. Mas essa exigência não se encontra referida às condições reais e objetivas da existência do ser humano, mas unicamente à dimensão moral, condição necessária mas não suficiente para a conceituação de pessoa. Trata-se, portanto, de encontrar, para além do critério da moralidade, um outro, que demonstre como a pessoa humana traz na sua dimensão corporal, uma dimensão moral, em outras palavras, como a consciência moral realiza-se na objetividade corpórea do ser humano e não na simples afirmação de princípios da moralidade.

Baertschi chama a atenção para o fato de que essas qualidades morais da pessoa humana são insuficientes para que se possa constatar a existência de uma pessoa. De fato, ao considerarmos como pessoa somente aquele ser humano que

se encontre em determinado estado de consciência de si e capacidade de exercício da autonomia moral, podemos desconsiderá-lo, por exemplo, como pessoa humana, quando estiver dormindo ou em estado comatoso. Seria então, escreve Baertschi, lícito matar um indivíduo que se encontre dormindo ou que tenha perdido os sentidos (1995: 177).

Defrontando-se com essas dificuldades, oriundas da situação privilegiada da dimensão moral na idéia de pessoa humana, Engelhardt refez o caminho percorrido pelas doutrinas vitalistas, ao procurar encontrar alguma característica biológica que pudesse servir como fundamento objetivo para a idéia de pessoa. O pensador norte-americano identifica na existência do córtex, o fator biológico que permite ao ser humano atingir os níveis de consciência e de moralidade, essenciais para a caracterização da pessoa humana. O funcionamento do cérebro e, especificamente, do córtex, ensina a ciência biológica, é que asseguram o funcionamento das nossas dimensões mentais racionais. Para Engelhardt, desde que essas qualidades sejam destruídas ou não existam, desaparece a personalidade humana, existindo somente seres humanos, mas não pessoas humanas.

A argumentação de Engelhardt para chegar a essa conclusão desenvolve-se através de sofisticados argumentos. O filósofo norte-americano parte da constatação de que para que se possa entender o discurso moral, onde se processa a controvérsia, esses seres devem ter a possibilidade de serem auto-conscientes. Além disso, devem poder estabelecer regras para si e para os outros a fim de que seja possível a construção da comunidade moral. A terceira exigência será a de que sejam seres racionais, entendendo-se esta racionalidade como a possibilidade de compreensão das noções de elogios e de críticas, estabelecendo-se, assim, um senso moral mínimo. Exemplifica o nosso autor com o caso de sociopatas, que deixam de ser pessoas no sentido moral, ou agentes morais, quando perdem a capacidade de compreensão da culpa ao ponto de não culparem aqueles que lhes infligem danos. Finalmente, escreve Engelhardt as pessoas devem ter a capacidade de considerarem-se livres. A idéia de pessoa humana, integrada numa comunidade moral, pressupõe a autoconsciência, a racionalidade, o senso moral e a liberdade, características que irão diferenciar a comunidade humana das demais comunidades de seres vivos no pensamento de Engelhardt.

Por essas razões, escreve Engelhardt, não tem sentido lógico referir-se à autonomia de fetos, crianças ou adultos retardados mentais, que por não terem o conjunto dessas quatro características, nunca foram racionais. Não se coloca, portanto, para Engelhardt, a interrogação crucial da existência ou não da autonomia e da autoconsciência: “tratar esses seres não considerando aquilo que eles não possuem, e nunca possuíram, de fato, não estamos retirando deles nada que possa ter um valor moral secular. Eles se encontram fora do núcleo do santuário da moralidade secular” (1996:139). O argumento do filósofo norte-americano torna-se ainda mais radical e contundente quando admite que tratar

um agente moral pacífico extraterrestre, um ET, por exemplo, como se considera um feto, seria uma atitude fundamentalmente imoral, porque significaria que estaríamos agindo contra a própria possibilidade de uma comunidade pacífica, pois o feto não tem consciência moral, enquanto o ET pode, hipoteticamente, comportar-se em obediência às leis da moralidade.

O importante, portanto, para Engelhardt, não é que pertençamos ou não à espécie *Homo sapiens*, mas sim que sejamos pessoa humana. Essa distinção entre pessoas e seres humanos torna-se fundamental para compreendermos como a bioética contemporânea irá tratar a questão da diferença entre uma vida da pessoa humana e uma vida humana meramente biológica. Essa distinção é consequência da determinação de dois tipos de propriedades lógico-rationais, em que se baseia o discurso ético. De um lado, o reconhecimento de que nos seres humanos existem propriedades que são disposicionais, aquelas que permitem a realização plena da natureza do ser e as propriedades não-disposicionais, que se constituem na base indispensável para que se possam realizar as propriedades disposicionais. Assim, por exemplo, o vidro é um material frágil (disposição para quebrar) porque tem uma estrutura molecular particular (propriedade de base ou não disposicional). Qual a propriedade de base no caso da consciência humana, condição essencial para a existência da pessoa humana? Um embrião de duas semanas possui a disposição ainda não exercida de pensar?

Em torno do conceito de potencialidade é que se materializa o debate bioético contemporâneo. O próprio Engelhardt escreveu que: “*se X é um Y em potencial, segue-se que X não é Y. Se os fetos são pessoas potenciais, conclui-se claramente que os fetos não são pessoas. Em consequência, X não tem os direitos atuais de Y, mas somente, potencialmente, tem os direitos de Y. Se os fetos são somente pessoas em potencial, eles não têm os direitos das pessoas*” (1996: 142). Em texto publicado, posteriormente, ao seu livro mais importante, o autor norte-americano constata as dificuldades suscitadas pela idéia de pessoa potencial no contexto do seu pensamento, pois reconhece que as controvérsias relativas ao início da vida humana e o começo da pessoa supõem complexos argumentos sobre a potencialidade (1987/3). Pode-se resumir essa dificuldade quando se constata que as potencialidades encontram-se implícitas nas pessoas (futuras) e não necessariamente nos seres humanos (atuais).

A resposta de Engelhardt ao nosso caso não é satisfatória, pois resolve somente parte do problema, pois o feto sadio é uma pessoa, objeto de proteção e sujeito de direitos, ainda que potenciais, enquanto o feto deficiente é simplesmente um ser humano, mas que não tem o status de pessoa. Neste sentido é que Engelhardt refere-se à “pessoa possível”, de preferência à pessoa potencial (1996: 141-144). Precisamente, por não ser satisfatória a resposta neokantiana, ou, pelo menos, como veremos a seguir, a leitura reducionista do pensamento do filósofo alemão, é que se procurou, principalmente através das decisões dos

conselhos de bioética, encontrar-se uma solução pragmática para casos semelhantes ao acima referido.

4 O IMPASSE DO PRAGMATISMO NA BIOÉTICA

A interrogação que se faz diante do impasse com que se defrontam os dois modelos referidos é a de como será possível fundamentar filosoficamente uma posição intermediária, um “justo meio”, entre negar, de um lado, ao embrião humano todo o estatuto pessoal e, por outro, conferir a uma célula a mesma dignidade moral de um ser consciente e racional. Fagot-Largeault e Delaise de Parseval (1989:108) chamaram a atenção para o fato de que os dois modelos éticos clássicos, ainda que sejam respeitáveis como escolhas individuais, não são praticáveis como escolhas da sociedade; o primeiro, porque desconsidera e condena hábitos incorporados na sociedade contemporânea, recusando o controle humano da procriação que se tornou um fato; o segundo, porque traz consigo o risco de excluir da comunidade ética e humana os fracos, os mentalmente deficientes.

O impasse que desafia a reflexão bioética procura ser superado pela busca de soluções práticas, caso a caso, de normas e soluções dadas pelo legislador ou pelos comitês de bioética. A constatação que se pode chegar é a de que existe uma certa concordância no que tange ao que é aceitável (por exemplo, pesquisar ainda no óvulo uma doença genética), sobre o que é inaceitável e deva ser tipificado como crime (por exemplo, a criação de híbridos homem-animal) e aquilo que ainda é prematuro, mas poderá ser explorado pela investigação científica (por exemplo, a possibilidade da gravidez inteiramente fora do útero humano). Como não se pode chegar a um acordo entre posições filosóficas irreconciliáveis, estabelece-se um ponto de vista pragmático. Os critérios fornecidos pelas ontologias relacionais e pelas ontologias substantivas terminam por não encontrarem um terreno comum onde as diversas correntes doutrinárias possam chegar a um acordo sobre o conceito de pessoa humana. Logo, o debate em torno da natureza da pessoa humana deve ser substituído por critérios de praticidade, que indiquem como o embrião deve ser tratado. As diferentes decisões dos comitês nacionais de bioética e da legislação apontam para essa solução pragmática na bioética. Assim, por exemplo, o comitê britânico recomendou que a utilização de embriões humanos para finalidades de pesquisa científica seja permitido no prazo de 14 dias da fecundação. As razões para a fixação desse prazo aparentemente arbitrárias foram explicadas: o décimo quarto dia da gestação corresponde à aparição da chamada “linha primitiva” sobre o disco embrionário, sendo o último momento para a formação de gêmeos. O argumento foi sustentado por R. Edwards (um dos “pais” dos primeiros bebês de proveta) ao sustentar que um grupo de células não tem individualidade própria (em virtude dele poder produzir diversos indivíduos) e não sofre, pois ainda não existem os primeiros indícios

do sistema nervoso. O argumento de Edwards é o de que esse conjunto de células não pode ser tratado da mesma forma que um feto de seis meses com forma humana, um sistema nervoso diferenciado, um cérebro em processo de maturação (FAGOT e PARSEVAL, 1989:109). Esse argumento expressa uma filosofia utilitarista, pois estabelece limites em função do sofrimento a ser infringido ao feto, deixando de lado o debate sobre a própria natureza da pessoa humana.

A resposta encontrada no âmbito do utilitarismo, ainda que se pretenda isenta de qualquer conotação ontológica, em última análise, encobre uma concepção de pessoa humana. Trata-se é claro não de uma ontologia substancial, mas do que se poderia chamar de uma ontologia progressiva, aquela que concebe a pessoa humana como o resultado de um desenvolvimento do qual o embrião representa um dos primeiros estágios. Não existe, portanto, um empecilho moral de realização de pesquisas num embrião com menos de 14 dias de fecundação, o que permite a substituição dos testes farmacêuticos, usualmente realizados em animais adultos, por experiências em células embrionárias humanas. O comitê assessor de ética do Ministério da Saúde dos EE.UU., por exemplo, por ocasião dos debates acerca das pesquisas da fecundação *in vitro* afirmou que se devia ao embrião profundo respeito, mas não tanto quanto devíamos aos “direitos humanos”, que seriam próprios das pessoas (*“The human embryo is entitled to profound respect; but this respect does not necessarily encompass the full legal and moral rights attributed to persons”* (Ethics Advisory Board, 1979).

5 OS LIMITES DA BIOÉTICA CONTEMPORÂNEA

A idéia filosófica central e subjacente ao pensamento bioético contemporâneo é a de pessoa humana potencial, que se distingue da pessoa humana possível de Engelhardt, como vimos acima. Mas essa idéia tem sido empregada de forma quase adjetiva, por falta de uma fundamentação ético-filosófica mais consistente, que permita estabelecer um denominador comum para o seu emprego legislativo e doutrinário. Baertschi procurou essa fundamentação trabalhando com os dois aspectos da idéia de pessoa, o valorativo e o corporal. O emprego dessas duas dimensões do ser humano permite que se retire do conhecimento científico os fundamentos empíricos, que servirão de base para a conceituação do que se entende por pessoa humana. Baertschi (1995:193) para chegar ao conceito de pessoa humana, que contemple as duas dimensões acima referidas, parte da constatação de que no ser humano encontram-se dois tipos de potencialidades, uma interna e outra externa, que se constituem nos parâmetros definidores da pessoa humana potencial. Propõe, então, o seguinte modelo para que se possa resolver os impasses provocados pelas doutrinas sobre a pessoa humana.

O filósofo suíço trabalha com duas hipóteses para que possa desenvolver o argumento lógico-razional, que possibilite a conceituação da idéia de “pessoa humana”. Considerem-se, as duas hipóteses: a) todo o feto suíço pode tornar-se

Presidente da Confederação Helvética; b) todo feto pode tornar-se agente moral. A diferença entre essas duas hipóteses encontra-se em suas diferentes potencialidades, e isto em função de dois eixos analíticos: I) a sua importância e II) a fonte de sua implementação. De acordo com o primeiro eixo, é necessário que se distingam as potencialidades fundamentais e as potencialidades acidentais, isto é, entre aquelas cuja realização será condição determinante da personalidade e as que não a são. Assim, por exemplo, a potencialidade de tornar-se presidente da Confederação Helvética não será realizada por todos os fetos suíços, mas essa potencialidade não terá importância na medida em que consideremos a pessoa em si mesma independentemente de sua função. A potencialidade acidental, portanto, não assegura qualquer título de direito a quem a possui, pois não deverá ser a realização dessa potencialidade que irá assegurar ao ser humano o estatuto de pessoa humana.

O segundo eixo de referência permite que se examine a questão de forma mais substantiva, pois faz referência à distinção entre potencialidades extrínsecas – aquelas realizadas por fatores externos ao ser humano – e potencialidades intrínsecas – que se realizam em função de fatores identificados com a natureza própria do ser humano, como são as qualidades morais, alicerces da personalidade. Assim, escreve Baertschi, *“uma pessoa humana potencial, relativamente à sua potencialidade, tem propriedades que um presidente potencial, relativamente à sua, não tem, o que lhe atribui um valor particular e impede que a tratemos como um animal ou uma simples coisa: ela é um ser que será uma pessoa* (1995:194-195). Em conseqüência, e aplicando-se essa idéia ao nosso caso, o aborto ou o infanticídio constituem-se atos de graves violação e destruição da potencialidade de um ser humano, ainda que possam ser considerados atos legais.

Reside na idéia de potencialidades intrínsecas o núcleo em função do qual poder-se-á definir o que se entende por pessoa humana. As potencialidades intrínsecas são aquelas que, por pertencerem aos seres humanos, darão condições para que a vida da pessoa possa constituir um processo de realização progressiva dessas potencialidades. O modelo vitalista baseia-se nesta percepção de que a vida é uma continuidade, desde a fecundação, que seria o momento de fixação da personalidade do feto. Logo, sugere o autor suíço, não se deve concluir desse argumento que o feto é uma pessoa, mas simplesmente que ele é uma pessoa humana-potencial.

Verificamos que, no modelo acima proposto, o genoma retorna como elemento recorrente e necessário para que se possa dar logicidade à idéia de pessoa potencial. A biologia nos ensina que o momento da concepção é o único ponto de partida significativo na vida do embrião. Todo o homem, identificado por seu genoma, é uma pessoa potencial, podendo-se concluir que o embrião recém-gerado tem os mesmos direitos de um recém-nascido de alguns meses.

Baertschi propõe a seguinte definição de pessoa potencial, que serviria como fundamento empírico para a idéia de pessoa humana, diferenciando-a do simples ser humano: “*x é uma pessoa potencial se x tem a propriedade intrínseca – e não accidental – que sirva de apoio às propriedades psicológicas de natureza racional, constitutivas da pessoa*”. (1995:197)

Em resumo: o embrião adquire o estatuto de pessoa potencial quando ocorre a formação física do córtex no processo de gestação. Este fato físico, entretanto, não é o suficiente para a constituição da pessoa humana, mas unicamente da pessoa potencial. Isto porque a ciência biológica identifica o processo evolutivo em fases: até o 14º dia de gestação o embrião é um conjunto de células humanas; em seguida, é um indivíduo humano, depois uma pessoa potencial e, enfim, depois do seu nascimento com vida (como estabelece o novo Código Civil, art. 2º), uma pessoa. A redução dessa idéia de pessoa a um fator físico leva à limitação com que se defronta a bioética contemporânea. Williams escreve a propósito: “*a categoria de pessoa, ainda que muito utilizada em algumas filosofias morais, é um fundamento pobre para o pensamento ético, particularmente porque aparece como uma noção genérica ou classificatória, mas que de fato privilegia características que surgem, quase todas, em graus – responsabilidade, consciência de si, capacidade de reflexão, etc.*” (1985: 114)

Essa perplexidade filosófica levou o pensamento contemporâneo a procurar outros fundamentos ou classificações para a idéia de pessoa humana, em virtude dessa idéia tornar-se, gradativamente, mais relevante para a cultura política e jurídica do estado democrático de direito. Alguns autores, como Habermas, enfatizam o fato de que a teoria moral contemporânea abandonou todo o conceito pré-social de pessoa (1992:90), concluindo que a pessoa é o resultado da tessitura de relações humanas e sociais, não tendo sentido a referência a uma categoria universal de pessoa, mas somente ao indivíduo dotado de valores e direitos, que lhe são atribuídos pela sociedade. Caímos, então, na constatação de que não existem valores universais, consubstanciados na pessoa humana, mas unicamente valores e direitos que variam de sociedade para sociedade, de estado para estado. Esse argumento resulta de referências culturais que impregnaram o nosso direito, influenciado ainda por uma biologia ultrapassada, pouco diferente da embriologia aristotélica.

De forma mais elaborada, Rawls (1971:416, e, principalmente, 1993:18-35) considera a idéia de pessoa no contexto da teoria da justiça. O filósofo norte-americano ancora a idéia de pessoa numa determinada concepção da sociedade para, então, afirmar que esse conceito é fundamentalmente político. Considera que a sociedade é um sistema de cooperação equitativa entre grupos sociais e indivíduos, através de gerações, elaborando uma concepção de pessoa condizente com esse conceito de sociedade. Rawls, com fundamento nesse entendimento da natureza da sociedade, argumenta que desde a filosofia clássica a idéia

de pessoa vincula-se à idéia de cidadania, sendo o cidadão aquela pessoa que pode participar da vida social através do exercício de direitos e o respeito de deveres. A pessoa, para Rawls, é um ente que pode ser cidadão, um participante integrado na vida social. Ocorre então uma identificação da idéia de pessoa com a de cidadão, sendo então o critério definidor de pessoa um critério político. Essa pessoa-cidadão irá diferenciar-se dos diferentes tipos de pessoa, que refletem aspectos do ser humano: “*homo politicus*”, “*homo oeconomicus*”, “*homo faber*” e “*homo ludens*”. Rawls afirma que a idéia de pessoa, por ele defendida, como alicerce da sociedade equitativa, é “*uma concepção normativa, quer legal, política ou moral, ou mesmo filosófica ou religiosa, dependendo do arcabouço global no qual está inserida*” (1993:18, n. 20). A concepção de pessoa é antes de tudo moral, pois baseia-se na experiência empírica de cada uma delas, como unidades, na expressão de Rawls, de deliberação e de responsabilidade, unidades essas integradas numa concepção política de justiça.

Para justificar essa afirmação, Rawls sustenta que na tradição de pensamento democrático os cidadãos são definidos como pessoas livres e iguais. A idéia básica que sustenta essa tradição é a de que as pessoas são livres em virtude de possuírem poderes morais, em número de dois, (capacidade para lutar pela justiça e por uma concepção do bem), e poderes da razão (julgamento, pensamento e conclusões racionais relacionadas com esses poderes). Nessa concepção política de pessoa humana, o ser humano passa a ser considerado uma pessoa humana na medida em que se concebe a si e aos outros membros da comunidade, como dotados de poderes morais, que os habilita a escolher entre o bem e o mal; quando considera o indivíduo como fonte legítima de reivindicações na sociedade; e, por fim, quando assume a responsabilidade por seus atos. Logo, o ser livre é a pessoa humana, que se objetiva como cidadão. Rawls reconhece que trabalha com uma idéia de pessoa, implícita na cultura política democrática, idealizando-a e simplificando esta idéia a fim de que possa enfatizar o seu principal argumento, qual seja, a teoria da justiça como equidade. Por essa razão, admite que na sua teoria não considera, preliminarmente, os indivíduos com desordens mentais ou incapacitados fisicamente para atuarem como membros participantes da sociedade. (RAWLS, 1993:20)

A revolução no conhecimento, provocada pela ciência moderna, trouxe para o centro da reflexão contemporânea novas realidades biológicas, que nos obrigam a repensar categorias como a de ser humano, pessoa humana, personalidade jurídica, capacidade, deveres, direitos, responsabilidade etc. para além das categorias especificamente políticas e sociais. Desde o Iluminismo, a nossa filosofia moral tem estado mais atenta às questões sócio-econômicas da liberdade e da igualdade do que aos condicionamentos orgânicos do ser humano e de suas implicações éticas e jurídicas. As possibilidades da reflexão ética, para além das recomendações pragmáticas, características da prática bioética, abrem um largo e necessário campo de reflexão onde se possam renovar os laços da questão

ontológica da natureza da pessoa humana com a ética. A enorme quantidade de textos legais (internacionais e nacionais), bem como as disposições dos conselhos de medicina e dos conselhos de bioética, em hospitais e institutos de pesquisa sobre a prática médica, face às novas realidades da vida, da saúde e da morte, constituem um desafio para a nossa capacidade de fundamentar escolhas no campo da terapia e da pesquisa. Precisamente, em virtude desse novo tipo de desafio, ético e jurídico, que ultrapassa as fronteiras nacionais e envolve toda a humanidade, começaram a surgir na legislação constitucional conceitos com pretensões de universalidade, como o conceito da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos. Ambos necessitam serem elaborados levando-se em conta as descobertas da ciência contemporânea, pois são elas que poderão fundamentar empiricamente, os valores e direitos centrais do estado democrático de direito.

O objetivo dessa recuperação filosófica da idéia de pessoa humana tem a ver, diretamente, com a função moral primordial do Direito, qual seja, a de proteger essa “pessoa em perigo” ou buscar os instrumentos normativos que possam preservar a “humanidade do homem” (EDELMAN, 1999:23). Esse entendimento da função superior do Direito permite que retiremos o sistema jurídico da função de serviço do voluntarismo individualista ou do sistema técnico-econômico, conservando a sua própria normatividade. Esses tipos de normativismos, que se encontram questionados na contemporaneidade, levaram o jurista à perda da segurança (STRECK, 2000:273), consequência da morte do *cogito* cartesiano. Quando, então, o aplicador do direito defronta-se com as indagações de ponta surgidas no contexto da bioética e do biodireito, renasce a indagação originária do Direito, que reproduz nas suas classificações e categorias, o ciclo da simbologia humana, do nascimento até a morte. Fugir da função originária do Direito, que é a de assegurar uma instância de julgamento do homem sobre o homem, será incorrer no mais arriscados dos erros. (EDELMAN, 1999:23). O debate milenar sobre o estatuto ontológico do embrião torna-se, assim, mais urgente nos dias atuais, pois a ciência abre novas formas de entendimento da natureza última da pessoa humana. As respostas às perguntas sobre a natureza da pessoa humana pressupõe, assim, a aceitação dos dados empíricos fornecidos pela ciência e, ao mesmo tempo, uma reflexão sobre como as dimensões caracterizadoras do ser humano – racionalidade, liberdade e igualdade – devem servir para superar os impasses sobre o tema, privilegiando-o como uma questão moral, a ser resolvida na realidade corpórea individual e no contexto das relações sociais. Nesse sentido, o Direito, como instância de julgamento, necessita dessa compreensão da pessoa humana e de como ao lado da sua natureza ontológica coexiste de forma essencial a sua realização existencial. Passa então o Direito a exercer a função de assegurar o tratamento dessa pessoa dentro dos parâmetros normativos a serem definidos na legislação do estado democrático de direito e que, por essa razão, refletirá uma concepção ético-filosófica do ser humano e da sociedade. O mundo da bioética, e muito menos do biodireito, como manifesta-

ção voluntarista do legislador, não encontram respostas para a complexidade e abrangência do desafio do milênio, pois nem uma, nem outra, ignorando a reflexão propriamente filosófica sobre a pessoa humana, poderão estabelecer normas que assegurem a sua plena realização individual e social.

6 REFERÊNCIAS

- RENAUT, Alain. *Kant Aujourd'hui*. Paris: Aubier, 1997.
- FAGOT-LARGEAULT, Anne; PARSEVAL, Geneviève Delaisi de. *Qu'est-ce qu'un embryon?* em *Esprit*, juin, 1989.
- BAERTSCHI, Bernard. *La valeur de la vie humaine et l'intégrité de la personne*. Paris: PUF, 1995.
- WILLIAMS, Bernard. *Ethics and the Limits of Philosophy*. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 1985.
- WHITLOW, Carola Jolynn. *An Ethical Analysis of Human Cloning Using Kant's Notion of Personhood*. Long Beach UMI, 1998.
- BOARD, Ethics Advisory. *HEW Support of Research Involving Human*. In: *Vitro Fertilization and Embryo Transfer: Report and Conclusions*. Washington, D. C., US Department of Health, Education and Welfare (DHEW), 1979.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- VAZ, Henrique Lima. *Democracia e Dignidade Humana*. Síntese, n. 44, 1988.
- ENGELHARDT, Hugo T. The Foundations of Bioethics: The Attempt to Legitimate Biomedical Decisions and Health Care Policy. In: *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1987.
- Medicine and the Concept of Person. In: GOODMAN, Michael. *What is a Person?* Clifton N. J., Humana Press, 1988.
- The Disease of Masturbation: Values and the Concept of Disease. em Tom Beauchamp & Le In: WALTERS. *Contemporary Issues in Bioethics*. Belmont: Wadsworth PC, 1989.
- The Foundations of Bioethics*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- PAULO II, João. *Amor e Responsabilidade: estudo ético*. São Paulo: Loyola, 1982.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 1972.
- _____. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.
- HABERMAS, Jürgen. *De L'éthique de la discussion*. Paris: Cerf, 1992.
- PALAZZANI, Laura. *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*. Torino: G. Giappichelli, 1996.
- BARROSO, Luiz Roberto. Novo Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, 225, p. 30, nota 74, jul./set 2001.
- CASTILLO, Monique. *Kant et l'avenir de la culture*. Paris: PUF, 1990.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e (em) crise*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

HÖFFE, Otfried. *Introduction a la Philosophie Pratique de Kant- la morale, le droit et la religion*. Albeuve: Castella, 1985.

BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*. 8. ed. Milão: Vallardi, 1925.

CATALANO, Pietro. *Diritto e persona. Studi su origine e attualità del sistema romano*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1990.

ADORNO, Roberto. *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*. Paris: LGDJ, 1996.

_____. *La bioéthique et la dignité de la personne*. Paris: PUF, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Life's Dominion*. New York: Alfred A. Knopf, 1993.

COTTA, Sergio. *Diritto, Persona, Mondo Umano*. Torino: G. Giappichelli, 1989.

KLEIN, Zivia. *La Notion de Dignité Humaine dans la Pensée de Kant et de Pascal*. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1968.

A BOA-FÉ NOS CONTRATOS DE LICENÇA DE USO DE SOFTWARE

Mauricio Mota¹

Sumário: Introdução; Parte I – Contrato de Licença de uso de *software*; Título I – *Software*; Capítulo 1 – Conceito de *software*; Capítulo 2 – O desenvolvimento dos *softwares*; Capítulo 3 – Os contratos de *software*; Título II – Contrato de licença de uso de *software*; Capítulo 1 – Características gerais; Capítulo 2 – Objeto, definição e especificação do programa; Capítulo 3 – Condições de aceitação e garantia; Capítulo 4 – Fixação do preço; Capítulo 5 – Restrições ao uso do *software*; Parte II – Princípio da boa-fé; Título I – A idéia de boa-fé; Capítulo 1 – Relevância da idéia de boa-fé; Capítulo 2 – Boa-fé subjetiva e objetiva; Título II – Boa-fé contratual; Capítulo 1 – Alcance da boa-fé contratual; Capítulo 2 – Função interpretativa da boa-fé; Capítulo 3 – Função integrativa da boa-fé; Capítulo 4 – Função de controle da boa-fé; Capítulo 5 – Extinção das obrigações imposta pela boa-fé; Parte III – A boa-fé no contrato de licença de uso de *software*; Título único – Informática e boa-fé; Capítulo 1 – Expectativas geradas nos contratos de *software*; Capítulo 2 – Direito e tutela de expectativas; Capítulo 3 – *Software*: a relação obrigacional como processo; Capítulo 4 – *Software*: função interpretativa da boa-fé; Capítulo 5 – *Software*: função integrativa da boa-fé; Capítulo 6 – *Software*: função de controle da boa-fé; Conclusão.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o escopo de estudar os problemas jurídicos existentes numa das áreas científicas mais novas e de maior mutabilidade tecnológica: a das ciências da computação. Sendo vastíssimo tal campo jurídico, optou-se por visualizar apenas um determinado mas relevante aspecto desse campo: o que diz respeito aos contratos de *softwares* e mais especificamente aos contratos de licença de uso de *software*.

O trabalho divide-se em três partes. Na primeira, **Contrato de licença de uso de *software***, se define o conceito atual de *software*, estabelece-se um pequeno resumo histórico de seu desenvolvimento e conceitua-se os diversos tipos

¹ Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor do Mestrado e Doutorado em Direito da UERJ. Doutor em Direito Civil pela UERJ e Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

de contratos de *software*. Ainda na primeira parte do trabalho, no título II, se definem as características gerais do contrato de licença de uso de *software*, seu objeto, definição e especificação do programa, suas condições de aceitação e garantia, a fixação do preço do *software* e as restrições ao seu uso.

A segunda parte, **Princípio da boa fé**, trata da definição deste princípio, sua subdivisão entre boa fé objetiva e subjetiva e suas diferenças, e a importância deste preceito no estudo do Direito. No título II se conceitua a boa fé especificamente contratual, seus limites e esmiuça-se as suas funções, bem como a extinção das obrigações imposta por seus preceitos.

A terceira parte, **A boa fé no contrato de licença de uso de *software***, aborda as relações entre a informática e o Direito à luz do princípio da boa fé, define-se em que consiste a tutela de expectativas jurídicas e estabelece-se as bases para a aplicabilidade da boa fé aos contratos de licença de uso de *software*.

Na **Conclusão** enfim se procura realizar uma síntese totalizante da importância da boa fé para os contratos em apreço e de como esta pode contribuir para assegurar uma proteção mais efetiva às partes dessa relação jurídica.

PARTE I CONTRATO DE LICENÇA DE USO DE SOFTWARE

Título I Software

Capítulo 1 Conceito de *software*

Um computador pode ser definido como qualquer máquina capaz de aceitar uma entrada estruturada de dados, processá-la de acordo com regras pré estabelecidas, e produzir uma saída com os resultados.

Os circuitos de computador processam essas instruções lógicas que configuram a entrada estruturada de dados usando duas notações: o número 1 para representar “verdadeiro” e 0 para representar “falso”.

Este é um sistema binário. Um código. O sistema binário é o alfabeto dos computadores eletrônicos, a base da linguagem para a qual todas as informações são traduzidas e na qual são armazenadas e utilizadas no interior de um computador.

Um texto de instruções para o computador também pode ser expresso no sistema binário. Por convenção (ASCII) fixou-se que o número 65 representa o A maiúsculo, o número 66 o B maiúsculo e assim por diante. Num computador, cada um desses números é expresso por código binário: o A maiúsculo, de

número 65, torna-se 01000001. O B maiúsculo, número 66, vira 01000010. Um espaço é representado pelo número 32, ou 00100000. De modo que a frase “Sócrates é homem” torna-se uma fileira de 128 dígitos composta por 1s e 0s:

01010011	10100010	01100011	01110010	01100001
01110100	01100101	01110011	00100000	10000010
00100000	01101000	01101111	01101101	01100101
01101101				

Assim, qualquer série estruturada de instruções pode ser transformada num conjunto de números binários. Com a evolução da computação essa linguagem binária passou a ser substituída por uma linguagem codificada, traduzida para a linguagem de máquina por um programa especialista em traduções de linguagens (compiladores ou tradutores).

Denominam-se Linguagens de Alto Nível aquelas que se expressam o mais possível da mesma forma que as linguagens humanas. Em contrapartida as Linguagens de Baixo Nível são as que mais se aproximam da linguagem de máquina, que oferecem maior dificuldade de conhecimento.

Estas linguagens de computador (elaboradas a partir dos conceitos binários) são linguagens de comandos potentes: basta uma pequena ação humana (o leve pressionar de uma tecla) para desencadear toda uma sequência de comandos até o resultado final. A tradução da linguagem usada pelo programador para a linguagem de máquina é feita pelo programa compilador ou tradutor que geralmente pertence ao conjunto dos programas do Sistema Operacional.

O *software* é assim a série de instruções que fazem com que o *hardware* — as máquinas — realizem o trabalho que se quer. É um produto da intelectualidade, expresso por uma linguagem e gravado em um meio físico.

Sua natureza jurídica portanto é a de um bem intelectual ou imaterial, protegido e regulado pela legislação de proteção dos direitos autorais. Trata-se todavia de um conceito *in fieri*, em construção, porque a inovação tecnológica está alterando essa própria idéia de instruções fixas e determinadas criadas por alguém para que a máquina execute exatamente aquelas instruções pré-determinadas. Está se pesquisando programas capazes de executar silogismos: dada a premissa maior e a premissa menor o computador seria capaz de dar a conclusão lógica ao problema, de acordo com dados habitualmente inferidos da forma de utilização do computador, e, conseqüentemente de raciocínio do usuário. Trata-se de uma evidente revolução na teoria do conhecimento das máquinas, a implicar em mudanças na própria idéia de propriedade intelectual exclusiva do fabricante.

Em termos de classificação de *softwares* podemos agrupá-los em três tipos primordiais, escalados na razão inversa de sua proximidade com o usuário do computador: *firmware*, sistemas operacionais e programas aplicativos.

Firmware são os programas gravados permanentemente em *chips*, dispostos na memória ROM (*Read Only Memory*), memória onde ficam os programas básicos, essenciais para que o computador funcione e se torne receptivo para receber outros programas.

O principal programa gravado (parcialmente) diretamente no chip da ROM é o BIOS (*Basic Input Output System*), que controla diretamente o *hardware*. O BIOS é o primeiro programa que entra em ação a partir do momento em que ligamos o computador, antes da entrada em cena de qualquer outro programa: o BIOS é o responsável por um primeiro teste que a máquina faz em si mesma denominado POST (*Power On Self Test*) e que surge, sempre da mesma forma, na tela do computador, cada vez que o ligamos, informando que a memória está perfeita e disponível, que os periféricos estão OK. etc., além de efetuar outras atividades básicas de processamento.

O BIOS foi desenvolvido pela IBM entre outubro de 1980 e abril de 1981. É um programa geralmente escrito em linguagem ASSEMBLER e, por estar permanentemente gravado na memória ROM permite que os programadores elaborem programas para os Computadores IBM-PC, ou compatíveis com IBM-PC, sem a necessidade de incluir determinadas rotinas básicas, como as que tratam de manejo de unidades de entrada e saída².

Estes programas igualam-se a quaisquer outros e se submetem à disciplina jurídica dos direitos autorais como qualquer programa. A diferença é que esses programas não são adquiridos em disquetes ou CD-ROMs, mas permanecem no interior da máquina.

O segundo tipo de *software* são os sistemas operacionais. São programas que têm por objeto outros programas, controlando funções ou partes da máquina, administrando o processamento, distribuindo tarefas, escalonando entradas e saídas, ocupando racionalmente diferentes setores de memória etc...

De um modo geral os sistemas operacionais são compostos de um módulo básico chamado supervisor e de módulos que gerenciam recursos específicos. O módulo supervisor centraliza a coordenação dos recursos previstos pelo sistema, operando os módulos responsáveis por cada tarefa específica.

Os principais recursos previstos pelo sistema operacional são o gerenciamento dos processos em execução, o gerenciamento do espaço em memória, a alocação e controle de arquivos e periféricos, e a comunicação com o operador.

² CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. *Software: Direito Autoral e Contratos*. Rio de Janeiro: Fotomática; Polar, 1993. p. 57-58.

O terceiro tipo de *software* são os programas aplicativos. São programas desenvolvidos para resolver os problemas do usuário. Há tantos programas aplicativos quanto as necessidades dos diversos grupos de consumidores. São exemplos de programas aplicativos os processadores de texto, as planilhas eletrônicas, os gerenciadores de bancos de dados e diversos tipos de utilitários.

Os programas aplicativos podem ser *software* produto ou *software* desenvolvidos por encomenda. O *software* produto é aquele desenvolvido por uma *software house* visando atender uma necessidade genérica de uma gama indeterminada de consumidores (processadores de texto, planilhas eletrônicas etc.). Ao adquirirem um *software* produto os usuários assinam contratos de adesão denominados **licença de uso**.

O *software* desenvolvido por encomenda é aquele feito sob medida mediante um contrato de desenvolvimento. As partes combinam desenvolver certo programa para resolver problemas específicos de um dos contratantes. Neste tipo de operação ocorre em geral uma cessão de uso com a possibilidade da empresa solicitante fazer quaisquer utilizações comerciais com intuito lucrativo da obra.

Capítulo 2 O desenvolvimento dos softwares

O computador moderno teve sua origem nos Estados Unidos durante a Segunda Guerra Mundial quando um grupo de matemáticos da *Moore School of Electrical Engineering* da *University of Pennsylvania* começou a desenvolver uma máquina eletrônica destinada a acelerar os cálculos das tabelas para dirigir a pontaria da artilharia. Disseminou-se seu uso na década de 50 nos Estados Unidos, com várias empresas competindo pela liderança do mercado.

Até 1964, todo modelo de computador, inclusive quando fabricado por uma mesma empresa, além de possuir projeto exclusivo, exigia um sistema operacional e um *software* aplicativo próprio. Era preciso muito trabalho para migrar de um *software* de um modelo de computador para outro, mesmo quando o *software* era escrito em linguagem-padrão como Cobol ou Fortran.

Entretanto, nesse ano, a IBM produz um computador de arquitetura escalável, a família System/360, os quais, independentemente de tamanho, responderiam ao mesmo conjunto de instruções. Modelos construídos com diferentes tecnologias, desde os mais lentos aos mais rápidos, desde as máquinas de pequeno porte que cabiam num escritório de tamanho normal, até os gigantes refrigerados a água, enclausurados em cabines climatizadas de vidro, todos eram capazes de executar o mesmo sistema operacional. Os usuários poderiam transferir as suas aplicações e periféricos, acessórios, tais como discos, unidades de

fita e impressoras, livremente de um modelo a outro. A arquitetura escalável reformulou por completo a indústria³.

O System 360 foi um sucesso absoluto e fez da IBM a mais dinâmica das empresas ligadas à fabricação de *mainframes* durante os anos seguintes. Os usuários investiram muito no 360, confiantes de que seu comprometimento com *software* e treinamento não seria desperdiçado. Se precisassem passar para um computador maior, poderiam obter um IBM capaz de rodar o mesmo sistema e partilhar da mesma arquitetura.

Tal sucesso atraiu competidores, principalmente ex-funcionários da IBM que criando novas empresas procuraram construir computadores totalmente compatíveis com o *software* do IBM 360. Assim passou a existir no mercado *hardware* capaz de rodar não só com os mesmos sistemas operacionais e as mesmas aplicações dos computadores da IBM mas também por preços sensivelmente menores que os computadores IBM. Logo o sistema IBM converteu-se no *hardware* padrão do mercado.

No que se refere aos computadores pessoais equipados com microprocessadores, terreno onde não imperava a IBM, a principal fornecedora de *hardware* dos EUA era a DEC e os usuários desses computadores tinham de fazer seus próprios programas pois não havia *softwares* aplicativos para esses computadores de baixo custo. Para desenvolver esses programas aplicativos eles utilizavam sobretudo o *Microsoft Basic*, escrevendo seus próprios programas em linguagem *Basic*.

No verão de 1980 a IBM, líder incontestado do mercado de *hardware*, com mais de 80% das vendas de computadores de grande porte, resolve entrar no mercado de máquinas pequenas e baratas tanto para consumidores particulares quanto para empresas. Para tanto, associa-se à *Microsoft* que forneceria o sistema operacional e à Intel que forneceria o microprocessador para os computadores IBM. A *Microsoft* cria então o que viria a ser o sistema operacional mais famoso do mercado o MS-DOS ou Sistema Operacional de Disco da *Microsoft*.

Fornecendo seu sistema operacional junto com os computadores IBM a uma taxa irrisória de licença de uso (60 dólares) a *Microsoft* transforma o MS-DOS no padrão do mercado. Em três anos quase todos os padrões concorrentes de computador e de sistemas operacionais haviam desaparecido.

Em 1983 a *Microsoft* começa a desenvolver uma interface gráfica para tornar o MS-DOS mais amigável para o usuário, em estratégica ocupação de espaço mercadológico. Assim os micros se tornariam mais fáceis de usar e facilitariam a vida de quem já possuísse o equipamento, atraindo ainda clientes sem tempo de aprender a trabalhar com interfaces complicadas.

³ GATES, Bill. *A Estrada para o futuro*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 55-56.

Porém um fato grave viria a atrapalhar a parceria até então absolutamente proveitosa entre a *Microsoft* e a IBM. Esta última empresa lança em 1984 o seu microcomputador de segunda geração, uma máquina de alto desempenho chamada PC AT, que incorporava o microprocessador 80286 da Intel (vulgarmente conhecido como "286"). Era três vezes mais rápido que o IBM-PC original. O AT fez um enorme sucesso e, um ano depois, era responsável por mais de 70% de todas as vendas de microcomputadores. Porém, os microcomputadores passaram a ameaçar as vendas de seus computadores profissionais e a IBM procurou frear o desenvolvimento do PC para evitar a canibalização de seus produtos mais caros. Assim, decidiu adiar o lançamento do PC equipado com o potente chip 386 da Intel, sucessor do 286, para proteger as vendas dos minicomputadores *low end*, máquinas de médio porte que não tinham muito mais capacidade que um PC 386. O atraso permitiu que outra empresa, a Compaq, fosse a primeira a lançar o 386 em 1986, abalando o império da IBM.

Para recuperar o tempo perdido a IBM decidiu construir computadores e escrever sistemas operacionais total e exclusivamente dependentes um do outro, de modo a paralisar os concorrentes ou obriga-los a pagar salgadíssimas taxas de licença. A estratégia era tornar obsoleto todos os microcomputadores "compatíveis com IBM" que estavam sendo fabricados.

Nesse ponto seus interesses colidem com os interesses da *Microsoft* que dedicava parte considerável de suas atividades ao fornecimento do MS-DOS a fabricantes de micros compatíveis com os sistemas IBM. A *Microsoft* abandona o projeto de um sistema operacional conjunto com a IBM (o OS/2) e decide partir para a criação de sua própria interface gráfica para DOS, o *Windows*.

Lançado em abril de 1987 o OS/2 da IBM apresenta problemas de compatibilidade com os periféricos existentes no mercado e não consegue atingir o gosto popular. Ao não conseguir impor seu padrão e insistir no mesmo, a empresa perde o controle da arquitetura de microcomputadores, não sendo mais capaz de, sozinha, levar toda a indústria a adotar um novo projeto. Enquanto isso o *Windows*, um *software* menor que ocupava muito menos espaço em disco rígido e podia funcionar em máquinas com menos memória, passa a ocupar crescentes nichos de mercado⁴.

Hoje o *Windows* é o padrão do sistema operacional para microcomputadores. Seu sucesso é explicado pelo seu criador, Bill Gates, como uma espiral de retorno positiva, espiral essa formada por todos os aplicativos produzidos pelas várias empresas de *software* que utilizam-se da plataforma *Windows*. Quanto mais produtos destinados a rodar em plataforma *Windows* existirem no mercado, mais se incrementam as vendas do próprio *Windows* e dos demais *softwares* compatíveis com o *Windows* da *Microsoft*. A *Microsoft* é hoje uma empresa de 236 bilhões de dólares e a fortuna pessoal de seu dono, Bill Gates, está avaliada

⁴ GATES, Bill. *Op. cit.*, p. 55-86.

em 55,5 bilhões de dólares, uma das maiores do mundo. Por outro lado a Microsoft se constitui hoje numa multinacional do *software*, com virtual monopólio desta atividade, sendo alvo de incessante controle pela Comissão *Antitrust* do governo norte-americano.

Capítulo 3 Os contratos de *software*

Os contratos de *software* no Brasil são regulados pela Lei de Direitos Autorais (Lei 5.988 de 14.12.1973) e pela Lei do *Software* e seu Decreto regulamentador (Lei 7.646, de 18.12.1987).

Esses contratos deverão ser escritos de acordo com a determinação do art. 53 da Lei 5.988/73:

Art. 53. A cessão total ou parcial dos direitos do autor que se fará sempre por escrito, presume-se onerosa.

A proteção aos direitos relativos aos programas de computador é assegurada pelo prazo de 25 anos a contar do seu lançamento em qualquer país. Assim, um programa que tenha sido lançado nos Estados Unidos há 10 anos atrás e só agora tenha ingressado no Brasil, fica protegido legalmente pelo prazo de 15 anos, caindo a partir daí em domínio público. A lei prevê também que a proteção legal do *software* de origem estrangeira só será assegurada se no país de origem do programa for concedido aos programas brasileiros direitos equivalentes em extensão e duração.

Não constituem ofensa ao direito de autor de um programa de computador a reprodução de cópia legitimamente adquirida desde que indispensável à utilização adequada do programa, a citação parcial para fins didáticos identificada a fonte, a integração de um programa com suas características essenciais a um sistema aplicativo ou operacional desde que de uso exclusivo do usuário.

Os principais tipos de contrato que possuem o *software* como objeto são:

- Contratos de cessão ou licença de uso;
- Contratos de distribuição ou revenda;
- Contratos de manutenção;
- Contratos de desenvolvimento de sistemas por encomenda;
- Contratos de edição.

Os contratos de distribuição ou representação de *software* são aqueles realizados entre dois contratantes, a *softhouse* e o representante, pelo qual o representante adquire o direito de comercializar o produto.

Na maioria das vezes estes contratos estipulam que os vendedores não poderão nomear outros revendedores ou revender os produtos; deverão seguir certos padrões de condições de licença de uso; a garantia final será dada pelo fornecedor que prestará também os serviços de manutenção.

Pode ser exigido pelo fornecedor nesse contrato uma caução em garantia pelos produtos fornecidos, em valores fixos por ano, que equivalerão a “x” produtos e serão, ao final, creditados ao distribuidor. A caução é empregada habitualmente em contratos entre empresas nacionais e estrangeiras.

Outro tipo bastante comum de contrato envolvendo *software* é o de manutenção de programa de computador. Por esse contrato a empresa contratada assume a obrigação de, dentro de um plano de visitas e trabalhos previamente combinado, efetuar periódicos exames no equipamento de forma a detectar possíveis defeitos que sejam iminentes e, de forma preventiva, agir antes que os problemas aconteçam de maneira que o computador funcione normalmente sem problemas.

É essencialmente um contrato de manutenção preventiva realizado comumente através de programas que gravam informações e relatórios de manutenções anteriores, desde o início de funcionamento do equipamento, de modo a detectar com facilidade os possíveis defeitos.

A manutenção também pode ser corretiva. O usuário chama a empresa contratada após ocorrer o problema e esta age para corrigir um defeito manifestado.

Geralmente os contratos de manutenção são exclusivos, ou seja, só a empresa contratada pode fornecer a manutenção – já que é imprescindível conhecer o código fonte para poder trabalhar com o programa – e contém cláusula que estabelece a necessidade da empresa prestadora ter facilidade de acesso às instalações para poder executar satisfatoriamente o seu trabalho.

Quando a manutenção é fornecida pelo próprio fornecedor do *software* é comum virem juntos, em um só instrumento, os contratos de licença de uso e de manutenção. As condições do contrato variam em função das características de fato do produto e das possibilidades da contratante sendo os contratos em geral de duração de 12 meses, renováveis, com pagamentos mensais.

Outro contrato de *software* importante é o contrato de desenvolvimento de sistemas por encomenda. Por esse contrato uma empresa (na maioria das vezes) contrata com outra empresa ou com uma pessoa física o desenvolvimento de um sistema sob medida ou por encomenda. Por “sistema” deve-se entender um conjunto de programas ou de módulos de programas que precisa ser desenvolvido por completo ou parcialmente para atender a necessidades específicas da empresa contratante.

A natureza jurídica desse contrato é a de um contrato de prestação de serviços e não de fornecimento de mercadoria, sendo portanto devido à Fazenda Pública apenas o pagamento de ISS.

O pagamento é usualmente feito ao final, de uma só vez, com a apresentação do sistema concluído, testado, dado oficialmente como pronto e mediante a entrega da documentação completa e conferida. Deve-se efetuar nesses contratos uma aceitação formal do sistema por parte da contratante, para salvaguardar os direitos de ambas as partes do contrato.

O contrato de edição ou contrato de *publishers* é o tipo mais recente dos contratos envolvendo os *softwares*. Consiste numa prestação de serviços semelhante à realizada pelos editores de livros, pela qual a empresa contratada (distribuidora) se dispõe a assumir a responsabilidade pela estrutura comercial de programas de computador criados por terceiros, ou seja, desde a concepção da embalagem do produto até a sua distribuição no mercado.

Finalmente, veremos no próximo título o objeto propriamente dito deste trabalho que são os contratos de licença ou cessão de uso de *software*.

Título II

Contrato de licença de uso de *software*

Capítulo 1

Características gerais

A Lei 7.646/87 em seu art. 27 estabelece que a exploração econômica de programas de computador será objeto de contratos de licença ou cessão de uso livremente pactuados pelas partes.

A doutrina estabelece uma distinção de gênero para espécie entre as figuras jurídicas da cessão e a da licença. Na cessão de uso ocorre uma transferência de direitos, ou seja, o beneficiário tem o direito não só de usar mas também de fruir, podendo utilizar economicamente a obra que lhe foi atribuída.

A licença de uso permite apenas a utilização direta da obra dentro de formas restritas e determinadas no contrato.

O contrato de licença de uso de *software* deve conter basicamente o objeto, a definição e a especificação do programa, as condições de aceitação e garantia, a previsão de manutenção ou não, os termos de treinamento de pessoal, o direito de aquisição de novas versões, os custos e encargos e o termo de duração do contrato, características que serão a seguir esmiuçadas.

Capítulo 2

Objeto, definição e especificação do programa

O *software*, por definição, é um produto intelectual, uma série de instruções para que a máquina realize determinados procedimentos; assim é somente com a utilização que se pode avaliar o desempenho do produto.

Portanto, nesses contratos devem constar:

- a) descrição funcional do *software*, quer dizer: 1 – todas as tarefas que o *software* deve cumprir; 2 – todas as entradas; 3 – todas as saídas; 4 – todas as necessidades de processamento; 5 – todos os arquivos de dados; 6 – volumes de atividades e arquivos;
- b) descrição da marca do equipamento onde o *software* deve operar, incluindo: 1 – restrições de armazenagem; 2 – restrições em matéria de equipamentos periféricos; 3 – procedimentos de transmissão de dados; 4 – interface de comunicação;
- c) descrição da marca do *software* dentro do qual o programa deve residir incluindo: 1 – especificações dos sistemas operativos; 2 – as linguagens de programação; 3 – outros programas com os quais o *software* do cliente deve interconectar-se de maneira apropriada; 4 – qualquer sistema de nomenclatura que deve ser usado para os programas;
- d) informes concernentes ao rendimento do *software* com relação a: 1 – sua organização interna; 2 – sua velocidade de execução; 3 – sua capacidade de aperfeiçoamento e modificação; 4 – suas propriedades de detecção de erros; 5 – suas propriedades de correção e recuperação de erros; e 6 – qualquer restrição de atividades que o usuário deve evitar;
- e) normas de programação e documentação incluindo detalhes quanto a: 1 – conteúdo da documentação; 2 – quantidade; 3 – formulários; 4 – natureza e alcance da codificação⁵.

Essas especificações devem estar completas no momento da celebração do contrato, devendo estar incorporadas como parte dele, particularmente quando se tratar de contratos standard de licença de uso de *software*.

Em geral, nos contratos de licença de uso de *software* o cliente só recebe o código objeto, isto é, um programa legível para a máquina mas não o acesso ao código fonte. Tal fato cria severas limitações nesses contratos: em primeiro lugar criam a dependência do provedor para a manutenção do *software*; excluem também a possibilidade de modificação e aperfeiçoamento do programa por parte do usuário para o atendimento de suas necessidades específicas.

⁵ CORREA, Carlos M. *et alii*. *Derecho informático*. Buenos Aires: Depalma, 1994. p. 192.

Além disso, deixam o usuário em situação deveras desvantajosa caso o provedor suspenda suas operações, abra falência ou de qualquer outro modo interrompa seus serviços de manutenção. A lei brasileira prevê uma garantia ainda muito débil para esses casos, ao exigir como condição para a comercialização do *software* o registro de seu programa fonte; entretanto, não prevê o seu fornecimento obrigatório aos usuários no caso de falência da empresa, nem solucionam os casos concernentes aos usuários não programadores.

Outra questão importante no que concerne às especificações diz respeito à documentação do programa, isto é, os registros escritos sobre a maneira como foi elaborado o programa, o que este faz e a maneira de usá-lo. Em geral a documentação deve conter:

Documentação do usuário:

- a) instruções escritas que sirvam de guia para o operador em computação sobre a maneira de carregar e transferir o programa e sobre a maneira de manejar as exceções (por exemplo quando o programa rejeita dados por estarem em formato equivocado etc.);
- b) instruções escritas para os operadores de entrada quanto à maneira de identificar os dados de entrada;
- c) diagrama de fluxos funcionais ou de sistema mostrando em linhas gerais de que maneira funciona o sistema.

Documentação do sistema/programa:

- a) diagramas do fluxo do programa resumindo cada programa (e que provavelmente serviram de guia ao programador para escrever o programa);
- b) sequência do código fonte⁶.

Ainda na questão referente à definição do *software*, assume relevância o aspecto concernente à titularidade do mesmo.

No contrato de licença de uso de *software* (pré-impresso) se procura fundamentalmente estabelecer as regras para o uso não exclusivo desse programa, protegendo a propriedade do seu produtor. Daí decorrem as tradicionais proibições de ceder, vender, dar em locação, alterar ou fazer cópias sem expressa autorização do fornecedor, também se proibindo o uso do programa para fins diferentes daqueles para os quais foi adquirido, como, por ex., prestar serviços a terceiros.

O licenciante geralmente também não se responsabiliza por problemas, erros, danos ou prejuízos advindos de: falhas no *software* constatadas após o período de garantia; quaisquer alterações efetuadas sem autorização expressa,

⁶ CORREA, Carlos M. et alii. *Op. cit.*, p. 193.

seja no programa fornecido, seja no equipamento; má operação ou operação indevida sem sua expressa anuência; decisões tomadas com base em informações, quaisquer que sejam, fornecidas pelo *software*.

Uma condição que também costuma ser estipulada nesses contratos é a que obriga o licenciado, caso o equipamento onde se encontra instalado o *software*, objeto do contrato, seja apreendido, retomado, arrestado, seqüestrado ou simplesmente ameaçado por quaisquer medidas judiciais que o retirem da posse e uso do licenciado, a destruir ou remover o programa, de forma a que o equipamento seja transladado sem o *software* e, conseqüentemente, de forma a se evitar que o *software* caia em mãos de terceiros não obrigados⁷.

Capítulo 3 Condições de aceitação e garantia

Um aspecto importante dos contratos de *software* é o de que maneira e quando é aceito o *software*. Nos contratos pré-impressos em geral inexistem disposições sobre este tema ou então estas carecem do necessário equilíbrio com respeito à proteção dos interesses e direitos do usuário.

É desejável que seja dado ao futuro usuário referências (que podem ser na forma de programas shareware, de aplicabilidade limitada) de forma que se permita a este avaliar o *software* antes de ver-se obrigado a efetuar qualquer pagamento. Tais provas dariam ao usuário uma oportunidade de conhecer o programa e de medir e comparar a quantidade de uso da unidade central de processamento (CPU), a memória dos núcleos, o armazenamento de discos e outros parâmetros.

Não sendo isto possível, de qualquer maneira, depois do licenciamento deveria começar um período de prova adequadamente largo (p. ex., 90 dias) durante o qual o usuário pudesse pôr à prova o *software* sob condições operativas reais, em face de suas necessidades e com dados verídicos.

Efetuada esta, se estabeleceria um limite de tempo depois do qual se consideraria que o *software* teria sido automaticamente aceito. Porém tal presunção deveria ter por base o uso produtivo do cliente e não o mero decorrer do tempo. Desde que este pudesse provar que não foi possível, por razões independentes de sua vontade, de fazer uso produtivo do programa no período de prova, tais dados, desde que comprovados, deveriam prevalecer de forma a garantir ao cliente o direito de provar efetivamente o *software* recebido.

No que se refere às garantias é patente o desequilíbrio entre as partes no contrato de licença de uso de *software*.

⁷ CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. *Op. cit.*, p. 86.

Um dos tópicos mais vagos em muitos contratos de *software* está relacionado com as garantias outorgadas pelo provedor com respeito ao funcionamento. As típicas cláusulas em contratos pré-impressos excluem usualmente qualquer garantia, ou a limitam a uma obrigação de levar a cabo os melhores esforços no sentido de corrigir qualquer falha identificada. Esta solução deixa o usuário sem proteção real alguma frente ao inadimplemento por parte do provedor em proporcionar um *software* apropriado.

Em outras palavras, o provedor não garante que o *software* se ajustará às necessidades do usuário nem que o *software* seria capaz de passar sem objeções ao circuito comercial ou que se ajusta ao fim ordinário para o qual é utilizado.

Portanto para que a garantia do contrato seja efetiva devem estar presentes os seguintes elementos:

- a) em primeiro lugar a definição de um “período de garantia” dentro do qual o provedor se veria obrigado a manter a operatividade do *software* sem encargo, e a desenhar, codificar e verificar a documentação e a entregar quaisquer emendas requeridas para corrigir erros que afetem a dita operação. Este requisito pode restringir-se, excluindo aqueles erros triviais ou pequenos que não prejudicam significativamente o rendimento conforme as especificações.
- b) devem ser incluídas também punições apropriadas para os casos em que o provedor não cumpra adequadamente suas obrigações. A prática geral nos acordos pré-impressos é de evitar tais soluções e de excluir qualquer responsabilidade que surja do inadimplemento.

A garantia desses contratos deve abranger também a violação dos direitos de terceiros. Deste modo deve ser garantido ao usuário proteção contra qualquer ação empreendida por um terceiro com base na violação de sua propriedade intelectual, de sua patente ou de outros direitos.

Na hipótese em que se prove que o *software* em questão está sujeito a direitos de terceiros o provedor deve ser obrigado a, alternativamente:

- a) proporcionar ao usuário o direito de continuar usando o dito *software*;
- b) reelaborar ou modificar o *software* na medida necessária para evitar a violação;
- c) eliminar o dito *software* ou uma parte dele e reembolsar o usuário na parte proporcional do honorário.

Nessas duas últimas situações, deveria permitir-se contratualmente ao usuário rescindir o contrato, já que seu objeto havia sofrido alterações que podiam afetar seu interesse em manter a relação contratual⁸.

⁸ CORREA, Carlos M. et alii. Op. cit., p. 197-199.

Capítulo 4

Fixação do preço

As disposições a respeito do preço do *software*, se não estão adequadamente redigidas, podem criar riscos substanciais para o usuário. Nos contratos pré-impressos dos grandes fabricantes que também subministram sistemas operativos, resultam habituais as cláusulas abertas que permitem ao provedor dispor de uma grande flexibilidade na fixação e revisão de preços, sem nenhum vínculo real com o cumprimento da obrigação.

Nos contratos de licença de uso de *software*, além do preço, deve-se considerar outros custos indiretos, principalmente de instalação, capacitação, manutenção, cópias adicionais da documentação, tempo de máquina e, eventualmente, conversão e adaptação ao cliente do *software* transferido. O contrato portanto deve ser o mais preciso possível sobre essa questão, incluindo, em particular, tudo aquilo relacionado com o alcance das obrigações de manutenção e do tratamento das atualizações e aperfeiçoamentos.

Capítulo 5

Restrições ao uso do software

As restrições ao uso contidas nos contratos de *software* representam uma ferramenta comum e importante do provedor a fim de obter o máximo de ingressos a partir da comercialização de um *software*, aumentando ou fixando um novo preço conforme o número ou tipos de usos. Tais restrições podem incluir, conforme as práticas correntes dos provedores mais importantes, algumas ou todas das seguintes cláusulas:

- a) uma limitação de uso para só um usuário especificado;
- b) uso restrito a um lugar determinado, geralmente definido por um domicílio postal e um edifício únicos;
- c) uso para apoiar exclusivamente terminais operados pelo usuário;
- d) uso em uma única unidade central de processamento (CPU);
- e) uso em uma CPU por vez em um lugar que dispõe de vários sistemas adequadamente configurados;

O problema do uso em mais de uma CPU do usuário pode ser resolvido obtendo-se uma tarifa reduzida para qualquer licença sucessiva de um mesmo programa. Outra solução para os grandes usuários é a negociação de uma licença matriz que pode reduzir notoriamente o preço no conceito de licença. Um problema prático que deve afrontar-se neste último caso é o de se avaliar se as várias CPUs do usuário são compatíveis (se não o são, o provedor solicitará normalmente um maior honorário para cada versão do *software* que se requeira).

Em uma licença matriz, também deve-se tratar a questão da centralização dos pedidos de serviço, de garantia e manutenção⁹.

PARTE II PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Título I A idéia de boa-fé

Capítulo 1 Relevância da idéia de boa-fé

Reconhecem a maioria dos autores, sobretudo após a consagração do princípio nos Códigos Civis alemão e austríaco, a importância da boa-fé como dever imposto as partes de agirem com correção e lealdade uma com a outra.

Sendo um princípio geral de Direito, a boa-fé tem natureza juscultural, fundada, dimensionada e explicada em termos históricos. Está ligada ao estágio de desenvolvimento cultural atingido por cada povo e é insuscetível de definição positiva esgotante de sua diversidade¹⁰.

A boa-fé assume relevância na prática jurídica a partir das transformações advindas da Revolução Industrial que estabelecem um novo padrão frenético de realização das transações civis e comerciais. Tal frenesi obriga os contraentes a se relacionarem, cada vez mais, dentro de estreitas relações de confiança e lealdade dada a multiplicidade de operações a realizar num mundo em incessante mudança.

Assim, impunha-se que além das disposições expressas do contrato, tal como disposto no Código napoleônico¹¹, também fosse tutelada a confiança legítima das partes no regular cumprimento do contrato.

Essa nova mentalidade expressa-se sobretudo na Alemanha a partir da jurisprudência dos Tribunais Comerciais, e, particularmente, do Oberappellationsgericht zu Lübeck (OAG Lübeck), tribunal superior de apelação comercial criado em Lübeck em 1815 por quatro cidades livres do Ocidente alemão – Lübeck, Hamburgo, Bremen e Frankfurt – por força do incremento das necessidades comerciais e com jurisdição sobre as cidades em causa¹².

Segundo Menezes Cordeiro, ainda que num estágio embrionário, denota-se já a presença dos vetores futuros da evolução do conceito: o exercício inadmissível de posições jurídicas, a interpretação objetiva e os deveres de comportamento no tráfego. Tudo isso traduzia a vitalidade do fator germânico da tradição romanística, o poder juscritativo das necessidades reais e um certo desapego jurisprudencial perante a doutrina, dadas as insuficiências desta¹³.

O BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), em vigor a partir de 1900, consagra o novo princípio ao dispor em seus §§ 242 e 157:

*§ 242 O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego*¹⁴

§ 157 Os contratos interpretam-se como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego.

Segue-se o Código Civil Suíço, vigente desde 1912, que estabelece em seu art. 2º: “*chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi*” e muitos outros que estabeleceram princípios análogos¹⁵.

No Brasil o Esboço do Código Civil de Augusto Teixeira de Freitas já previa em 1864 a interpretação dos contratos segundo a boa-fé:

*Art. 1954. Os contratos devem ser cumprido de boa-fé, pena de responsabilidade pelas faltas (arts. 844 a 847) segundo as regras do art. 881. Eles obrigam não só ao que expressamente se tiver convencionado, como a tudo que, segundo a natureza do contrato, for de lei, equidade, ou costume*¹⁶.

¹³ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Op. cit.*, p. 319.

¹⁴ Os “costumes do tráfego” [Verkehrssitte], de natureza discutida, são mais do que meros usos, mas menos que Direito consuetudinário.

¹⁵ Codice Civile d'Italia – 1942 – art. 1.175 – “il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza”

Art. 1.337. “le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede”

Código Civil Português/1966, art. 227/1. “Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”

Art. 762/2. “No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé”

Título preliminar do Código Civil Espanhol: “los derechos deben ejercitarse conforme a los dictados de la buena fe”
Código Civil argentino modificado pela Lei 17.711 de 22.4.1968: art 1198 – “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosimilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”

¹⁶ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. Brasília: Ministério da Justiça; Universidade de Brasília, 1983. v. II, p. 364

⁹ CORREA, Carlos M. *et alli*. *Op. cit.*, p. 205-206.

¹⁰ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1984. v. I, p. 18.

¹¹ *Code Civil Français, art. 1134 al. 1 – Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.*

¹² CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Op. cit.*, p. 316.

O Código Civil de 1916 não contemplou expressamente o princípio da boa-fé embora este possa ser desvelado em diversos dispositivos esparsos.

A reforma do Código Civil, Projeto de Lei 634-B, de 1975, aprovado pela Câmara dos Deputados em 1984, consagra diversos preceitos ao princípio da boa-fé:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 187. também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 422. os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.

O Código de Defesa do Consumidor veio por fim a consagrar especificamente o princípio da boa fé em seus arts. 4º, III, e 51, IV.

A expansão do princípio da boa-fé pode ser associada à falência do conceptualismo – redução do sistema a conceitos, com recurso simples à lógica formal – ao fracasso do positivismo legalista exegético – solução de casos concretos com recurso à lei como texto – ou ainda aos óbices da subsunção – passagem mecânica, passiva, do fato à previsão normativa, de modo a integrar a premissa maior do silogismo judiciário – na busca de soluções que a realidade impõe ao Direito. Na procura de uma atividade jurídica criadora e prática, o Direito cria a partir do ordenamento “pensamentos jurídicos gerais” ou “princípios” que irão informar a própria idéia da lei. Esses princípios jurídicos não são nem “proposições jurídicas” (normas), ainda que entendidas de maneira muito ampla, nem “proposições” na acepção da lógica (proposições axiomáticas de que pudessem ser inferidas, por dedução racional, concretas proposições de dever). O princípio jurídico, ao contrário, é descoberto originariamente no caso concreto; só depois se constitui numa fórmula que sintetiza uma série de pontos de vista que, nos casos típicos, se revelam adequados. Assim, se o caso é atípico, ou se sobrevém uma modificação, ainda que mínima, dos critérios culturais de valor que historicamente deram vida ao princípio, a solução do caso pode vir a ser precisamente a contrária. Por outro lado, mesmo depois de descoberto o princípio, o seu desenvolvimento ulterior na jurisprudência não é simples aplicação, mas um processo de permanente conformação. Para adquirir eficácia prática, o princípio precisa ainda de uma cunhagem judicial ou legislativa, que o transforme em injunção vinculativa, visto que, em regra, o princípio não contém por si próprio essa injunção, por lhe faltar a determinabilidade dos casos de aplicação que caracteriza a proposição jurídica enquanto tal¹⁷.

¹⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989. p. 162-163.

Esse rigor jurídico associado à maleabilidade da aplicação definida em última instância em termos culturais e históricos, explica o desabrochar dessa concepção principiológica do Direito e seu desenvolvimento na moderna ciência jurídica.

A idéia de boa-fé como regra de conduta abrange assim em sua concepção totalizante os principais institutos que se desenvolveram nesse século no direito obrigacional como a responsabilidade pré-contratual, a teoria do abuso de direito, o reconhecimento dos deveres acessórios ou laterais e a tutela da aparência jurídica¹⁸.

Capítulo 2 Boa-fé subjetiva e objetiva

Existem duas acepções de boa-fé ou duas boas-fés no sentido jurídico. A primeira é a boa-fé subjetiva que os alemães definem como Guter Glauben (boa-crença) e a segunda a boa-fé objetiva referida por Treu und Glauben (lealdade e crença).

A boa-fé subjetiva ou boa-fé crença, na definição de Fernando Noronha, diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes ao sujeito. É o estado de ignorância acerca das características da situação jurídica que se apresenta, suscetíveis de conduzir à lesão de direitos de outrem. Na situação de boa fé subjetiva, uma pessoa acredita ser titular de um direito, que na realidade não tem, porque só existe na aparência. A situação de aparência gera um estado de confiança subjetiva, relativa à estabilidade da situação jurídica, que permite ao titular alimentar expectativas, que crê legítimas¹⁹.

Discute-se na doutrina os elementos que caracterizam a boa-fé subjetiva: se a simples ignorância do interessado acerca da situação jurídica que caracteriza a boa-fé psicológica ou se seria exigível um estado de ignorância desculpável no chamado entendimento ético da boa-fé.

A primeira concepção remonta ao art. 550 do Código Civil francês²⁰, que não exige mais do que o simples desconhecimento do fato para a caracterização da boa-fé. Nessa concepção psicológica, boa-fé contrapõe-se à má-fé, ou seja, a pessoa ignora os fatos, desde que sem incorrer em erro crasso, e está de boa-fé, ou não ignora, e está de má-fé.

¹⁸ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 129.

¹⁹ NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 132.

²⁰ *Code Civil Français*, art. 550. *Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices.*

Il cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus.

Na concepção ética da boa-fé exige-se, para que se possa falar em boa-fé subjetiva, uma ignorância que seja desculpável da situação de lesão do direito alheio. A ignorância seria indesculpável quando a pessoa houvesse desrespeitado deveres de cuidado; ela estaria de má-fé mesmo quando se pudesse atribuir-lhe um desconhecimento meramente culposos²¹.

A boa-fé objetiva ou boa-fé lealdade é um dever – dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura e honestidade para não frustrar a confiança da outra parte.

Três são as notas características da boa-fé objetiva. A primeira pressupõe a existência de duas pessoas ligadas por uma determinada relação jurídica, que lhes imponha especiais deveres de conduta, de cada uma delas em relação à outra, ou, pelo menos de uma delas em relação à outra.

Esses deveres, a segunda nota característica, são aqueles referentes ao comportamento exigível do bom cidadão, do profissional competente, enfim, de uma pessoa diligente, comportamento este expresso na noção de *bonus pater familias*.

Deve-se observar também se a situação criada produziu na contraparte um estado de confiança no negócio celebrado, quando então deverá se tutelar essa expectativa. Desde que a contraparte tenha legitimamente confiado na estabilidade e segurança do negócio jurídico que celebrava impõe-se a tutela dessa confiança pelo princípio da boa-fé objetiva²².

Na concepção objetiva a boa-fé contrapõe-se à ausência de boa-fé e não à má-fé. Assim, em princípio, a atuação em desconformidade com os padrões de conduta exigíveis caracteriza violação do dever de agir de boa-fé (objetiva), mesmo sem má-fé (ou dolo) e sem culpa. Portanto nem sempre a atuação não conforme a boa-fé (objetiva) será ilícita, mas, mesmo quando não ilícita em princípio, continuará sendo geradora de responsabilidade²³.

Título II Boa-fé contratual

Capítulo 1 Alcance da boa-fé contratual

A boa-fé contratual está abrangida de certa maneira pela boa-fé objetiva. Ela traduz-se no dever de cada parte agir de forma a não lesar a confiança da outra parte. Como bem esclarece Karl Larenz, impõe-se em primeiro lugar ao

devedor e ao credor mas abrange igualmente outros participantes da relação jurídica:

tal dever em primeiro lugar dirige-se ao devedor, com o mandado de cumprir a sua obrigação, atendo-se não só à letra, mas também ao espírito da relação obrigacional correspondente... e na forma que o credor possa razoavelmente esperar dele. Em segundo lugar dirige-se ao credor, com o mandado de exercer o direito que lhe corresponde, atuando segundo a confiança depositada pela outra parte e a consideração altruísta que essa outra parte possa pretender segundo a classe de vinculação especial existente. Em terceiro lugar dirige-se a todos os participantes da relação jurídica em questão, com o mandado de se conduzirem conforme corresponder em geral ao sentido e à finalidade desta especial vinculação e a uma consciência honrada²⁴.

A tutela da confiança que fundamenta a boa-fé está ligada àquele espectro da realidade que não pode ser abarcado pela lei, que não pode a tudo prever e regular. Essa adequação, essa fina sintonia entre a realidade e a norma legislada é realizada pelos princípios gerais de Direito e, particularmente, pela boa-fé. Tal intuição já se encontra presente em Aristóteles, que bem define a idéia de conformação da lei pela equidade:

O que faz surgir o problema é que o equitativo é justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda lei é universal, mas a respeito de certas coisas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta. Nos casos, pois, em que é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei considera o caso mais usual, se bem que não ignore a possibilidade de erro. E nem por isso tal modo de proceder deixa de ser correto, pois o erro não está na lei, nem no legislador, mas na natureza da própria coisa, já que os assuntos práticos são dessa espécie por natureza.

Portanto, quando a lei se expressa universalmente e surge um caso que não é abrangido pela declaração universal, é justo, uma vez que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade, corrigir a omissão – em outras palavras, dizer o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse conhecimento do caso.

Por isso o equitativo é justo, superior a uma espécie de justiça – não à justiça absoluta, mas ao erro proveniente do caráter absoluto da disposição legal. É essa a natureza do equitativo: uma correção da lei quando ela é deficiente em razão da sua universalidade.

Com efeito, quando uma coisa é indefinida, a regra também é indefinida, como a régua de chumbo usada para ajustar as molduras lésbicas: a régua não é rígida e adapta-se à forma da pedra²⁵.

²¹ NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 134.

²² NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 137-138.

²³ NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 140.

²⁴ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. p. 148.

²⁵ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco – Livro V – 10*. São Paulo: Nova Cultural, 1987. p. 336.

A boa-fé contratual pode ser entendida portanto como um dever de agir objetivamente de boa-fé. Essa boa-fé objetiva constitui no campo contratual um processo que deve ser seguido nas várias fases das relações entre as partes. Assim, na fase pré-contratual, das negociações preliminares à declaração de oferta, os contraentes devem agir com lealdade recíproca, dando as informações necessárias, evitando criar expectativas que sabem destinadas ao fracasso, impedindo a revelação de dados obtidos em confiança, não realizando rupturas abruptas e inesperadas das conversações etc.

Na fase contratual a conduta leal implica em vários deveres acessórios à obrigação principal, e na fase pós-contratual implica em deveres posteriores ao término do contrato – deveres *post pactum finitum* – como o de guarda de documentos ou fornecimento de material de reposição ou informações a terceiros sobre os negócios realizados²⁶.

A boa-fé contratual definida assim como um processo desdobra-se em diferentes acepções: a função interpretativa da boa-fé, a função integrativa da boa-fé, a função de controle da boa fé e a resolução dos contratos com fundamento na boa-fé, como veremos a seguir.

Capítulo 2

Função interpretativa da boa-fé

A idéia de que os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé significa que os contratos e os negócios jurídicos unilaterais devem ser interpretados de acordo com o seu sentido objetivo, aparente, salvo quando o destinatário conheça a vontade real do declarante, ou quando devesse conhecê-la, se agisse com razoável diligência; quando o sentido objetivo suscite dúvidas, dever-se-á preferir o significado que a boa fé aponte como o mais razoável.

Visa tal idéia de interpretação amparar a tutela da confiança do destinatário da declaração, bem como a assegurar o valor real da aparência, sendo tais elementos essenciais ao intercâmbio de bens e serviços e à segurança das transações.

A segunda acepção da função interpretativa da boa-fé é a que diz respeito à significação a atribuir ao contrato, quando contenha cláusulas ambíguas, isto é, cláusulas cujo próprio sentido objetivo seja duvidoso.

Segundo Fernando Noronha, quando em presença de cláusulas ambíguas deve-se preferir o significado que a boa-fé aponte como o mais razoável. Este autor descreve os meios pelos quais a jurisprudência vem procurando dar conta de tais hipóteses:

- a) pela aplicação do princípio da conservação do contrato, pelo qual deve-se escolher sempre, entre os diversos sentidos possíveis, o que assegure a preservação do contrato;
- b) pela aplicação do princípio do menor sacrifício, ou seja, pela idéia de que o contrato deve ser interpretado no sentido mais favorável à parte que assume obrigações;
- c) pela aplicação do princípio da interpretação contra o predisponente, pelo qual se deve interpretar o contrato sempre no sentido menos favorável a quem o redigiu, disposição esta particularmente relevante no que se refere aos contratos padronizados e de adesão²⁷.

Capítulo 3

Função integrativa da boa-fé

Por função integrativa da boa-fé entende-se a idéia de que os deveres das partes não são, para cada uma, apenas o de realizar a prestação estipulada no contrato ou no negócio jurídico unilateral, eventualmente acrescido de outros deveres previstos pelas partes e ainda dos estabelecidos nas leis, mas que se impõe também a observância de muitos outros deveres de conduta, a partir da análise da obrigação de uma perspectiva sistêmica ou totalizante²⁸.

O princípio da boa-fé regula não apenas a interpretação das cláusulas do contrato referida anteriormente mas ainda o reconhecimento desses deveres secundários (não diretamente pactuados) derivados diretamente do princípio, independentemente da vontade manifestada pelas partes, a serem observados durante a fase de formação e de cumprimento da obrigação. São deveres que excedem o dever de prestação. Assim são os laterais de esclarecimento (informações sobre o uso do bem alienado, capacitações e limites), de proteção (evitar situações de perigo), de conservação (coisa recebida para experiência), de lealdade (não exigir o cumprimento de contrato com insuportável perda de equivalência entre as prestações), de cooperação (prática dos atos necessários à realização dos fins plenos visados pela outra parte) etc.

Deste modo, nos contratos onde se caracterizar a superioridade intelectual, econômica ou profissional de uma parte, e principalmente nos contratos de adesão, com suas condições gerais de negócios, deve-se invocar tal idéia de boa fé para a eventual suspensão da eficácia do primado da autonomia da vontade, a fim de rejeitar-se cláusula violadora ou imposta sem o devido esclarecimento de

²⁷ NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 155-156.

²⁸ NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 157.

seus efeitos, principalmente no tocante à isenção de responsabilidade da estipulante ou limitação de vantagens do aderente²⁹.

Tal criação de deveres jurídicos não expressamente estipulados pelas partes é possível se entendemos o sistema jurídico como uma totalidade sistêmica, normativamente fechado mas cognitivamente aberto.

Gunther Teubner define esse tipo de sistema como um sistema autopoietico onde a clausura normativa autopoietica do sistema jurídico não implica necessariamente numa espécie de autismo sistêmico do mundo jurídico, mas funciona justamente como uma condição de sua abertura aos eventos produzidos no respectivo meio evolvente. O fluxo de eventos extrassistêmicos estimularia os respectivos processos evolutivos internos de seleção gerando o devir do próprio sistema jurídico, ainda que seu critério de relevância básico continuasse a ser definido, em última instância, pela autopoiesis específica de seu próprio sistema, ou seja, pela sua clausura. Referenciando tal idéia com a noção das cláusulas gerais de Direito, vemos que estas, nessa perspectiva, convertem-se em mecanismos de resolução dos conflitos intersistêmicos. Como preleciona Teubner:

*Um direito funcional de conflitos exige, portanto, mecanismos internos de resolução dos conflitos entre os subsistemas sociais, entre as ordens quasi-jurídicas de esferas sociais semi-autônomas, e entre os vários setores internos do sistema jurídico. Um exemplo paradigmático desses mecanismos podemos encontrá-lo porventura nas conhecidas cláusulas gerais do direito privado ("boa-fé", "interesse público"). Na verdade, ainda que outra tivesse sido a sua intenção originária, o elevado grau de abertura e indeterminação dessas cláusulas torna-as particularmente apropriadas ao tratamento dos conflitos entre esferas sociais autônomas, tendo esta inflexão de função sido já considerada como um exemplo primeiro de 'materialização do direito privado'*³⁰.

Assim, como interface do sistema jurídico a boa-fé permite o conhecimento de elementos externos não positivados, ou positivados para outro sentido, que se impõem à consideração, modificando a relação jurídica ou alguns de seus preceitos, que são reelaborados ou desconsiderados em função da atuação prevalente do princípio.

Esses deveres laterais de conduta como acima considerados, podem ser definidos como deveres que não interessando à obrigação principal, são todavia essenciais ao correto processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra. São usualmente divididos em deveres de proteção, de esclarecimento

²⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por inadimplemento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 246.

³⁰ TEUBNER, Gunther. *O Direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1993. p. 230.

e de lealdade. Os primeiros dizem respeito à obrigação das partes de evitar, no curso do fenômeno contratual, que sejam inflingidos danos mútuos, nas suas pessoas ou nos seus patrimônios.

Os segundos obrigam as partes a, na vigência do contrato, informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrências que com ele tenham relação e, ainda, de todos os efeitos que, da execução contratual, possam advir. Os deveres de lealdade obrigam as partes a, na pendência contratual, absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado³¹.

Capítulo 4

Função de controle da boa-fé

A função de controle da boa-fé é limitativa: ela estabelece que o credor, no exercício do seu direito não pode exceder os limites impostos pela boa-fé, sob pena de proceder antijuridicamente.

O exemplo mais significativo é o da proibição do exercício de resolver o contrato por inadimplemento, ou de suscitar a exceção do contrato não cumprido, quando o cumprimento é insignificante em relação ao contrato total.

Essa idéia do abuso de direito desdobrou-se, doutrinariamente, em duas concepções: a primeira, subjetivista, define que só há abuso de direito quando a pessoa age com a intenção de prejudicar outrem. A segunda, objetivista, estabelece que para que o ato seja abusivo basta que ele tenha o propósito de realizar objetivos diversos daqueles para os quais o direito subjetivo em questão foi preordenado, contrariando o fim do instituto, seu espírito ou finalidade.

A primeira concepção de abuso de direito foi consagrada inicialmente pelo BGB que dispôs em suas regras gerais:

Exercise des droits – Interdiction de la chicane

§ 226 *Il n'est pas permis d'exercer un droit lorsque cet exercice ne peut avoir d'autre but que de causer un dommage à autrui.*

Essa disposição do direito germânico, a proibição da chicana no exercício de um direito, encontra sua origem no direito civil prussiano (Cf. LANDRECHT, I.6 § 37 I.8 § 27 – art. 826)³², tendo tido largo emprego em todas as relações contratuais civis.

³¹ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Op. cit.*, p. 604 e s.

³² *Code Civil Allemand* – Traduit et annotés par O. de Meulenaere – Paris, Librairie A. Marescq, 1897 – p. 62.

Paulatinamente porém a jurisprudência alemã vai tomando partido pela concepção objetivista do abuso de direito, fundada na boa-fé, e assim, termina por predominar na decisão dos tribunais alemães a doutrina consagrada no § 242 do BGB:

§ 242 O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa fé, com consideração pelos costumes do tráfico³³.

Quatro são as modalidades principais que assume o abuso de direito dentro de uma perspectiva objetivista da boa-fé: as situações de *venire contra factum proprium*, *supressio*, *surrectio*, *tu quoque*.

A teoria dos atos próprios, ou a proibição de *venire contra factum proprium* protege uma parte contra aquela que pretenda exercer uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente. Depois de criar uma certa expectativa, em razão de conduta seguramente indicativa de determinado comportamento futuro, há quebra dos princípios de lealdade e de confiança se vier a ser praticado ato contrário ao previsto, com surpresa e prejuízo à contraparte. O credor que concordou, durante a execução do contrato de prestações periódicas, com o pagamento em tempo e lugar diverso do convenicionado, não pode surpreender o devedor com a exigência literal do contrato. Para o reconhecimento da proibição é preciso que haja univocidade de comportamento do credor e real consciência do devedor quanto à conduta esperada.

Na *supressio*, um direito não exercido durante um determinado lapso de tempo não poderá mais sê-lo, por contrariar a boa-fé. O contrato de prestação duradoura, que tenha passado sem cumprimento durante longo tempo, por falta de iniciativa do credor, não pode ser exigido, se o devedor teve motivo para pensar extinta a obrigação e programou sua vida nessa perspectiva. Enquanto a prescrição encobre a pretensão pela só fluência do tempo, a *supressio* exige, para ser reconhecida, a demonstração de que o comportamento da parte era inadmissível segundo o princípio da boa-fé.

A *surrectio* consiste no nascimento de um direito, conseqüente à prática continuada de certos atos. A duradoura distribuição de lucros de sociedade comercial, em desacordo com os estatutos, pode gerar o direito de recebê-los do mesmo modo, para o futuro.

Por fim, aquele que descumpriu norma legal ou contratual, atingindo com isso determinada posição jurídica, não pode exigir do outro o cumprimento do preceito que ele próprio já descumpria ("*tu quoque*"). O condômino que viola a regra do condomínio e deposita móveis em área comum, ou a destina para uso

³³ Os "costumes do tráfico" [*Verkehrssitte*], de natureza discutida, são mais do que meros usos, mas menos que Direito consuetudinário.

próprio, não pode exigir do outro comportamento obediente ao preceito. Quem já está em mora, ao tempo em que sobrevêm circunstâncias modificadoras da base do negócio, não pode pretender a revisão ou a resolução judicial³⁴.

Capítulo 5

Extinção das obrigações imposta pela boa-fé

Karl Larenz define que existem certas situações onde a prevalência do princípio da boa-fé chega a justificar a extinção de obrigações e a resolução de contratos: é a denominada frustração do fim contratual objetivo. A boa-fé exige que se dê o contrato por sem efeito quando a finalidade que as partes tinham em vista, e nele pressuposta, se torna definitivamente irrealizável, não obstante as prestações a que ambas se obrigaram, em si mesmas, continuarem objetivamente possíveis³⁵.

O art. 1.198 do Código Civil da Argentina consagrou, na redação dada pela Lei 17.711/68, a possibilidade de resolução do contrato, fundada na boa-fé, se uma das prestações se torna excessivamente onerosa para uma das partes:

Art. 1.198. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosimilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y prevision.

En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviere en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato³⁶.

O dever de agir de acordo com a boa-fé justifica a extinção da relação obrigacional com base na impossibilidade econômica da relação. Surgem obstáculos tais à realização da prestação devida que esta, sem chegar a se tornar irrealizável, fica extremamente difícil ou onerosa para o devedor. Diz-se então

³⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Op. cit.*, p. 249-250.

³⁵ LARENZ, Karl. *Op. cit.*, v. 1, p. 318.

³⁶ Código Civil argentino modificado pela Lei 17.711 de 22.04.1968, art. 1.198.

que, segundo a boa-fé objetiva, o devedor não está obrigado a gastos ou esforços que vão além do limite do sacrifício que seria dele exigível.

PARTE III A BOA-FÉ NOS CONTRATOS DE LICENÇA DE USO DE SOFTWARE

Título Único Informática e boa-fé

Capítulo 1 Expectativas geradas nos contratos de software

A informática trouxe uma verdadeira revolução no que se refere ao conceito de produto para uso e as expectativas que ele gera. Normalmente quando pensamos em um produto nossa expectativa é a que ele simplesmente funcione bem, de acordo com suas especificações técnicas: de um aparelho de CD esperamos que ele reproduza sem ruídos e com alta qualidade sonora os sons previamente gravados em um disco de CD; não esperamos contudo que este possa reproduzir sons gravados em disco de 78 rotações ou mesmo em discos de vinil, seus antecessores na reprodução de sons, ou que seja conectável com outros aparelhos como o videocassete ou uma filmadora.

Tudo se altera contudo quando se pensa num *software*. De um *software*, um editor de textos, *Microsoft Word 6.0* por exemplo, legitimamente esperamos que este primeiramente possa rodar em qualquer máquina (compatível com IBM-PC, *Macintosh* etc.), que seja retro-operante, ou seja, que possa reconhecer textos escritos em antigos processadores como o *Wordstart 1.0* ou o velho EDIT do DOS; espera-se também que o programa seja compatível com todas as plataformas disponíveis no mercado (OS-2, *Windows*, *Apple* etc.); espera-se ainda que este possa operar em compatibilidade total com outros aplicativos, sejam estes *Microsoft*, *Lotus* etc... Portanto o “passado informático” deve ser perfeitamente ajustável ao programa e sua tutela jurídica é uma expectativa legítima.

Do mesmo modo o presente aguarda tutela. Ao comprar um programa a expectativa é a de que ele não só seja compatível com os padrões de plataforma atuais do mercado mas que também rode nas modificações tecnológicas que estão surgindo. Exige-se o melhor de dois mundos. É legítimo esperar que este programa possa fazer tudo aquilo que a sua propaganda diz que ele realiza e, ao mesmo tempo, que possa conformá-lo e modificá-lo à saciedade para atender às necessidades particulares dos usuários.

Mas ainda, os *softwares* estão ficando cada vez maiores, consumindo cada vez mais memória e sobretudo ficando cada vez mais caros; assim, tendo

dispendido uma soma considerável na compra de cada um deles é correto esperar que sejam eternamente compatíveis com as novas inovações tecnológicas, que sempre se possa rodar em um futuro e sofisticadíssimo computador o velho editor de textos, tal como até hoje posso ouvir na vitrola os discos de 78 rotações ou dirigir um antigo Ford modelo T de 1929. Enfim, é legítimo esperar uma conectividade absoluta e duradoura, que o programa seja eterno enquanto dure. Mais do que isso também é necessário ter um direito de *upgrade* indeterminado. Desde que se compre determinada marca de *software* tem que ser garantido o direito de comprar todas as novas versões, pagando apenas aquilo que constitui a justa retribuição em relação ao valor agregado ao programa (suas novas funções) e não ser obrigado a comprar novamente um produto que de certa maneira já se possui (em versão menos desenvolvida). A tutela legítima do futuro em termos de programa de computador deve abranger ainda todas as funções desempenhadas pelo velho programa que deverão estar disponíveis em sua versão *upgrade*, sendo inadmissível a retirada intempestiva de qualquer dos atributos do programa.

Do mesmo modo a minha capacitação pessoal para o uso de determinado programa tem de ser respeitada, uma vez que, certamente, foi gasto muito tempo, dinheiro, e treinamento aprendendo a operar este programa. Assim, a nova versão deste programa deve conservar todos os mecanismos e a lógica de funcionamento deste, como um dever lateral de cuidado, de modo a não lesar seus usuários.

Esta é, num pequeno resumo, a expectativa legítima de um usuário quando adentra numa loja de venda de *softwares*. Trata-se de uma profunda e radical revolução no entendimento do que deva ser a tutela de confiança das partes numa relação de consumo; por uma simples razão: um *software* nada mais é do que um conjunto de instruções dadas a uma máquina para a realização da minha vontade, dos meus desígnios. Como bem se expressa Bill Gates:

Os computadores são maravilhosos porque quando você trabalha com eles obtém resultados imediatos que lhe permitem saber se seu programa funciona. Poucas coisas na vida dão um retorno desses. Foi aí que comecei meu fascínio por software. O retorno dado por programas simples é particularmente desprovido de ambigüidade. Até hoje vibro ao pensar que, quando o programa dá certo, ele funciona perfeitamente bem o tempo todo, toda vez que eu uso, do jeito como eu disse para fazer³⁷.

Assim, um programa de computador não é um mero objeto de consumo que realiza uma ou algumas funções bem determinadas, mas sim, dependendo do programa, um instrumental para que eu realize virtualmente o que eu quiser,

³⁷ GATES, Bill. *Op. cit.*, p. 12.

dentro de sua especificidade. É, em suma, o poder da vontade instrumentado e potenciado em uma determinada direção, livre de freios ou ambigüidades.

Deste modo, dada a autonomia de cada indivíduo para regular seus próprios interesses, dentro daquela esfera permitida pelo ordenamento³⁸, é legítimo esperar que um programa de computador possa efetivamente ser essa vontade ampliada, potenciada em determinada direção e regida por dada especificidade, vontade esta que não pode deixar de ser tutelada em sua atemporalidade senão quando infrinja os direitos de outrem ou os preceitos legais.

Capítulo 2

Direito e tutela das expectativas

Em regra, no campo do direito privado, na disposição de seus interesses, os homens procuram regulá-los através de acordos que vinculam ambas as partes em relação: os contratos. É o poder de auto-regulamentação dos próprios interesses e relações, exercidos pelos próprios titulares deles, a ser exercido nos limites e com as finalidades assinadas pela função social do contrato.

Porém tal auto-regulação, dentro da esfera da autonomia privada, encontra severo obstáculo no que se refere aos contratos de licença de uso de *software* pela disparidade das condições das partes que se apresentam para contratar. De um lado uma poderosa fabricante de *softwares*, detentora não só de incomensurável poder econômico e de indução do consumo através da propaganda mas também detentora de um poder intelectual sobre a outra parte na medida em que só ela conhece a tecnologia, as vicissitudes e as falhas do programa que será objeto do contrato, características essas que só poderão ser avaliadas parcialmente pelo usuário, necessariamente depois que houver ultimado o contrato. Do outro lado, a outra parte contratante é, muitas vezes, apenas parcial e deficientemente informada das características do contrato que está por realizar e não pode nem ao menos comprovar se tal programa atende a suas necessidades, uma vez que, tais necessidades só se manifestarão em sua inteireza com o decorrer do tempo e o uso do programa.

Se está portanto diante da clássica situação que impõe a intervenção de normas do ordenamento jurídico de forma a reequilibrar os termos dessa equação, voltando a lei a tratar, no sentido aristotélico, os desiguais como desiguais na medida em que se desiguam, de modo a restabelecer a igualdade substancial que deve reger as relações entre contratantes.

³⁸ Déclaration des droits de l'homme et du citoyen – 26 août 1789 – art. 4 – *La liberté consiste à pouvoir faire tout qui ne nuit pas à autrui; ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.*

Aqui porém principiam-se os problemas. Teoricamente é sempre possível observar certos fatos da realidade, valorá-los a partir de determinados critérios e a seguir transformá-los em lei, isto é, em norma genérica e abstrata imposta coativamente à obediência de todos. Quanto mais complexa for a situação que se quer valorar mais minudente deverá ser a legislação que a regula. Porém, o direito ao afirmar-se enquanto realidade objetiva, ao tornar-se lei, deve assumir certas características que o tornam exigível, quais sejam, as da generalidade, abstração e perenidade. Positivado, o direito regula determinada situação, agora jurídica, e não outra à qual não alude. Perene, tem como pressuposto a manutenção daquela situação básica no tempo.

Tudo se modifica no entanto quando se trata de situações em constante devir, em processo interminável de mutação, que existe hoje mas já se modificou amanhã. Para regular essas situações a lei, enquanto previsão de hipóteses faticamente passíveis de acontecer no cotidiano hoje, se apresenta muitas vezes como inútil, pois a situação jurídica que pretendeu regular já se transmutou completamente e seus dispositivos restam inoperantes.

Hegel intuiu com maestria essa permanente incapacidade do direito positivo e da ciência jurídica de, simplesmente através de deduções e silogismos, adaptarem-se à constante natureza cambiante dos fatos:

O que é o direito é em si afirma-se na sua existência objetiva, quer dizer, define-se para a consciência pelo pensamento. É conhecido como o que, com justiça, é e vale; é a lei. Tal direito é, segundo esta determinação, o direito positivo em geral.

Nesta identidade do que é em si e do que é afirmado, só tem capacidade jurídica para obrigar o que for lei positiva. Como a realidade positiva constitui o aspecto de existência, nela se pode também inserir a contingência do capricho e outras realidades particulares, e pode, portanto, acontecer que a lei seja, em seu conteúdo, diferente do que é o direito em si.

No direito positivo o que é legal é origem do conhecimento do que é o direito ou, para falar com propriedade, do que é de direito. Deste ponto de vista, a ciência jurídica positiva é uma ciência histórica que tem por princípio a autoridade. O mais que se lhe possa acrescentar são assuntos a tratar pelo intelecto e referem-se à ordem exterior, à coordenação, à coerência e à aplicação. Quando o intelecto se intromete na própria natureza das coisas já sabemos o que ele é capaz de fazer com o seu método de raciocínio motivado, como se pode ver, por exemplo, nas teorias de direito criminal. A ciência positiva tem não só o direito mas também o rigoroso dever de deduzir, dos dados positivos e em todas as minúcias, as formações históricas, bem como as aplicações e complicações das regras jurídicas. É assim que se mostrará a sua lógica interior. Mas não deverá espantar-se, embora se trate de uma questão que é alheia ao seu objeto, que lhe perguntem, após todos os seus raciocínios se uma regra jurídica é racional³⁹.

³⁹ HEGEL, Georg Wilhem Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Lisboa: Guimarães, 1990. p. 195 e 197-198

A realidade é assim, como bem esclarece Hegel, insuscetível de ser plenamente apreendida em um regramento positivo, sendo o direito enquanto realidade imanente, o permanente critério de validade da ordem positiva.

Tal aspecto dessa insuficiência da normatização jurídica na apreensão da realidade cambiante, e particularmente da informática, nos é demonstrado pelo próprio conceito legal de *software*, datado de 1987:

Lei 7.646/87

Art 1º. (...)

Parágrafo único. Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em um suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento de informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

Como explicamos anteriormente, a inovação tecnológica está alterando essa própria idéia de instruções fixas e determinadas criadas por alguém para que a máquina execute exatamente aquelas instruções pré-determinadas. Está se pesquisando programas capazes de executar silogismos: dada a premissa maior e a premissa menor o computador seria capaz de dar a conclusão lógica ao problema, de acordo com dados habitualmente inferidos da forma de utilização do computador, e conseqüentemente de raciocínio do usuário. Trata-se de uma evidente revolução na teoria do conhecimento das máquinas, a implicar em mudanças na própria idéia de propriedade intelectual exclusiva do fabricante. Portanto, num curto espaço de tempo, de menos de 10 anos, o conceito legal já está totalmente superado pela realidade fática, gerando-se assim uma permanente inadequação da norma legal à situação que pretendia regular.

Como bem lembra Tarcísio Cerqueira:

*Não devemos nos esquecer que estamos legislando sobre uma atividade de intenso dinamismo, que se altera a cada semana e a cada dia – e quanto mais para o futuro caminhamos maior a velocidade das mudanças. Se fôssemos legislar sobre o *software* há dez anos atrás (quando se media a produtividade de um programador pela quantidade de linhas de programas produzidas – o que consideramos hoje um absurdo) a realidade certamente seria outra e, conseqüentemente, nossa lei estaria desatualizada. E seria mais uma lei a não ser obedecida⁴⁰.*

Portanto, em se tratando de regulamentação jurídica dos negócios de informática e particularmente de contrato de licença de uso de *software*, devemos renunciar àquela procura de um conceitualismo estéril e passarmos a adotar para

⁴⁰ CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. Op. cit., p. 56.

a regulação desses institutos cláusulas gerais capazes de dar conta da complexidade e da mutação dessas relações jurídicas.

Capítulo 3

Software: a relação obrigacional como processo

A relação obrigacional decorrente dos contratos de licença de uso de *software* deve ser entendida, segundo os ditames da boa-fé objetiva, como um processo que possui várias fases: uma fase preliminar ou pré-contratual, de negociações preliminares e de declaração de oferta; uma fase posterior, de execução contratual e ainda uma fase pós contratual, de deveres suscitados após o término do contrato.

Em todas essas fases os contraentes ou em expectativa de contratar devem agir com correção e lealdade em relação à contraparte, de modo a não frustrar a sua confiança.

Na fase ainda pré-contratual, das negociações preliminares, os candidatos a contraentes devem agir com lealdade recíproca, dando as informações necessárias, evitando criar expectativas que sabem destinadas ao fracasso, impedindo a revelação dos dados obtidos em confiança, não realizando rupturas abruptas e inesperadas das conversações etc.⁴¹.

São, de modo geral, escassas as negociações preliminares em tema de contratos de licença de uso de *software*, por predominarem no âmbito desses os contratos pré-impressos e por adesão. Entretanto, no que se refere aos contratos de desenvolvimento de sistemas por encomendas, incide toda a força dessas regras, particularmente no que se refere à tutela de expectativas geradas nas negociações ou do dever de não revelação de dados obtidos em confiança. Violados estes deveres, configura-se a responsabilidade extra-contratual.

A fase das negociações importa também em deveres de colaboração como o de bem informar o contraente sobre o conteúdo do contrato e o dever de proteção, não abusando da outra parte.

O dever de informação e proteção da outra parte é particularmente significativo nas negociações para contratação de programas de computador, porque, o mais das vezes, implicam numa paralisação dos investimentos do usuário ou da empresa em informática durante a escolha do *software*. Além disso acarreta também um investimento em treinamento prévio daquelas pessoas que deverão operar imediatamente o *software*.

⁴¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum, p. 4.

Portanto, se a empresa fornecedora chega à conclusão que seu *software* não atende às necessidades do usuário ou ainda possui rotinas incompatíveis com a metodologia de trabalho adotada por este, deve encerrar de pronto as negociações, dada a inutilidade do prosseguimento.

Do mesmo modo o fornecedor deve lealmente informar ao usuário a existência de *bugs* (erros) que possam comprometer o desenvolvimento de rotinas específicas do programa de interesse do usuário. Um programa de computador é um produto sofisticado, o que aumenta, pela conduta de boa-fé, a responsabilidade do fornecedor, dada a sua especialidade profissional e sua natural ascendência sobre o consumidor. Seu dever de informar deverá então abranger o esclarecimento, o aconselhamento e a advertência.

Tema relevante no direito de informação é o da publicidade, que deve conter dados fáticos, técnicos e científicos que dêem sustentação à mensagem e, principalmente, não pode ser enganosa (Código de Defesa do Consumidor, art. 37).

As obrigações da fase contratual não se limitam à prestação principal mas abrangem toda uma série de deveres acessórios – quando a boa-fé serve para interpretar, completar ou corrigir o contrato – e mesmo na fase pós contratual quando subsistem ainda deveres *post pactum finitum*, dentre eles o dever de destruir as cópias ainda porventura em poder do usuário depois de findo o contrato de licença de uso de *software*.

Capítulo 3

Software: função interpretativa da boa-fé

Os contratos de *software* assumem com frequência a modalidade de contratos de adesão, nos quais, em geral falta o princípio da igualdade econômica. Neste tipo de contrato uma das partes fixa todas as cláusulas e a outra pode ou não aderir, sem ter oportunidade de formular uma contra-oferta e, em certas ocasiões, de rejeitá-las.

A situação de desigualdade entre as partes, característica dos contratos de adesão, se agrava nesses contratos, porque o cliente, por ignorar a técnica informática, não pode estabelecer um juízo de valor sobre o produto ou serviço que se propõe. Por outro lado, do ponto de vista econômico, sua situação não lhe permite muitas vezes resistir à pressão dos provedores.

Portanto ao dever de informação pré-contratual visto anteriormente, agrega-se na fase contratual a obrigação de fornecer informações sobre a adequação e qualidades dos produtos vendidos, assim como as possibilidades de ampliação dos mesmos.

No que se refere às garantias de funcionamento e performance outorgadas pelo provedor, as típicas cláusulas dos contratos pré-impressos a limitam a uma obrigação de levar a cabo os melhores esforços para corrigir qualquer falha identificada.

Interpretada segundo o dever de conduta reta e leal imposto pela boa-fé, esta obrigação deve ser entendida como se ajustando às especificações funcionais, de rendimento e cumprimento dos tempos declarados pelo provedor. Não cumpridos estes o provedor é obrigado a trocar o produto ou a resolver a obrigação.

O período de garantia se diminuto, deve ser reinterpretado elasticamente de modo a abranger um período razoável de teste por parte do usuário (em geral, 90 dias). Neste período correm por conta do fabricante todas as despesas de manutenção de operatividade do *software*, inclusive aquelas requeridas por modificações para corrigir erros que afetem as ditas operações.

No que se refere aos aperfeiçoamentos e fornecimentos gratuitos pelo fabricante de arquivos e novas configurações de programa deve-se igualmente interpretar a cláusula concessiva destes como abrangendo todas as ofertas concedidas a futuros usuários, ainda que em caráter promocional especial.

Capítulo 4

Software: função integrativa da boa-fé

A função integrativa da boa-fé é uma das mais relevantes no que diz respeito à observância de certos deveres de lealdade que, embora não expressamente previstos pelas partes no contrato, devem ser observados dentro da ideia de confiança e cooperação que impõe a prática por cada uma das partes dos atos necessários à realização plena dos fins visados pela outra parte.

Deste modo uma conduta reta e leal segundo os ditames da boa-fé objetiva impõe ao fabricante de um *software* o dever de assegurar a compatibilidade deste com todas as antigas versões de seu produto e mesmo com as antigas versões dos principais produtos concorrentes no seu segmento de mercado, de modo que o usuário tenha garantido a qualquer tempo o uso de trabalhos realizados em seus antigos programas.

Do mesmo modo a função integrativa da boa-fé dita a este fabricante o dever lateral de assegurar que seu programa possa rodar em qualquer máquina e sob qualquer plataforma hoje existente no mercado pois a compatibilidade dos programas de computador é uma necessidade para qualquer uso profissional de um *software*.

O dever de lealdade obriga também que em situações de transição entre modelos de plataformas hegemônicas no mercado, um novo *software* só seja lançado se puder se compatibilizar com ambos os modelos. É o dever que in-

cumbe ao fabricante de não submeter desnecessariamente os clientes a “atrasos tecnológicos”.

O direito ao *upgrade* do programa também se insere na modalidade de um dever lateral de conduta, mesmo que não expressamente previsto. O fabricante deve, agindo de boa-fé, assegurar a cada usuário o direito de comprar todas as novas versões do programa, pagando apenas o valor do produto novo que foi agregado a este.

Aqui o princípio da boa-fé mescla-se com a justiça contratual. O direito de comprar a nova versão pagando apenas o justo preço do seu incremento é um princípio de justiça contratual: não basta que haja uma pequena diferença de preço entre o programa *full* e o programa *upgrade* mas sim que o segundo seja efetivamente vendido aos seus já usuários pelo justo valor do seu incremento, do contrário estes estariam adquirindo de novo um produto que já teriam comprado.

O dever lateral de conservação imposto pela boa-fé impõe também que o novo programa observe os mecanismos e a lógica de funcionamento do antigo de modo a assegurar a conservação do treinamento dispendido pelo cliente para o manejo do programa.

Resultam desses fatos que, num contrato de licença de uso de *software* os deveres acessórios possam ser mais complexos e mais cogentes que a própria prestação principal. Isso deriva da natureza especial da relação jurídica criada, uma relação de fornecimento de um produto que nada mais é que uma potencialização da vontade do usuário empregada em uma dada finalidade.

Capítulo 5

Software: função de controle da boa-fé

A função de controle da boa-fé é limitativa: ela estabelece que o credor, no exercício do seu direito não pode exceder os limites impostos pela boa-fé, sob pena de proceder antijuridicamente.

Essa função de controle da boa-fé tem especial relevância no que se refere à invalidade das cláusulas abusivas.

Nos contratos de licença de uso de *software* a concentração do poder de negociação em uma das partes contratantes, como sucede nos contratos de adesão leva ao abuso, especialmente quando o empresário aproveita seu domínio negocial para exonerar-se de responsabilidades ou limitar suas consequências, para atenuar suas obrigações ou facilitar a execução a seu encargo, ou, da perspectiva do consumidor, para agravar desmesuradamente suas cargas, acentuar seus deveres, estabelecer prazos estragulantes, inverter o ônus do encargo probatório; enfim desequilibrar o princípio da reciprocidade das estipulações, de tal

sorte a acumular vantagens em seu favor e simultaneamente desvantagens nas prestações do cliente.

Entre as cláusulas abusivas mais frequentes nos contratos de licença de uso de *software*, que a função de controle da boa-fé reputa como não escritas, estão as cláusulas limitativas da responsabilidade, os pactos de garantia e as disposições sobre a lei aplicável.

A obrigação de reparar o dano resultante do inadimplemento contratual nasce do nexo causal entre o dano e o inadimplemento do contrato. Porém, sucede muitas vezes em contratos de *software* que o fornecedor intente liberar-se antecipadamente dos danos que resultam para seu co-contratante de seu inadimplemento. Se estabelece então cláusulas que limitam antecipadamente a responsabilidade que deve assumir o inadimplente.

A limitação da responsabilidade deve ser entendida em sentido amplo: abrange esta as limitações das causas de atribuição de responsabilidades e as limitações de fato resultantes. Incluem-se assim a inversão do ônus da prova para o credor, a limitação do patrimônio garante da obrigação do devedor, a limitação do tempo de prescrição ou de caducidade da ação para exigir a responsabilidade etc.

Embora tais cláusulas limitativas expressas conflitem com o disposto no art. 159 do Código Civil, a função de controle da boa-fé persiste em sua aplicabilidade quando o caso de limitação de responsabilidade é mais dúbio.

Tal solução não discrepa da prevista em outros ordenamentos que também prevêm a desconsideração dessas cláusulas com base na boa-fé: “*La excusa de culpa grave, por otra parte, significa un ataque directo al principio de la buena fe, que es indispensable en el cumplimiento de las obligaciones: no se concilia con dicho principio, permitir que desde el comienzo se tenga por liberado al deudor de su propia responsabilidad*”⁴².

Os pactos de garantia são aquelas cláusulas mediante as quais, não obstante a existência de caso fortuito ou força maior, o devedor não se exonera das consequências de seu inadimplemento.

A idéia de controle insita no cumprimento de boa-fé da obrigação impede que nestes casos o princípio da autonomia da vontade justifique a ruptura de um dos pilares fundamentais do sistema ressarcitório: a eximção da responsabilidade quando a inexecução por ser atribuível a um caso fortuito, não se acha juridicamente vinculada à conduta do devedor pelo nexo de causalidade adequado.

⁴² CAZEAUX, Pedro N.; REPRESAS, Félix A. Trigo. *Derecho de las obligaciones*. Buenos Aires: Platense, 1979. t. 1, p. 285.

Deve ser considerada também à luz das proibições impostas pela função de controle da boa-fé as cláusulas que estabelecem a aplicabilidade da lei do país do contratante predisponente em contratação internacional. Deve ser aplicável a lei do país onde se dá o cumprimento substancial do contrato e não necessariamente a do país do contratante predisponente.

A função de controle da boa-fé exige ainda que no cumprimento do contrato sejam observadas as práticas reiteradas efetuadas pelos contratantes, em detrimento da forma literal pela qual se expressaram no contrato.

CONCLUSÃO

A globalização das economias e a interconectividade resultante do grande desenvolvimento de uma rede planetária de computadores, a mudança vertiginosa na tecnologia desses equipamentos e nas relações jurídicas dos negócios de informática trouxe novos e prementes desafios à ciência do Direito.

Um mundo em permanente *dévir* não se coaduna facilmente com a imposição de regras imutáveis, feitas para fixar a generalidade e perenidade das relações que interessam ao Direito. A velocidade das transformações cedo deixa sem sentido os preceitos jurídicos, tornando obsoleto aquilo que ontem parecia tão revolucionário.

Como não se pode renunciar à regulação dessas relações sociais sob pena de se aguçarem os conflitos intersetoriais, deve o Direito buscar em preceitos gerais, abertos o bastante para abarcar a realidade cambiante, a solução para a resolução desses novos problemas.

Assim, na disciplina dessas modernas relações de consumo de massas que são os contratos de licença de uso de *software*, mais do que procurarmos a pureza analítica das definições perpétuas, das ontológicas naturezas jurídicas, devemos procurar o regramento aberto, totalizante, que integrado a uma jurisprudência construtivista possa dar efetiva proteção e tutela às partes em conflito.

Nessa idéia global se insere a importância da noção de boa-fé objetiva para a interpretação, modificação, controle e mesmo resolução dos contratos de licença de uso de *software*.

A noção aberta de boa-fé, de iminente sentido historicista e juscultural, é capaz de englobar em sua simplicidade totalizadora a enorme complexidade e mutabilidade pelas quais se revestem esses contratos. Também ela pode, como ficou explicitado no texto, se devidamente trabalhada pela jurisprudência, dar conta das necessidades transtemporais de uso dos programas de computador, assegurando efetivamente a tutela das expectativas e da confiança dos usuários.

Trata-se portanto de um campo negocial novo que se abre na senda do mundo jurídico e que, por sua diversidade e mutabilidade ontológica, só podem ser devidamente regulados e equacionados com o auxílio de princípios gerais de Direito.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por inadimplemento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro V. 10. São Paulo: Nova Cultural, 1987.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Parecer ao Processo 953/95 da 3ª Vara Cível da Lapa*. São Paulo.
- CAZEAUX, Pedro N.; REPRESAS, Félix A. Trigo. *Derecho de las obligaciones*. Buenos Aires: Platense, 1979. t. I.
- CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. *Software: Direito Autoral e Contratos*. Rio de Janeiro: Fotomática, 1993.
- CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1984. v. I.
- CORREA, Carlos M. *et alli*. *Derecho informático*. Buenos Aires: Depalma, 1994.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. Brasília: Ministério da Justiça; UnB, 1983. v. II.
- GATES, Bill. *A Estrada para o futuro*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HEGEL, Georg Wilhem Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Lisboa: Guimaraes, 1990.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1989.
- _____. *Derecho de obligaciones*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958.
- NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- TEUBNER, Gunther. *O Direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1993.

ALUMNI

ARBITRAMENTO DO DANO MORAL NO NOVO CÓDIGO CIVIL¹

Anderson Schreiber²

Sumário: 1. A nova codificação e a responsabilidade civil; 2. O dano moral e sua quantificação. O arbitramento no Código Civil de 1916 e a liquidação por arbitramento do Código de Processo Civil; 3. Critérios para o arbitramento do dano moral. O princípio de proibição ao enriquecimento sem causa e a questão do caráter punitivo da reparação; 4. Inconsistências do caráter punitivo no direito brasileiro; 5. Os punitive damages na experiência norte-americana. A atual tendência de restrição do instituto e a nítida distinção entre o compensatório e o punitivo; 6. Ampla compensação e sanções administrativas: alternativas ao caráter punitivo da reparação do dano moral; 7. À guisa de conclusão: tabelamento do dano moral – o avesso do avesso; 8. Referências.

1 A NOVA CODIFICAÇÃO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

A história das codificações mostra que um código consiste menos nas suas palavras, e mais no que sobre elas se constrói. De fato, o conteúdo de um código é sempre dinâmico, no sentido de que suas normas não são nunca dadas, mas construídas e reconstruídas dia-a-dia pelos seus intérpretes. Com o novo Código Civil brasileiro, não é diferente. Cabe à doutrina e aos tribunais interpretar o novo Código Civil de modo a superar o descompasso existente entre o projeto original, de 1975, e os valores consagrados pela Constituição de 1988³. Em seu texto é preciso colher soluções adequadas para os problemas do direito civil contemporâneo que não foram expressamente contemplados. Urge, igualmente, reconhecer os avanços e as inovações do novo Código e deles extrair preceitos que auxiliem na superação das suas próprias omissões.

¹ Artigo publicado originariamente na *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 12, out./dez. 2002.

² Professor de Direito Civil da PUC-Rio. Mestre em Direito Civil pela UERJ. Advogado.

³ Ver FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição, publicado na *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, a. 1, v. 4, p. 243 e ss., 2000. Confira-se também o editorial de TEPEDINO, Gustavo intitulado O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira, publicado na mesma *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, a. 2, v. 7, 2001.

A tudo isto é propício o título IX do livro I da parte especial do novo Código, que regula a responsabilidade civil. Entre as inovações, que vão da limitação humanitária da indenização (art. 928, parágrafo único)⁴ à expressa previsão da culpa concorrente (art. 945), merece especial destaque a ampla consagração da responsabilidade civil objetiva, fundada na teoria do risco. Entre os inúmeros dispositivos que a consagram, há, por exemplo, o art. 933, que tornou objetiva a responsabilidade por fato de terceiro, dando um passo além da orientação jurisprudencial que enxergava na hipótese uma presunção de culpa⁵. No mesmo sentido, o art. 936, ao tratar da responsabilidade por danos causados por animais, suprimiu a excludente que se referia à prova do "cuidado preciso", dando caráter essencialmente objetivo a esta espécie de responsabilidade. Igual orientação se nota, ainda, no art. 931 que declarou a responsabilidade objetiva dos empresários pelos danos resultantes de produtos por eles "postos em circulação", norma que deve ser entendida como aplicável não apenas ao consumidor, destinatário final do produto, já protegido pela responsabilidade objetiva do Código de Defesa do Consumidor, mas a quaisquer vítimas dos danos derivados do produto, ainda que participantes da própria cadeia de fornecimento, como o transportador, o armazenador, o comerciante etc.⁶.

Esta marcante tendência à objetivação da responsabilidade chega ao seu ápice no parágrafo único do art. 927, do novo Código Civil, que determina a responsabilidade objetiva por danos derivados de atividades de risco⁷. Trata-se de cláusula geral de responsabilidade civil objetiva, que atribui aos magistrados uma discricionariedade que antes pertencia exclusivamente ao legislador. É evidente que, como toda atividade, de certa forma, implica risco a terceiros, os tribunais e a doutrina precisarão desenvolver critérios para identificar

⁴ Apesar de o dispositivo referir-se expressamente apenas ao "incapaz ou as pessoas de dele dependem", a vocação da norma é tornar-se preceito diretor de toda a responsabilidade civil, na esteira do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da conseqüente necessidade de se garantir os meios razoáveis para que esta dignidade seja mantida.

⁵ Note-se que a referida orientação jurisprudencial já representava avanço com relação ao Código Civil de 1916 que, ainda mais subjetivista, exigia expressamente, em seu art. 1.523, a prova de culpa do responsável.

⁶ "Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação". Não obstante a inovação, houve descuidos do legislador na redação deste dispositivo: (i) primeiro, referiu-se a empresas, que são o objeto, quando deveria tratar de sociedades empresárias ou empresários coletivos, que são os sujeitos; (ii) depois, por razões que não ficam claras, limitou-se aos produtos, não estendendo a proteção às vítimas de danos causados por serviços prestados pelos empresários; e, por fim, (iii) utilizou a expressão "postos em circulação" que não esclarece se a intenção foi proteger o destinatário final (consumidor) do produto ou qualquer pessoa, seja destinatário final ou não. Quanto a este último aspecto, é de se optar pela interpretação defendida no texto, pela simples razão de que a interpretação oposta retiraria do dispositivo a sua utilidade e o transformaria em mera repetição incompleta do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

⁷ "Art. 927. (...) Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

aquelas atividades que, por resultarem em risco superior ao ordinário, mereçam atrair a responsabilidade objetiva; mas já se trata, sem dúvida, de extraordinário avanço.

A ampliação das hipóteses de responsabilidade objetiva, de uma forma geral, contribui para a formação de um sistema de responsabilização mais solidário, porque adequado às relações de massa e comprometido com a equitativa distribuição dos riscos da vida contemporânea⁸. Mais que isto: revela a incorporação pelo direito brasileiro da tendência universal de abandono da técnica de valoração da conduta do ofensor. Implicitamente, o novo Código Civil reconhece a impossibilidade e a inconveniência social de se ter constantemente a avaliação e o juízo de reprovabilidade pendendo sobre a conduta dos membros da sociedade.

Importante consequência disto é o abandono da culpa, em sua concepção clássica. Isto não significa a extinção da responsabilidade subjetiva, que, não obstante o avanço da responsabilidade objetiva, se mantém como fonte paralela de responsabilização, aplicável sobretudo às relações interindividuais, em que ambas as partes, a princípio, contribuem igualmente (ou igualmente deixam de contribuir) para a criação dos riscos de dano⁹. Mas mesmo nestas relações a culpa perde seu caráter tradicional de negligência, imprudência ou imperícia, de falta pessoal e subjetiva que autoriza e exige um castigo representado pela responsabilização, passando a ter uma feição mais normativa, menos relacionada ao elemento anímico do ofensor e mais afeta à violação objetiva de padrões de comportamento (*standards*) atinentes a cada situação específica. Assim, também a responsabilidade subjetiva vai se afastando do seu intuito moralizador¹⁰. É esta a leitura que se deve fazer da objetivação promovida pelo Código Civil de 2002, corajosa inovação cujos reflexos se farão sentir em todos os campos da responsabilidade civil.

⁸ Antes do novo Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) já havia expandido largamente a incidência da responsabilidade objetiva. Sobre a responsabilidade no diploma consumerista, confira-se, por todos, TEPEDINO, Gustavo. A Responsabilidade Civil por Acidentes de Consumo na Ótica Civil-Constitucional. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 237 e ss.

⁹ Já era esta, a *contrario sensu*, a lição de ALPA, G.; BESSONE, M.: "Alla teorizzazione dei criteri oggettivi di responsabilità non sfugge tuttavia che il principio del rischio non può sostituirsi completamente a quello della colpa, ma deve essere circoscritto, piuttosto, alle attività svolte in forma imprenditoriale e a quelle attività non imprenditoriali, ma biologiche che presentano un alto potenziale di danno". (*La Responsabilità Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1976. p. 270).

¹⁰ "A adoção da lógica do risco, ao colocar em evidência o caráter ocasional do fato independente da falta pessoal, representa a decadência das concepções do individualismo jurídico para regular os problemas sociais. Não se podia mais pensar a responsabilidade civil a partir da lógica contratual de relação de vontade de dois sujeitos; não se podia mais encarar a responsabilidade civil em termos de princípio de imputabilidade moral na forma de uma responsabilidade penal do sujeito, em que se procurava a falta ou a negligência do autor do fato do prejuízo. Doravante, descarta-se toda pesquisa de intenção, pois as transformações sociais exigem uma abordagem objetiva que consistem em saber quem deve suportar o dano de um acidente". (FARIAS, José Fernando de Castro. *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 135-136).

Todavia, não é simples a tarefa de redigir uma nova codificação e, por conta disto, aos significativos avanços do Código Civil opõem-se flagrantes omissões. De fato, a desatualidade do projeto original gerou oportunidades perdidas que estão, sem estar, por toda parte. Entre elas, avulta em importância a questão do dano moral, cujas controvérsias na doutrina e na jurisprudência mereciam do legislador de 2002 um tratamento menos lacônico. Não obstante, também neste tema em particular, é possível colher em outros dispositivos do novo Código Civil e nos princípios constitucionais pertinentes uma interpretação capaz de sugerir soluções para os problemas contemporâneos.

2 O DANO MORAL E SUA QUANTIFICAÇÃO. O ARBITRAMENTO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E A LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

No art. 186 do novo Código Civil, que trata do ato ilícito, inseriu-se a garantia de reparação do dano “ainda que exclusivamente moral”. A verdade, contudo, é que esta pontual inovação chega com atraso. No atual estágio da jurisprudência brasileira não mais se contesta a reparabilidade do dano moral¹¹. Pelo contrário, os tribunais têm reconhecido a existência de dano moral não apenas nas efetivas ofensas à personalidade humana, mas também em formas mais e menos graves de dor, sofrimento e angústia¹². Chega-se mesmo a situações em que a frustração, o incômodo ou o mero aborrecimento é invocado como causa suficiente para o dever de indenizar¹³. Por conta disto, o debate

sobre o dano moral centra-se, hoje, menos na sua reparabilidade e mais na sua quantificação. As disparidades entre indenizações concedidas em casos ditos semelhantes, a ausência de critérios legais para o arbitramento do dano moral, a falta de fundamentação das decisões judiciais nesta matéria, as controvérsias em torno dos *punitive damages* e de sua aplicabilidade ao direito brasileiro – todas estas questões, que dizem respeito à quantificação do dano moral, parecem ter passado despercebidas pelo novo Código Civil¹⁴.

Elaborado em uma época muito anterior, o Código Civil de 1916 não contemplava expressamente a indenização por dano moral¹⁵. Entretanto, determinava, em seu art. 1.553, como regra residual na liquidação de obrigações resultantes de atos ilícitos o arbitramento judicial¹⁶. Doutrina e jurisprudência utilizaram-se intensamente do dispositivo para o cálculo da indenização por dano moral. De fato, não havia e não há, ainda, outro caminho para a quantificação da indenização por dano moral que não o arbitramento pelo magistrado de um valor que lhe pareça suficiente a compensar o prejuízo sofrido. Isto não significa que a estipulação da quantia deva ficar ao livre arbítrio do juiz. É pacífico que o magistrado deve seguir determinados critérios no arbitramento do dano moral, e é também necessário que tais critérios e toda a motivação que embasa o arbitramento constem expressamente da sentença, sob pena de se tornar inviável o direito à ampla defesa e a própria garantia do contraditório em sede recursal¹⁷.

O novo Código Civil perdeu a chance de estabelecer critérios legais para o arbitramento do dano moral. Pior: suprimiu o antigo art. 1.553 e introduziu um confuso art. 946, estabelecendo que, sendo as obrigações indeterminadas (a significar provavelmente ilíquidas), “*apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar*”¹⁸. Ocorre que a lei processual nada determina no tocante à apuração do dano moral. O Código de Processo Civil men-

¹¹ O Supremo Tribunal Federal admitiu, pela primeira vez, a reparação do dano moral em 1966 (RTJ 39/38-44). A jurisprudência, contudo, continuou hesitante até 1988, quando, por força de previsão expressa no texto constitucional, a reparabilidade do dano moral tornou-se incontestável. Também a cumulabilidade dos danos patrimoniais e morais já se encontra, há muito, consolidada nas cortes brasileiras (ver STF, Recurso Extraordinário 112.720, DJ 15.05.1987, p. 8.890).

¹² Confira-se a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, segundo a qual a abertura e aceitação de inscrição em vestibular para curso superior que ainda não dispõe da devida aprovação pelo Ministério da Educação e Cultura gera dano moral (TJSP, 20.08.1996, ADVCOAD 76251, 48/96, p. 726). O mesmo tribunal já decidiu que há dano moral na ruptura de noivado, após a emissão e distribuição de convites e outros preparativos (TJSP, 25.02.1997, RT 741/255).

¹³ Entre os casos extremos, veja-se o da ação de indenização por danos morais proposta por adolescente barrada na entrada de um baile de gala, por estar vestindo traje inadequado à ocasião. A descrição dos fatos provocou a indignação do juiz, que registrou na sentença: “No Brasil, morre por subnutrição uma criança a cada dois minutos, mais ou menos. A população de nosso planeta já ultrapassou seis bilhões de pessoas e um terço deste contingente passa fome, diariamente. A miséria se alastra, os problemas sociais são gigantescos e causam a criminalidade e a violência generalizada. Vivemos em um mundo de exclusão, no qual a brutalidade supera com larga margem os valores humanos. O Poder Judiciário é incapaz de proporcionar um mínimo de justiça social e de paz à sociedade. E agora tenho de julgar um conflito surgido em decorrência de um vestido! Que valor humano importante é este, capaz de gerar uma demanda jurídica?” (Comarca de Tubarão, Ação Ordinária 075.99.009820-0 – 11.07.2002, publicada no site “Consultor Jurídico”. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 22.07.2002).

¹⁴ Mas não pela doutrina mais moderna. Cf., por todos, a obra da Profª. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, cuja profundidade torna a leitura do presente trabalho, se não desnecessária, meramente complementar.

¹⁵ Clóvis Beviláqua, todavia, defendia sua previsão implícita: “O Código Civil toma em consideração o dano moral quando, no art. 76, autoriza a ação fundada no interesse moral, e quando destaca alguns casos de satisfação do dano por ofensa à honra (arts. 1.547 e 1.551), sem exclusão de outros análogos, e muito menos daqueles em que o interesse econômico anda envolvido no moral”. (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1926. v. V, p. 295).

¹⁶ “Art. 1.553. Nos casos não previstos neste Capítulo, se fixará por arbitramento a indenização”. (Código Civil de 1916).

¹⁷ E, mais, só a detalhada motivação da sentença permitirá que se verifique o grau de proteção à vítima do dano. A lição é de Maria Celina Bodin de Moraes, ob. cit., p. 173: “Se a fundamentação, feita pelo juiz do fato, não for cuidadosa e rigorosa, jamais se aproximará da avaliação discricionária que leve em conta as peculiaridades existenciais da pessoa. Consistirá, no melhor dos casos, em uma simples operação matemática, e no pior deles, em uma operação arbitrária, como as que nos habituamos a conhecer”.

¹⁸ Na íntegra: “Art. 946. Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar”. (Código Civil de 2002).

cional, sim, o arbitramento, ao tratar da liquidação de sentença, mas o significado aí é inteiramente diverso daquele que era empregado pelo art. 1.553 do Código Civil de 1916.

A liquidação por arbitramento a que se refere o Código de Processo Civil é um procedimento que se segue à emissão de uma sentença judicial ilíquida e que envolve a presença de um perito¹⁹, cuja tarefa é determinar o valor da condenação ou individuar seu objeto²⁰. A figura não se confunde com o arbitramento do art. 1.553 do Diploma Civil de 1916, o qual significava a estipulação do valor da indenização pelo próprio juiz, sem a necessidade de peritos ou auxiliares, e preferencialmente por ocasião da prolação da sentença de mérito, que seria, então, líquida²¹. A supressão do referido dispositivo no novo Código Civil e sua substituição pelo art. 946, a rigor, deixa órfão o dano moral, a ser apurado “na forma que a lei processual determinar”, quando a lei processual, a respeito, não determina coisa alguma.

Apesar da falha, o arbitramento judicial do dano moral deve continuar a ser o método empregado pelos tribunais já que não há razão para que o juiz da ação de conhecimento não estipule, ele próprio, em sua sentença o valor da indenização. De fato, recorrer a um procedimento adicional para liquidação de sentença seria inconveniente, uma vez que o juiz, por ser maior conhecedor dos fatos trazidos aos autos, encontra-se, em regra, mais habilitado a estipular o valor da indenização que um eventual perito. Mais ainda: os honorários devidos ao perito encareceriam o processo e a própria instauração de um procedimento

¹⁹ “Logo que se requer a liquidação por arbitramento, tem o juiz de nomear o arbitrador, e fixar o prazo para a entrega do laudo. O arbitrador é o auxiliar do juiz, espécie de perito, que determina o valor líquido da condenação ilíquida”. (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. t. IX, p. 403).

²⁰ “A liquidação por arbitramento realiza-se sob a forma de perícia e faz-se mister quando o exige a natureza do objeto da liquidação ou quando a sentença ou convenção das partes assim o determina (art. 606 do CPC). Assim, v.g., condenado o réu a realizar as obras necessárias a evitar inundações na propriedade vizinha, a liquidação por arbitramento torna-se mister antes de se iniciar a execução da condenação de fazer para especificar quais os serviços necessários, à notificação da condenação. A mesma forma de liquidação observa-se se o vencido for condenado a indenizar o valor de bem móvel emprestado e destruído, sobre cujo quantum incide a execução”. (FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 997).

²¹ A distinção fica clara em MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Elementos de Responsabilidade Civil por Dano Moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 128-129: “Importa destacar, por fim, que a dicção do art. 1.553 do Código Civil, quando estabelece genericamente que se fixará por arbitramento a indenização do dano moral, não quer significar que o cálculo da mesma far-se-á mediante procedimento de liquidação de sentença. Não cuida o dispositivo em análise do arbitramento como espécie do gênero liquidação, instituto de direito processual civil, cuja natureza de procedimento complementar ao processo de conhecimento extrai-se do CPC, arts. 603 a 611. A palavra arbitramento, aqui, não foi utilizada neste sentido técnico processual, aplicável às decisões chamadas ilíquidas. O legislador, segundo o melhor entendimento, pretendeu apenas deixar ao juiz a tarefa de formular os critérios a determinar o valor da indenização, nos casos em que assim não o fez, ou seja, nos casos não previstos no referido capítulo”. No mesmo sentido, CASTRO, Guilherme Couto de. *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 25: “Certo é que a verba deve ser fixada na própria sentença do processo de conhecimento, nada autorizando a remessa para futura liquidação”.

de liquidação de sentença retardaria significativamente o acesso à justiça. Em um país em que a maior parte da população sequer conhece os seus direitos, estes obstáculos certamente representariam um desestímulo adicional à procura do Poder Judiciário.

Daí a importância de se manter a regra geral de arbitramento do dano moral, nos termos da tradição jurisprudencial brasileira e do antigo art. 1.553, ainda que o novo Código Civil o tenha equivocadamente suprimido. A base legal para isto pode-se encontrar na aplicação analógica dos dispositivos do novo Código Civil que, tratando de hipóteses específicas de ofensa a valores morais como a honra e a liberdade, autorizam o juiz a “fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso” (arts. 953 e 954, entre outros)²². Embora as hipóteses contempladas nestes dispositivos sejam específicas, parece possível extrair deles uma regra geral de fixação do valor da indenização por dano moral pelo juiz no curso da ação de conhecimento.

3 CRITÉRIOS PARA O ARBITRAMENTO DO DANO MORAL. O PRINCÍPIO DE PROIBIÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E A QUESTÃO DO CARÁTER PUNITIVO DA REPARAÇÃO

À falta de critérios definidos no Código de 1916 e no novo Código Civil, a doutrina e a jurisprudência brasileiras, na esteira de antigas leis especiais como o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62) e a Lei de Imprensa (Lei 5.250/67), vêm empregando, no arbitramento do dano moral, quatro critérios principais, quais sejam: (i) a gravidade do dano; (ii) o grau de culpa do ofensor; (iii) a capacidade econômica da vítima; e (iv) a capacidade econômica do ofensor.

O novo Código Civil não fez menção expressa a estes critérios, mas neste sentido parece que a omissão foi positiva. Isto porque, dos quatro critérios acima mencionados, apenas a gravidade do dano se justifica como parâmetro para o arbitramento do dano moral²³. Todos os demais critérios são discutíveis e parecem revelar, em última análise, que a doutrina e a jurisprudência brasileira têm caminhado, em matéria de dano moral, no sentido oposto à tendência evolutiva da responsabilidade civil. Enquanto a responsabilidade parece dirigir-se à liberação do propósito inculpador – e a ampliação da responsabilidade objetiva no

²² Note-se, aliás, que a própria previsão expressa destas situações só fazia sentido no Código Civil de 1916 em que não havia garantia expressa de reparação do dano moral. No sistema do novo Código Civil, dispositivos que contemplam ofensas a valores como a honra e a liberdade e autorizam o juiz a fixar equitativamente uma indenização nada acrescentam e seriam, a rigor, desnecessários, porque a reparabilidade do dano moral é a regra.

²³ Para uma análise crítica dos principais critérios adotados na reparação do dano moral, ver Maria Celina Bodin de Moraes, ob. cit., p. 157-163.

novo Código Civil é claro reflexo disto – as cortes brasileiras permanecem, em tema de reparação do dano moral, atreladas a parâmetros de nítido teor punitivo, relacionados à conduta e à pessoa do causador do dano, e antagônicos, sob muitos aspectos, à evolução do direito civil e à própria tradição brasileira.

Mesmo quando esta construção dominante se propõe a observar a vítima do dano, concentra-se não em sua projeção pessoal, mas econômica, em insuperável contradição com a tábua axiológica da Constituição de 1988 que privilegia os valores extrapatrimoniais²⁴. Além disto, o critério da situação econômica da vítima vem sendo utilizado pelas cortes brasileiras como título de redução da indenização por dano moral, a fim de evitar o enriquecimento sem causa do ofendido. Todavia, a preocupação com o enriquecimento sem causa é inadequada à compensação propriamente dita do dano moral. Isto porque se o valor da indenização corresponde e se limita ao dano sofrido não há enriquecimento sem causa; causa da indenização é o próprio dano. O arbitramento do dano moral, a princípio, consiste exclusivamente em estipular o valor (*rectius*: a dimensão) do dano, ao qual deve corresponder o valor da indenização²⁵. Não há que se trazer à discussão o princípio do enriquecimento sem causa, a não ser que, por algum motivo, a indenização fique além (ou aquém) da extensão do prejuízo²⁶.

A imprópria invocação do princípio do enriquecimento sem causa na fase de cálculo do dano tem levado os tribunais a estipular, em lesões semelhantes, indenizações menores para pessoas economicamente menos favorecidas. É grave a violação que daí resulta ao princípio da isonomia, consagrado no art. 5º, *caput*, da Constituição de 1988. A repercussão de uma certa lesão à personalidade de uma pessoa não pode ser considerada menor, por ser mais reduzida a sua capacidade econômica. O arbitramento do dano moral deve corresponder, sim, às suas condições pessoais e às reais consequências do dano sobre a sua personalidade, mas nunca às suas condições patrimoniais²⁷.

²⁴ A constatação e o reiterado alerta acerca da necessidade de se reinterpretar o direito civil à luz dos novos valores constitucionais vêm do Prof. Gustavo Tepedino. Cf., entre outras obras de sua autoria, *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. in: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 22: "Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição da ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais".

²⁵ Claro que, em matéria de dano moral, é impossível determinar com precisão o valor do prejuízo, mas aí só se tem mais uma razão para manter afastados argumentos relacionados ao princípio de proibição ao enriquecimento sem causa.

²⁶ É isto o que ocorre quando se insere um caráter punitivo na indenização – aí sim, tem-se violação ao princípio de proibição do enriquecimento sem causa, já que o ofendido recebe, a título de punição, quantia que não lhe pertence. Isto, por si só, já bastaria a excluir a possibilidade de arbitramento de indenizações com base em critérios punitivos, mas, retornando ao texto, se encontrará outras razões.

²⁷ Cf. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 174: "A avaliação equitativa prescinde do rendimento individual ou *pro capite* e

O argumento vale também no sentido oposto. A utilização do critério da situação econômica da vítima ao inverso – para conceder maior indenização aos menos favorecidos economicamente – pode parecer, à primeira vista, uma idéia sedutora, mas cria a intolerável injustiça de lançar sobre o indivíduo responsável pela indenização o ônus de uma justiça distributiva ainda não alcançada pelo poder público ou pela sociedade civil como um todo. Além disto, fazendo a indenização superar a extensão efetiva do dano estar-se-ia aí sim dando margem ao enriquecimento sem causa e convertendo a responsabilidade em punição.

É também um intuito punitivo que se encontra insito nos critérios da situação econômica e do grau de culpa do ofensor²⁸. Com efeito, o dano moral sofrido pela vítima permanece idêntico, independentemente de ter sido causado com culpa leve, culpa grave ou dolo, por ofensor humilde ou abastado. Ao invocar a situação econômica ou o grau de culpa do ofensor como parâmetros para o arbitramento do dano moral, o magistrado desvia o seu olhar do dano sofrido pela vítima e, em contradição com a tendência da responsabilidade civil contemporânea, passa a valorar a conduta do ofensor. Com isto, insere-se um conteúdo de punição em uma atividade que deveria pretender apenas calcular o valor do dano, a fim de compensá-lo.

Ao se deixar que o intuito punitivo ingresse no arbitramento do dano moral, aí sim, se está criando base sólida para os argumentos relativos ao enriquecimento sem causa (sem fonte). Do ato ilícito deriva a obrigação de reparar o dano, mas, no sistema brasileiro, não há na lei ou em qualquer outra fonte das obrigações nada que autorize indenização superior ao prejuízo causado. O novo Código Civil vai, inclusive, no sentido contrário ao declarar, em boa hora, que "a indenização mede-se pela extensão do dano" (art. 944)²⁹. É de se reconhecer, portanto, que haverá enriquecimento sem causa em qualquer quantia superior ao valor do dano atribuída à vítima que, embora tenha direito à reparação integral dos prejuízos sofridos, não tem qualquer razão, jurídica ou moral, para locupletar-se com a eventual punição do ofensor.

Nada obstante, ampla jurisprudência vem fazendo uso não apenas de critérios punitivos para o cálculo do prejuízo moral, mas também elevando, vez por outra, as indenizações a título de um suposto *caráter punitivo* ou *pedagógico* da

concentra-se nas consequências que o dano produz nas manifestações da pessoa como mundo de costumes de vida, de equilíbrios e de realizações interiores".

²⁸ "(...) relativamente ao tema da quantificação do dano moral, não se pode deixar de ao menos, segundo a concepção adotada neste trabalho, situar o caráter punitivo dentro do segundo plano de investigação sucessiva, como uma espécie de sobre critério, a ser aplicado conjuntamente com os critérios de reparação do dano moral atinentes ao ofensor, especialmente grau de culpa e posição econômica do mesmo". (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Ob. cit., p. 152).

²⁹ A única exceção ao art. 944 está em seu parágrafo único e vai no sentido da redução equitativa da indenização, quando houver "excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano". Ora, se previu expressamente a possibilidade de redução, e não a de aumento, é de se concluir que o novo Código Civil repeliu a idéia da indenização punitiva.

reparação do dano moral. A tendência acabou sendo incorporada no Projeto de Lei 6.960/02 que, entre outras alterações, propõe-se a inserir no art. 944 um parágrafo com a seguinte redação: “§ 2º A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”.

A alteração representaria a definitiva consagração da tendência punitiva, em contradição com a própria evolução da responsabilidade civil, que vem se distanciando cada vez mais da técnica de valoração das condutas e do intuito inculpador. Pior que isto: o proposto dispositivo incorpora o caráter punitivo da reparação do dano moral sem distingui-lo do caráter compensatório, tratando ambos como partes indiferenciáveis do gênero “reparação”, com graves danos à segurança jurídica. Como consequência necessária deste equívoco inicial, o dispositivo também deixa de prever requisitos específicos para a aplicação do caráter punitivo, critérios que controlem a sua particular quantificação e soluções para as inconsistências que a incorporação do caráter punitivo apresenta no direito brasileiro.

4 INCONSISTÊNCIAS DO CARÁTER PUNITIVO NO DIREITO BRASILEIRO

É ampla, no Brasil, a doutrina que sustenta uma dupla finalidade da reparação do dano moral: (i) compensar o sofrimento da vítima; e (ii) desestimular condutas semelhantes³⁰. O desestímulo vem por meio da punição do agente, que se vê obrigado a indenizar a vítima em quantia superior ao dano moral efetivamente sofrido. Mas mesmo a parcela da doutrina e dos tribunais que não reconhece a função punitiva da reparação do dano moral e limita a indenização ao prejuízo utiliza, no cálculo do dano moral, os quatro critérios mencionados acima e, assim, acaba por indiretamente impor também punição sobre o agente, cuja capacidade econômica e grau de culpa são levados em conta na determinação do dano.

A invocação do caráter punitivo, seja como título autônomo para a elevação do *quantum* indenizatório, seja como critério para o seu cálculo, contraria a tradição do ordenamento brasileiro, que, na esteira de outros países do sistema romano-germânico, sempre atribuiu à responsabilidade civil caráter meramente compensatório, deixando ao direito penal a punição das condutas que a sociedade entendesse mais graves. O caráter punitivo do dano moral viola esta dicoto-

³⁰ Nas palavras de PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 55: “Quando se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: caráter punitivo para que o causador do dano, pelo fato da condenação se veja castigado pela ofensa que praticou; e o caráter compensatório para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido”. No mesmo sentido, ver, entre outros, CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 82; CASTRO, Guilherme Couto de. *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*, ob. cit., p. 25.

mia e vai de encontro às diretrizes estruturais do ordenamento pátrio. Não se trata de simples violação nominal ao princípio do *nulla poena sine praevia lege*, mas de uma completa inversão de papéis nos ramos do direito. Na atual situação do direito brasileiro, as indenizações punitivas (ou a utilização de critérios punitivos em indenizações que se supõe exclusivamente compensatórias) não sofrem qualquer limitação legal, podendo o juízo cível estipular os valores que lhe pareçam convenientes, com uma maior esfera de discricionariedade que o juízo criminal, cujo poder punitivo encontra-se limitado ao valor das multas e à duração das penas, conforme estritamente fixados em lei.

Não bastasse isto, há ainda no caráter punitivo diversas outras inconsistências. Primeiramente, se sua finalidade é desestimular as condutas antijurídicas, é de se perguntar porque não se fala em caráter punitivo em casos de danos meramente patrimoniais. Não há razão para que o causador de um dano moral seja obrigado a compensar o dano e, adicionalmente, a sofrer uma punição, enquanto o causador de um dano patrimonial, cuja conduta pode ter sido até mais repreensível (talvez dolosa), tem apenas o dever de compensar o prejuízo. Não há motivo que justifique a diversidade de tratamento. Embora a Constituição de 1988 eleve os valores extrapatrimoniais ao ápice do ordenamento, protegendo a personalidade humana com maior intensidade que o patrimônio, tal fato não serve a justificar punições civis no âmbito dos danos morais, e a tais danos restritas, principalmente no cenário brasileiro em que tais indenizações têm sido concedidas mesmo em casos de mero aborrecimento ou incômodo.

Também há problemas no que diz respeito às relações entre o dano moral e a responsabilidade objetiva. Se o cálculo do dano moral obedecer a critérios punitivos como a situação econômica e o grau de culpa do ofensor, não faltará quem sustente a impossibilidade de se pleitear a reparação de dano moral em casos de responsabilidade objetiva, onde a conduta e as características pessoais do ofensor não são, a princípio, objeto de valoração. A conclusão, equivocada, é fruto do tratamento unitário que a jurisprudência brasileira atribui à compensação do dano moral e à pretendida punição do seu causador. O intuito punitivo não integra a reparação do dano moral, não pertence à sua essência. O dano moral deve ser compensado em todas as hipóteses, inclusive nas de responsabilidade objetiva. É a eventual punição que, se aceita pelo ordenamento brasileiro, ficará a depender de uma valoração da conduta e da pessoa do ofensor.

Aí se revela, a propósito, a face mais retrógrada do caráter punitivo: a necessidade de vinculação à culpa, quando a responsabilidade civil move-se claramente no sentido oposto. A tendência, nítida no novo Código Civil, de expandir as hipóteses de responsabilidade objetiva corre o risco de se tornar inócua, porque a passagem definitiva a um sistema menos inculpador de responsabilização permanecerá presa à âncora das indenizações punitivas, em que o elemento intencional é imprescindível.

É importante notar, ainda, que a própria aplicação do caráter punitivo é muitas vezes ilusória. A indenização punitiva muitas vezes não recai sobre aquele que efetivamente causou o dano moral³¹. Basta pensar nas inúmeras hipóteses de responsabilidade por fato de outrem, em que um terceiro sofrerá o encargo da indenização punitiva, permanecendo isento o efetivo causador do dano³². Há ainda os casos de danos causados por agente público, em que o Estado e, em última análise, a coletividade sofrerá a punição. Também os casos de morte do autor da ofensa, em que se atingirá indevidamente os herdeiros. E, por fim, há as hipóteses em que o autor da ofensa dispõe de seguro contra eventuais indenizações. A propósito, é de se atentar ao estímulo que as indenizações punitivas geram à supervalorização da indústria de seguros, recaindo a tentativa de punição sobre toda a classe de segurados.

Em oposição a estas e outras tantas incongruências que se apresentam no tocante ao caráter punitivo do dano moral e ao tratamento confuso que a jurisprudência brasileira lhe vem atribuindo, inúmeros autores recorrem ao exemplo dos *punitive damages* norte-americanos, como a justificar a aplicação do caráter punitivo no Brasil. A referência é não apenas imprópria, porque inadequada aos problemas e à tradição do direito brasileiro, mas também temerária, já que desconhecadora da dogmática e do presente estado dos *punitive damages* no seu país de origem.

5 OS PUNITIVE DAMAGES NA EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA. A ATUAL TENDÊNCIA DE RESTRIÇÃO DO INSTITUTO E A NÍTIDA DISTINÇÃO ENTRE O COMPENSATÓRIO E O PUNITIVO

Quando a teoria dinâmica de Copérnico, segundo a qual a Terra gira em torno do Sol, substituiu a concepção estática de Ptolomeu, que considera a Terra como um ponto imóvel de um universo estático, operou-se uma autêntica revolução no pensamento humano. Para o mestre comparatista Léontin-Jean Constantinesco, ao contrário da maior parte das ciências, o direito permaneceu alheio a esta radical mudança de perspectiva³³. De fato, enquanto os demais saberes tomaram consciência de seu papel universal, a ciência jurídica permaneceu voltada para os ordenamentos nacionais, como se cada um deles fosse o centro de um

universo próprio. As ocasionais referências ao direito estrangeiro vêm, quase sempre, desacompanhadas de um real estudo, que, mais que semelhanças e diferenças, aponte as razões, os fundamentos, os princípios e os valores que governam os diferentes ordenamentos. O resultado disto é, por vezes, uma importação acrítica e deficiente de institutos utilizados no exterior, sem a correta compreensão da função que desempenham e dos fenômenos sociais que os justificam. Todas estas considerações são aplicáveis aos chamados *punitive damages*, importados do sistema norte-americano sem atenção às peculiaridades da realidade social brasileira e sem a necessária inteligência do instituto em seu próprio país de origem.

Historicamente, os *punitive damages* norte-americanos derivam de uma antiga orientação jurisprudencial inglesa, surgida com a finalidade de substituir a vingança privada por uma sanção institucional que fosse menos gravosa ao convívio pacífico da sociedade. Data de 1784 o primeiro caso de indenização punitiva nos Estados Unidos: *Genay v. Norris*, que resultou na condenação de um médico que, após haver aceitado um desafio para um duelo de pistolas, inseriu secretamente na taça de vinho do seu adversário uma dose considerável de cantaridina³⁴ e propôs um drinque de reconciliação. A Suprema Corte da Carolina do Sul entendeu que as dores extremas provocadas à vítima pela malícia do médico mereciam, naquelas circunstâncias, uma “*punição exemplar*”³⁵.

De uma aplicação restrita a casos mais pitorescos no século XVIII, os *punitive damages* passaram a ter, nos séculos XIX e XX, ampla utilização, sobretudo com o desenvolvimento das relações de massa e do setor empresarial norte-americano. Somente no início da década de 90 atingiu-se o ápice dos *punitive damages*, empregados sobretudo como forma de desestímulo às práticas abusivas de grandes corporações em face dos consumidores. As altas indenizações, todavia, atraíram críticas e provocaram significativas restrições ao instituto³⁶.

Sob o ponto de vista técnico, é importante notar que, diferentemente do que vem ocorrendo no Brasil, o caráter punitivo não se encontra no sistema norte-americano vinculado à reparação do dano moral. Ao contrário: os *punitive damages* aparecem geralmente em casos de danos meramente materiais. Isto porque as hipóteses de compensação de dano exclusivamente moral (*rectius*: sem lesão patrimonial ou física) são muito reduzidas no direito norte-

³¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Ob. cit., p. 141: “Outro importante argumento ao qual se faz referência freqüentemente quando se trata de apontar os problemas dessa situação é que, na responsabilidade civil, nem sempre o responsável é o culpado e nem sempre o culpado será punido (porque ele pode ter feito um seguro)”.

³² Mesmo a pretensão de ressarcimento por meio de uma ação de regresso pode encontrar impedimentos como nos casos em que o efetivo causador do dano é descendente incapaz do responsável (Código Civil de 2002, art. 934).

³³ CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. *Introduzione al Diritto Comparato*. Edição italiana de Antonio Procida Mirabelli e Rocco Favale, Torino: G. Giappichelli, 1996. p. 7.

³⁴ Cantaridina é o irritante ativo das cantáridas, também conhecidas como moscas espanholas ou moscas russas. Trata-se de substância de ação irritante e vesicante empregada apenas localmente na remoção de crescimentos epiteliais benignos (verrugas). A alta dosagem desta droga provoca bolhas intradérmicas, mas que se curam rapidamente sem deixar cicatriz. Apesar da crença, não é afrodisíaca (GOODMAN & GILMAN. *As Bases Farmacológicas da Terapêutica*. Rio de Janeiro: Guanabara, p. 622).

³⁵ Cf. *Genay v. Norris*, 1 S.C.L. (1 Bay) 6 (1784).

³⁶ Para maiores detalhes acerca da evolução histórica dos *punitive damages*, ver RUSTAD, Michael; KOENIG, Thomas. The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers. In: *The American University Law Review*, Summer, 1993, 42, 1269.

americano como um todo. Exige-se, na maior parte dos Estados, a ocorrência da chamada *intentional infliction of emotional distress*, categoria de requisitos rigorosos³⁷. E, ao contrário do que tem ocorrido no Brasil, o mero incômodo, mágoa ou aborrecimento não são considerados suficientes para dar origem ao dever de indenizar.

De qualquer forma, os *punitive damages* aparecem sempre como uma categoria claramente diversa dos *compensatory damages*, sob os quais se incluem as reparações de danos materiais (*material damages*) e morais (*emotional damages*). Nas decisões das cortes norte-americanas, os valores e os fundamentos das indenizações compensatória e punitiva jamais se misturam, mesmo porque esta última só é autorizada em hipóteses excepcionais, de acordo com a legislação de cada Estado norte-americano, sendo certo que tais hipóteses atualmente vêm sendo cada vez mais restringidas.

Tome-se, a título de exemplo, o Estado da Califórnia, em que os *punitive damages* são restritos a casos em que há inequívoca demonstração de intenção dolosa ou maliciosa do ofensor³⁸. O Código Civil da Califórnia expressamente limita a possibilidade de *punitive damages* aos casos de violação de uma obrigação extracontratual “em que se demonstre, por prova clara e convincente, que o réu foi responsável por opressão, fraude ou malícia”³⁹. A exemplo do que ocorre na Califórnia, onze Estados americanos já editaram leis limitando expressa-

³⁷ Sobre o tema, confira-se *Womack v. Eldridge*, 215 Va. 338, 210 S.E.2d 145: “We adopt the view that a cause of action will lie for emotional distress, unaccompanied by physical injury, provided four elements are shown: One, the wrongdoer's conduct was intentional or reckless. This element is satisfied where the wrongdoer had the specific purpose of inflicting emotional distress or where he intended his specific conduct and knew or should have known that emotional distress would likely result. Two, the conduct was outrageous and intolerable in that it offends against the generally accepted standards of decency and morality. This requirement is aimed at limiting frivolous suits and avoiding litigation in situations where only bad manners and mere hurt feelings are involved. Three, there was a causal connection between the wrongdoer's conduct and the emotional distress. Four, the emotional distress was severe”.

³⁸ Embora admita-se também *punitive damages* em casos de “malícia implícita” (*implied malice*), conceito que se assemelha ao dolo eventual utilizado pelo direito penal brasileiro. Cf., na jurisprudência norte-americana, decisão da Suprema Corte da Califórnia no caso *Taylor v. Stille*, 24 Cal. 3d 890, em que se buscava indenização compensatória e punitiva por danos causados em acidente automobilístico provocado por um alcoólatra, que dirigia embriagado. O autor sustentou que o réu, mesmo ciente da gravidade de seu vício e dos riscos de dirigir sob efeito de álcool, aceitara um emprego de motorista de veículo transportador de bebidas alcoólicas, que lhe exigia dirigir por toda a cidade, fazendo paradas ocasionais em lojas de bebidas e sujeitando-se, desta forma, a tentações que não podia controlar. O tribunal considerou que houve consciente desconsideração da segurança de terceiros e malícia implícita (*implied malice*) por parte do réu, razão pela qual afastou a tese da defesa baseada em inimizabilidade por alcoolismo e ainda deu provimento ao pedido de *punitive damages*.

³⁹ Na íntegra original: “In an action for the breach of an obligation not arising from a contract, where it is proven by clear and convincing evidence that the defendant has been guilty of oppression, fraud, or malice, the plaintiff, in addition to the actual damages, may recover damages for the sake of example and by way of punishing the defendant”. (Civil Code of California, section 3.294).

mente a incidência das indenizações punitivas, e mesmo nos Estados que não o fazem os *punitive damages* têm sido estritamente controlados pelos tribunais⁴⁰.

Por toda parte nos Estados Unidos têm surgido críticas aos *punitive damages* e tentativas de restrição e até de supressão do instituto⁴¹. A principal destas tentativas foi representada pelo *Model State Punitive Damages Act*, redigido em 1991 pelo extinto Conselho Presidencial de Competitividade (*President's Council on Competitiveness*), e cuja finalidade era restringir substancialmente as hipóteses de aplicação dos *punitive damages* por meio de uma série de propostas que iam desde a extinção da competência do júri para a matéria até a limitação do valor dos *punitive damages* ao valor total da indenização compensatória. O *Model State Punitive Damages Act* jamais chegou a ser adotado na íntegra por qualquer Estado norte-americano, mas muitos deles incorporaram parcialmente suas limitações à incidência dos *punitive damages*. E, com efeito, a redução foi significativa. As notícias de indenizações milionárias que percorreram o mundo no início da década de 90 já não mais correspondem à realidade diária das cortes norte-americanas⁴². As indenizações permanecem, sim, relativamente elevadas, mas restritas, em sua imensa maioria, ao âmbito da compensação.

Todavia, inúmeros autores brasileiros permanecem invocando como argumento de autoridade o exemplo norte-americano, alheios talvez às discussões que se colocam, hoje, naquele país. Da comparação, até hoje, não se extraiu sequer a constatação de que a doutrina das indenizações punitivas apresenta, no Brasil, grave deficiência técnica representada pelo seu tratamento unitário com a compensação do dano. Com efeito, os tribunais brasileiros, repetindo erros do

⁴⁰ Não apenas quanto à sua incidência, mas também no que diz respeito à sua quantificação. A própria Suprema Corte dos Estados Unidos, no intuito de reduzir valores excessivos atribuídos às vítimas a título de *punitive damages*, estabeleceu critérios para a sua quantificação, a saber: (i) o grau de repreensibilidade da conduta do ofensor (*degree of reprehensibility*); (ii) a relação com o dano sofrido pela vítima (*ratio to the actual harm inflicted to on the plaintiff*); e (iii) as sanções eventualmente previstas na lei ou em regulamentos por condutas semelhantes àquela praticada pelo ofensor (*sanctions for comparable misconduct*). Cf. *BMW of North America, Inc. v. Ira Gore, Jr.*, 116 S. Ct. 1589 (1996), e *Pacific Mut. Life Ins. Co. v. Haslip*, 111 S. Ct. 1032 (1991). Especificamente sobre o critério da relação entre os *punitive damages* e o dano sofrido, ver *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.*, 113 S. Ct. 594 (1992), em que a Suprema Corte apreciou recurso da TXO para reduzir *punitive damages* arbitrados em uma quantia que chegava a 526 vezes o valor do dano efetivamente sofrido.

⁴¹ Para críticas aos *punitive damages* na doutrina norte-americana, ver, entre outros, QUAYLE, Dan. *Civil Justice Reform*, 41 AM. U. Law Review 559, 559 (1992). Confira-se, também, WHEELER, Malcolm. *A Proposal for Further Common Law Development of the Use of Punitive Damages in Modern Product Liability Litigation*, 40 ALA. Law Review 919, 919 (1989). Na jurisprudência, ver o voto vencido no caso *Bowling-Ferris Industries v. Kelco Disposal, Inc.*, 492 U.S. 257 (1989), em que a juíza da Suprema Corte norte-americana, Sandra Day O'Connor, tecia críticas às indenizações milionárias e alertava: “*punitive damages are skyrocketing*”.

⁴² Tornou-se notória a decisão proferida por um júri popular de Albuquerque, New Mexico, que condenou a McDonald's Corp. a pagar uma indenização de 2,9 milhões de dólares a uma senhora de 81 anos que se queimou ao derramar acidentalmente sobre si um copo de café, cuja temperatura foi considerada alta demais (cf. *A Matter of Degree: How a Jury decided that one coffee spill is worth \$ 2.9 million*. In: *The Wall Street Journal*, edição de 02 nov. 1994).

Código Brasileiro de Telecomunicações e da Lei de Imprensa, utilizam critérios punitivos para a quantificação de uma indenização que deveria ser, ao menos a princípio, meramente compensatória. O resultado é que as decisões judiciais tratam de forma unitária quantias atribuídas a títulos inteiramente diversos, fundados em fatos e argumentos distintos. Torna-se impossível, no cenário brasileiro, separar no valor da condenação a parcela concedida a título de compensação do dano e aquela que se pretende atribuir à vítima a título de punição do ofensor. Há, nisto, violação flagrante ao direito de ampla defesa do causador do dano e limitação ao contraditório em sede de recurso, já que se inviabiliza a discussão acerca da legalidade e conveniência da punição, cuja extensão nem chega a ficar clara.

6 AMPLA COMPENSAÇÃO E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS: ALTERNATIVAS AO CARÁTER PUNITIVO DA REPARAÇÃO DO DANO MORAL

O exemplo norte-americano, menos que corroborar as teses entusiastas da indenização punitiva, vem evidenciar grave equívoco no tratamento que o caráter punitivo tem recebido no Brasil: compensa-se o prejuízo e pune-se o ofensor, tudo com uma única quantia, sem distinção de valores, sem a aferição de requisitos específicos e sem a devida atenção aos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima. É, a propósito, na desatenção aos prejuízos sofridos pela vítima que reside talvez o pecado original da jurisprudência brasileira nesta matéria. A defesa do caráter punitivo no Brasil tem como intuito subjacente a majoração das indenizações por danos morais, cujo montante é, em casos mais graves, quase sempre insuficiente para amenizar o sofrimento da vítima. As baixas indenizações derivam justamente do fato de que as cortes brasileiras costumam ser desatentas à efetiva repercussão da lesão sobre a vítima, não como classe econômica ou como gênero, mas como pessoa humana, cujas particulares características precisam ser levadas em conta no momento de quantificação do dano⁴³.

A ampla tutela a estes aspectos existenciais já traria substancial aumento ao valor das indenizações, afastando a necessidade de se recorrer aos *punitive damages*, que trazem mais problemas que soluções. Atinge-se igual efeito por meio da concessão de indenizações dignas como resultado de uma ampla e correta utilização da função compensatória, cujo escopo deve ser sempre a integral proteção da vítima, em todos e cada um dos aspectos que compõem a sua personalidade⁴⁴.

⁴³ "Assim, especial será o dano ao ouvido de um esportista ainda que não profissional que ama nadar ou para quem se dita a ouvir música; assim como será especial o dano na perna de quem mora em um dos últimos andares de um edifício sem elevador". (PERLINGIERI, Pietro. Ob. cit., p. 174).

⁴⁴ "(...) as condições pessoais da vítima, desde que se revelem aspectos de seu patrimônio moral, deverão ser cuidadosamente sopesadas para que a reparação possa alcançar a singularidade de quem as sofreu, sob a égide do princípio da isonomia substancial". (MORAES, Maria Celina Bodin de. Ob. cit., p. 173).

Uma reflexão imparcial mostra que isto já solucionaria grande parte dos problemas. Todavia, pode-se argumentar que o caráter punitivo continuaria necessário naquelas hipóteses em que danos não tão graves são causados por uma conduta sistemática e maliciosa do ofensor, que a repete justamente porque a soma de todas as possíveis indenizações não supera o custo de uma mudança de postura. Assim, por exemplo, nos casos de determinadas instituições financeiras que enviam aos serviços de proteção ao crédito (SPC, SERASA etc.) nomes de todos os devedores indiscriminadamente, optando de forma voluntária por não proceder a um exame individual da situação de cada um destes devedores, muitos deles pontuais em suas obrigações. O custo operacional de uma análise assim detalhada supera o montante global das baixas indenizações usualmente concedidas às vítimas de tais erros. É também o que ocorre com certos veículos jornalísticos que, com frequência, divulgam informações duvidosas acerca de pessoas notórias, assumindo deliberadamente o ônus de agir sem a devida cautela na investigação da veracidade da notícia, pelo simples fato de que as vendas e a publicidade obtidas com aquelas bombásticas tiragens superam, em muito, eventuais indenizações.

Em casos assim, em que há a má-fé do ofensor e a repetição sistemática da conduta lesiva, a aplicação de uma indenização punitiva, com prévia estipulação legal que lhe fixasse os limites e os parâmetros, poderia, sim, servir de solução. Todavia, também aqui uma correta e ampla aplicação de indenização compensatória já serviria a superar os valores ínfimos que a jurisprudência brasileira vem aplicando a esta espécie de conflitos. A majoração da indenização, com base em critérios ainda puramente compensatórios como as condições pessoais da vítima, talvez já fosse suficiente para desequilibrar a equação matemática e desestimular a prática de condutas maliciosas.

Mas ainda que assim não fosse, seria possível aplicar a tais condutas punições administrativas, paralelamente à indenização civil. Assim, no citado exemplo das instituições financeiras que remetem indevidamente numerosos devedores aos serviços de proteção ao crédito, a previsão de multas e outras sanções pelo Banco Central do Brasil, órgão regulador do sistema financeiro nacional, teria força para coibir a prática de tais condutas, inclusive com maior eficiência que a indenização civil, em virtude da celeridade da sanção e dos efeitos políticos que a punição por uma conduta desta espécie poderia gerar no relacionamento entre a instituição financeira e o Banco Central. Ademais, a punição na esfera administrativa, e não civil, além de passar ao largo de todas as discussões referentes à ausência de previsão legal da sanção imposta, evitaria a tormentosa questão do enriquecimento sem causa do ofendido, porque o valor da multa seria destinado ao Poder Público, titular do direito de punir, e não à vítima, que, se tem razões para ver punido o ofensor, não tem, certamente, qualquer legítima justificativa para enriquecer-se com esta punição.

7 À GUIA DE CONCLUSÃO: TABELAMENTO DO DANO MORAL – O AVESSO DO AVESSO

É curioso que, apesar de todas estas constatações, as poucas vozes que se levantem contra o caráter punitivo no Brasil fixem-se quase sempre no argumento da “indústria do dano moral”. De fato, a notícia das milionárias indenizações norte-americanas gera, no espírito de qualquer pessoa de bom senso, o temor de uma frenética corrida ao Judiciário, com maliciosas simulações de dor e sofrimento diante de qualquer incidente cotidiano. Aliás, tal temor tem sido influente nos Estados Unidos na redução dos *punitive damages*, sobretudo diante da preocupação no sentido de se estar criando incentivos jurídicos à vitimização e à mercantilização das relações humanas.

Claro que a tudo isto deve estar atento o jurista brasileiro, mas a verdade é que, no Brasil, o argumento da “indústria do dano moral” é ainda prematuro. A situação na prática jurisprudencial brasileira parece oposta. Apesar da vitoriosa exceção representada pelos Juizados Especiais, o pleno acesso ao Judiciário ainda se encontra, em regra, restrito a camadas economicamente elevadas da população⁴⁵. Embora as condutas abusivas ocorram com frequência no mercado, as indenizações por danos morais são cada vez mais baixas e não estimulam a busca maliciosa de um provimento jurisdicional, de obstáculos numerosos não apenas sob o aspecto econômico, mas também social. Estamos anos atrás e, em se abandonando as indenizações punitivas, imunes à situação crítica atingida nos Estados Unidos em fins da década de 80. A realidade social brasileira recomenda outros temores, não este, típico de uma sociedade em que o acesso ao Judiciário é amplo e os efetivos abusos à coletividade, raros. O caráter punitivo não se sustenta no Brasil por diversas outras razões. A referência à “indústria do dano moral” somente adentra a discussão como perspectiva futura; não pode e não deve ocupar papel central no debate.

Nada obstante, o temor das altas indenizações parece fortemente presente no imaginário jurídico brasileiro. Prova disto é o Projeto de Lei 150/99, que fixa limites quantitativos à indenização por dano moral. Em um absurdo retorno ao tabelamento das indenizações, o projeto, aprovado na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, divide o dano moral em leve, médio e grave, estipulando tetos máximos de 20 mil, 90 mil e 180 mil reais, respectivamente⁴⁶. A proposta não é apenas o oposto da tendência de proteção integral à pessoa, que recomenda que cada dano e cada vítima sejam tratados em sua particularidade; é também inconstitucional, visto que a Constituição de 1988

⁴⁵ Sobre o acesso à Justiça na realidade brasileira, ver CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, *passim*.

⁴⁶ Para maiores detalhes, confira-se a matéria Senado quer tabelar valor do dano moral. *Folha de São Paulo*, edição de 16 jun. 2002.

assegura a compensação dos danos morais, sem estabelecer limitações de qualquer espécie⁴⁷.

A iniciativa do Projeto de Lei 150/99 parece pretender aplacar justamente o temor e a insegurança que a doutrina do caráter punitivo atraiu para a responsabilidade civil por dano moral no direito brasileiro⁴⁸. Ao se transformar a indenização dos danos morais em espécie de punição, surge naturalmente a tendência de tarifar-lhe o valor, de modo a evitar a aplicação de pena sem previsão legal. Todavia, por conta do tratamento unitário que se vem dando aos aspectos punitivo e compensatório no Brasil, o tabelamento acabará atingindo e limitando a própria compensação do dano moral, o que é inadmissível em uma ordem jurídica que deve tutelar de forma irrestrita todos os aspectos da personalidade humana. Como no avesso do avesso, vem um erro a fim de corrigir outro. Solução muito melhor que o tabelamento é aplicar em sua plenitude o art. 944, *caput*, do novo Código Civil, adequando a indenização à compensação integral dos prejuízos sofridos pela vítima, e afastando do arbitramento do dano moral qualquer consideração de ordem punitiva.

8 REFERÊNCIAS

- ALPA, G.; BESSONE, M. *La Responsabilità Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1976.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, *passim*.
- CASTRO, Guilherme Couto de. *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. *Introduzione al Diritto Comparato*. Edição italiana de Antonio Procida Mirabelli e Rocco Favale, Torino: G. Giappichelli, 1996.
- FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, a. 1, v. 4, p. 243 e ss., 2000.
- FARIAS, José Fernando de Castro. *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 997.
- GOODMAN & GILMAN. *As Bases Farmacológicas da Terapêutica*. Rio de Janeiro: Guanabara.

⁴⁷ Aliás, a inconstitucionalidade do tabelamento do dano moral já foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o art. 51 da Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967). Cf. REsp. 52.842/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 16.09.1997, RSTJ 99/179. Mas parece que nem o novo Código Civil teve a necessária atenção a este fato. Veja-se a impropriedade do art. 952, parágrafo único, que, em caso de usurpação, com perda da coisa, limita o preço de afeição do objeto ao seu preço ordinário, o que parece configurar inconstitucional restrição ao valor da indenização pelo dano moral sofrido com a perda de bens de significativo valor sentimental.

⁴⁸ Segundo matéria jornalística, “o objetivo é impedir indenizações não condizentes com a realidade brasileira” (cf. CCJ aprova limites para dano moral. *Jornal Valor*, edição de 31 maio 2002).

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Elementos de Responsabilidade Civil por Dano Moral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. t. IX.

QUAYLE, Dan. **Civil Justice Reform**, 41 AM. U. Law Review 559, 559 (1992). Confira-se, também, WHEELER, Malcolm. A Proposal for Further Common Law Development of the Use of Punitive Damages in Modern Product Liability Litigation, 40 ALA. **Law Review** 919, 919 (1989).

RUSTAD, Michael; KOENIG, Thomas. The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers. **The American University Law Review**, Summer, 1993, 42, 1269.

TEPEDINO, Gustavo intitulado O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira, publicado na mesma **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padmã, a. 2, v. 7, 2001.

_____. A Responsabilidade Civil por Acidentes de Consumo na Ótica Civil-Constitucional. *In: Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ÍNDICE ALFABÉTICO

A

- A boa-fé nos contratos de licença de uso de *software*. Mauricio Mota..... 227
- A Constituição de 1988, a dignidade humana e o direito à educação. Ana Paula de Barcellos..... 39
- A idéia de pessoa humana e os limites do biodireito. Vicente de Paulo Barretto ... 205
- Alexandre Ferreira de Assumpção Alves. Les sociétés brésiliennes et le régime de l'investissement étranger..... 31
- Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. Tutela dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos no Brasil e em Portugal 163
- Ana Paula de Barcellos. Constituição de 1988, a dignidade humana e o direito à educação..... 39
- Análise do direito de reservas aos tratados multilaterais e seus reflexos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Reservas ao estatuto de Roma. Artur de Brito Gueiros Souza 131
- Anderson Schreiber. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil..... 269
- Artur de Brito Gueiros Souza. Reservas ao estatuto de Roma. Uma análise do direito de reservas aos tratados multilaterais e seus reflexos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional..... 131

B

- Biodireito. A idéia de pessoa humana e os limites do biodireito. Vicente de Paulo Barretto 205
- Biodireito. Princípios. Heloisa Helena Barboza 11
- Boa-fé nos contratos de licença de uso de *software*. Mauricio Mota..... 227

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Elementos de Responsabilidade Civil por Dano Moral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. t. IX.

QUAYLE, Dan. **Civil Justice Reform**, 41 AM. U. Law Review 559, 559 (1992). Confira-se, também, WHEELER, Malcolm. A Proposal for Further Common Law Development of the Use of Punitive Damages in Modern Product Liability Litigation, 40 ALA. Law Review 919, 919 (1989).

RUSTAD, Michael; KOENIG, Thomas. The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers. **The American University Law Review**, Summer, 1993, 42, 1269.

TEPEDINO, Gustavo intitulado O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira, publicado na mesma **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, a. 2, v. 7, 2001.

_____. A Responsabilidade Civil por Acidentes de Consumo na Ótica Civil-Constitucional. *In: Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ÍNDICE ALFABÉTICO

A

- A boa-fé nos contratos de licença de uso de *software*. Mauricio Mota..... 227
- A Constituição de 1988, a dignidade humana e o direito à educação. Ana Paula de Barcellos..... 39
- A idéia de pessoa humana e os limites do biodireito. Vicente de Paulo Barretto ... 205
- Alexandre Ferreira de Assumpção Alves. Les sociétés brésiliennes et le régime de l'investissement étranger..... 31
- Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. Tutela dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos no Brasil e em Portugal..... 163
- Ana Paula de Barcellos. Constituição de 1988, a dignidade humana e o direito à educação..... 39
- Análise do direito de reservas aos tratados multilaterais e seus reflexos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Reservas ao estatuto de Roma. Artur de Brito Gueiros Souza 131
- Anderson Schreiber. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil..... 269
- Artur de Brito Gueiros Souza. Reservas ao estatuto de Roma. Uma análise do direito de reservas aos tratados multilaterais e seus reflexos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional..... 131

B

- Biodireito. A idéia de pessoa humana e os limites do biodireito. Vicente de Paulo Barretto 205
- Biodireito. Princípios. Heloisa Helena Barboza 11
- Boa-fé nos contratos de licença de uso de *software*. Mauricio Mota..... 227

- Brasil. Tutela dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos no Brasil e em Portugal. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes 163

C

- Código civil. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. Anderson Schreiber 269
- Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Luís Roberto Barroso 51
- Constituição de 1988, a dignidade humana e o direito à educação. Ana Paula de Barcellos 39

D

- Dano moral. Arbitramento no novo Código Civil. Anderson Schreiber 269
- Dignidade humana. Constituição de 1988, a dignidade humana e o direito à educação. Ana Paula de Barcellos 39
- Direito à educação. Constituição de 1988, a dignidade humana e o direito à educação. Ana Paula de Barcellos 39
- Direito de reservas. Reservas ao estatuto de Roma. Uma análise do direito de reservas aos tratados multilaterais e seus reflexos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Artur de Brito Gueiros Souza 131
- Direitos coletivos. Tutela dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos no Brasil e em Portugal. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes 163
- Direitos da personalidade *versus* liberdade de expressão. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. Luís Roberto Barroso 51
- Direitos difusos. Tutela dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos no Brasil e em Portugal. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes 163
- Direitos fundamentais. Critérios de ponderação. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Luís Roberto Barroso 51
- Direitos humanos. A Constituição de 1988, a dignidade humana e o direito à educação. Ana Paula de Barcellos 39
- Direitos individuais homogêneos. Tutela dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos no Brasil e em Portugal. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes 163

E

- Educação. Constituição de 1988, a dignidade humana e o direito à educação. Ana Paula de Barcellos 39
- Estatuto de Roma. Reservas. Uma análise do direito de reservas aos tratados multilaterais e seus reflexos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Artur de Brito Gueiros Souza 131

H

- Heloisa Helena Barboza. Princípios do Biodireito 11

I

- Idéia de pessoa humana e os limites do biodireito. Vicente de Paulo Barretto 205
- Interesse coletivo. Tutela dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos no Brasil e em Portugal. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes 163
- Interesse difuso. Tutela dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos no Brasil e em Portugal. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes 163
- Interesse individual homogêneo. Tutela dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos no Brasil e em Portugal. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes 163
- Investissement étranger. Les sociétés brésiliennes et le régime de l'investissement étranger. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves 31

J

- Jacob Dolinger. Nottebohm Revisited 89

L

- Les sociétés brésiliennes et le régime de l'investissement étranger. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves 31

- Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. Luís Roberto Barroso51
- Limites do biodireito. A idéia de pessoa humana e os limites do biodireito. Vicente de Paulo Barretto.....205
- Luís Roberto Barroso. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação51

M

- Mauricio Mota. A boa-fé nos contratos de licença de uso de *software*227

N

- Nottebohm Revisited. Jacob Dolinger89

P

- Pessoa humana e os limites do biodireito. Vicente de Paulo Barretto205
- Ponderação. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Luís Roberto Barroso.....51
- Portugal. Tutela dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos no Brasil e em Portugal. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes163
- Princípio da dignidade. A Constituição de 1988, a dignidade humana e o direito à educação. Ana Paula de Barcellos39
- Princípios do Biodireito. Heloisa Helena Barboza11

R

- Reservas ao estatuto de Roma. Uma análise do direito de reservas aos tratados multilaterais e seus reflexos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Artur de Brito Gueiros Souza131

S

- Sociétés brésiliennes. Les sociétés brésiliennes et le régime de l'investissement étranger. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves..... 31

T

- Tratados multilaterais. Reservas ao estatuto de Roma. Uma análise do direito de reservas aos tratados multilaterais e seus reflexos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Artur de Brito Gueiros Souza..... 131
- Tribunal Penal Internacional. Reservas ao estatuto de Roma. Uma análise do direito de reservas aos tratados multilaterais e seus reflexos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Artur de Brito Gueiros Souza 131
- Tutela dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos no Brasil e em Portugal. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes..... 163

V

- Vicente de Paulo Barretto. A idéia de pessoa humana e os limites do biodireito 205



Esta obra foi impressa em oficinas próprias,
utilizando moderno sistema de impressão digital.
Ela é fruto do trabalho das seguintes pessoas:

Professores revisores:

Adão Lenartovicz
Dagoberto Grohs Drechsel

Editoração:

Elisabeth Padilha
Emanuelle Milek
Karla Knihs
Luciane Pansolin
Rodrigo Michel Ferreira

Índices:

Emilio Sabatovski
Iara P. Fontoura
Tania Saiki

Impressão:

Lucas Fontoura

Marcelo Schwb
Willian A. Rodrigues

Acabamento:

Afonso P. T. Neto
Anderson A. Marques
Bibiane A. Rodrigues
Carlos A. P. Teixeira
Luana S. Oliveira
Lucia H. Rodrigues
Luciana de Melo
Luzia Gomes Pereira
Maria José V. Rocha
Marilene de O. Guimarães
Maurício Micalichechen
Nádia Sabatovski
Terezinha F. Oliveira

“A lei é inteligência, e sua função natural é impor o
procedimento correto e proibir a má ação.”

Cícero

JURUA
EDITORA
www.jurua.com.br

Lançamentos Jurídicos

JURUA EDITORA

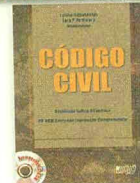
DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL



Assistência Jurídica
Pública - 2ª ed.
Aspectos Humanos e
Técnicos Sociais
Luzia Maria Costa
Pereira - 110p
ISBN: 978853622768-9



Bens Acessórios
Acessões, Partes
Integrantes e Pertenças
Alexandre Pimenta Batista
Pereira - 248p
ISBN: 978853622786-3



Código Civil - 13ª ed.
CD-Rom com Mini Vade
Mecum, com legislação,
jurisprudência e súmulas
Orgs.: Emilio Sabatovski e
Iara P. Fontoura - 212p
ISBN: 978853622817-4



Código de Processo
Civil - 11ª ed.
CD-Rom Mini Vade Mecum
com legislação, jurisprudência
e súmulas
Orgs.: Emilio Sabatovski e
Iara P. Fontoura - 218p
ISBN: 978853622816-7



Comentários à Lei
Nacional da Adoção
Lei 12.010 de 2009
Luiz Carlos de Barros
Figueiredo - 180p
ISBN: 978853622726-9



Comentários ao Código
de Processo Civil Brasileiro
Volume 1 - Artigos 1º
ao 153 - 2ª ed.
J. E. Carreira Alvim - 480p
ISBN: 978853622809-9

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL



Manual de Propriedade
Intelectual
Mais de 400 Verbetes
Específicos
Cete Lacerda Araújo e
Ivo M. Guerra - 216p
ISBN: 978853622784-9



Direito à Privacidade dos
Dados Genéticos
Gisele Echterhoff - 224p
ISBN: 978853622866-2



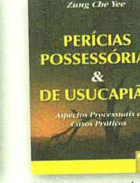
Manual de Direito
Imobiliário - 4ª ed.
De Acordo com as Novas
Alterações da Lei do
Inquilinato
Arthur Rios e Arthur
Rios Jr. - 360p
ISBN: 978853622813-6



Multas de Trânsito
2ª ed. - Defesa Prévia e
Processo Punitivo •
Legislação • Doutrina •
Jurisprudência • Defesa e
Recursos Administrativos
Sidney Martins - 336p
ISBN: 978853622789-4

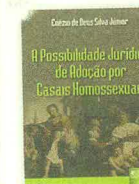


Ônus da Prova
Teorias da Redução da
Módulo da Prova e das
Provas Dinâmicas e
Compartilhadas
Vicente Higino Neto - 148p
ISBN: 978853622773-3



Perícias Possessórias e
de Usucapião - 2ª ed.
Aspectos Processuais e
Casos Práticos
Zung Che Yee - 188p
ISBN: 978853622715-3

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL



A Possibilidade Jurídica de
Adoção por Casais
Homossexuais - 4ª ed.
Enézio de Deus
Silva Júnior - 252p
ISBN: 978853622771-9



Recurso de Agravo e sua
Processualização - 2ª ed.
Avenir P. de Oliveira - 142p
ISBN: 978853622872-3



Recurso Especial - 3ª ed.
Vol. 4 - PPJ - Prática,
Processo e Jurisprudência
Paulo Cesar Bachmann
Alves - 162p
ISBN: 978853622869-3



Recursos Cíveis nos Juizados
Especiais Federais • Recursos
das Leis 10.259/01 e
12.153/09 • Incidentes de
Uniformização e Recurso
Extraordinário • Mandado de
Segurança • Revisão da Coisa
Julgada
Flávia da S. Xavier e José A.
Savaris - 384p
ISBN: 978853622893-8



Reformas do Código de
Processo Civil e Novos
Mecanismos de Acesso
à Justiça
Antônio V. Peleja
Júnior - 376p
ISBN: 978853622858-7



União Homoafetiva
A Construção da Igualdade na
Jurisprudência
Brasileira
Adilson J. Moreira - 420p
ISBN: 978853622763-4

DIREITO AMBIENTAL



Justiça Ambiental na Amazônia
Análise de Casos Emblemáticos
Raimundo Rodrigues Santana - 166p
ISBN: 978853622806-8



Meio Ambiente e Comércio Internacional
Fábio Albergaria de Queiroz - 196p
ISBN: 978853622801-3



Servidão Ambiental no Brasil
Aspectos Jurídicos e Socioambientais
Sônia Letícia de Mello Cardoso - 222p
ISBN: 978853622889-1



Contratos Agroindustriais de Integração Econômica Vertical
Nunziata Stefania Valenza Paiva - 252p
ISBN: 978853622843-3



Responsabilidade Civil Objetiva no Ato do Trabalho e Atividade Empresarial de Risco
Benedito Aparecido Tuponi Júnior - 188p
ISBN: 978853622865-5



Revista de Direito Empresarial - N. 12 - Julho/Dezembro 2009
Coords.: Marcia C. P. Ribeiro e Oksandro Gonçalves - 184p
ISSN: 1806-910X-00012



Código de Normas Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro - 12ª ed.
CD-Rom com Legislação e Guia de Cartórios
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 600p
ISBN: 978853622898-3



Constituição do Estado de Minas Gerais - 8ª ed.
Orgs.: Emílio Sabatovski, Lara P. Fontoura e Karla Knih - 138p
ISBN: 978853622886-0



Constituição Federal 17ª ed.
Especial para Concursos
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 202p
ISBN: 978853622688-0



Estatuto da Cidade e Legislação Complementar 4ª ed.
Orgs.: Emílio Sabatovski, Lara P. Fontoura, Melissa Folmann - 156p
ISBN: 978853622820-4



Estatuto do Desarmamento e sua Regulamentação - 5ª ed.
Orgs.: Emílio Sabatovski, Lara P. Fontoura - 108p
ISBN: 978853622854-9



Ministério Público - Rio de Janeiro - 2ª ed.
Orgs.: Emílio Sabatovski, Lara P. Fontoura e Karla Knih - 134p
ISBN: 978853622882-2

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL



Direito Penal e Povos Indígenas
Coord.: Luiz Fernando Villares - 230p
ISBN: 978853622810-5



Código de Processo Penal Explicado - 4ª ed.
Teoria e Prática - Leis 11.689/08, 11.690/08, 11.719/08 e 11.900/09
José M. Donegã - 656p
ISBN: 978853622855-6



Tribunal do Juri - 2ª ed.
O Novo Rito Interpretado
Rodrigo Fauz Pereira e Silva - 260p
ISBN: 978853622880-8



Lei Antidrogas - 3ª ed.
Aplicada e Comentada
Aluizio Bezerra Filho - 480p
ISBN: 978853622827-3



Direitos Políticos Fundamentais
E sua Suspensão por Condenações Criminais e por Improbidade Administrativa
Tiago de M. Conceição - 226p
ISBN: 978853622787-0



Erro e Concurso de Pessoas no Direito Penal
André V. de Almeida - 294p
ISBN: 978853622798-6



Nova Lei de Falências - 5ª ed.
Lei 11.101, de 09/02/2005
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 100p
ISBN: 978853622822-8



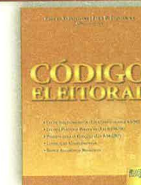
Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro - 7ª ed.
Orgs.: Emílio Sabatovski, Lara P. Fontoura e Karla Knih - 160p
ISBN: 978853622861-7



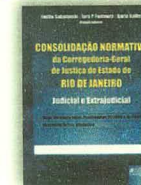
Código de Trânsito Brasileiro - 22ª ed.
Lei 9.503/97 - Mini Book
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 268p
ISBN: 978853622815-0



Estatuto da Advocacia e da OAB - 4ª ed. - 2010
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 114p
ISBN: 978853622818-1

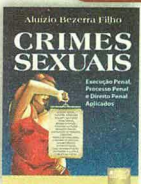


Código Eleitoral - 8ª ed.
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 164p
ISBN: 978853622814-3



Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - 3ª ed.
Orgs.: Emílio Sabatovski, Lara P. Fontoura e Karla Knih - 298p
ISBN: 978853622847-1

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL



Crimes Sexuais - 2ª ed.
Anotados e Comentados - Execução Penal, Processo Penal e Direito Penal Aplicados - De acordo com as Leis 11.690/08, 11.719/08 e 12.015/09
Aluizio Bezerra Filho - 432p
ISBN: 97885362224-0



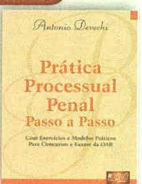
Lei de Execução Penal e Legislação Complementar - 8ª ed.
Com as Normas do Sistema Penitenciário Federal - Atualizada até a Lei 12.121/09
Maurício Kuehne - 170p
ISBN: 978853622805-1



Lei de Execução Penal Anotada - 8ª ed.
Atualizada até a Lei 12.121/09
Maurício Kuehne - 864p
ISBN: 978853622879-2



Controle Penal das Drogas
Estudo dos Crimes Descritos na Lei 11.343/06
João José Leal e Rodrigo José Leal - 432p
ISBN: 978853622794-8



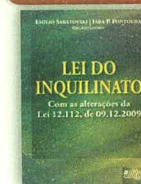
Prática Processual Penal - 8ª ed.
Passo a Passo - Com Exercícios e Modelos Práticos Para Concursos e Exame da OAB
Antonio Deveschi - 252p
ISBN: 978853622849-5



Arbitragem nos Conflitos Individuais do Trabalho
Paula Corina Santone Carajescov - 200p
ISBN: 978853622769-6



Constituição do Estado do Rio de Janeiro - 10ª ed.
Orgs.: Emílio Sabatovski, Lara P. Fontoura e Karla Knih - 120p
ISBN: 978853622846-4



Lei do Inquilinato
Com as alterações da Lei 12.112, de 09.12.2009
Mini Book
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 70p
ISBN: 978853622845-7



CLT - Consolidação das Leis de Trabalho & Consolidação dos Provedimentos do TST - 6ª ed.
CD-ROM com legislação, súmulas e jurisprudência
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 288p
ISBN: 978853622788-7



Código de Normas Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina - 7ª ed.
Orgs.: Emílio Sabatovski, Lara P. Fontoura e Karla Knih - 220p
ISBN: 978853622775-7



Constituição do Estado do Paraná - 11ª ed. - 2010
Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 92p
ISBN: 978853622888-4



Consolidação das Leis do Trabalho - CLT - 5ª ed.
2010 - Mini Book
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 248p
ISBN: 978853622853-2

DIREITO DO TRABALHO



Contrato de Emprego do Aprendiz - 2ª ed.
Caio F. Santos - 202p
ISBN: 978853622651-4



Os Direitos da Personalidade do Empregado
Em Face do Exercício Abusivo do Poder Diretivo do Empregador
Ana Paula Pavelski - 192p
ISBN: 978853622765-8



Da Prova no Processo Administrativo Tributário - 3ª ed.
Alessandra Dabul - 142p
ISBN: 978853622811-2



Tributos e Encargos do Setor Elétrico Brasileiro - 2ª ed.
A Incidência Tributária nos Contratos de Comercialização de Energia Elétrica
Daniel A. Carneiro - 188p
ISBN: 978853622876-1



Direito Internacional Penal
Biblioteca de Estudos Avançados em Direito Penal e Processual Penal coordenada por Luiz R. Prado e Adel El Tasse
Carlos F. de O. Pereira - 316p
ISBN: 978853622844-0



El Incidente de Nulidad de Actuaciones
Diego M. Fernández - 304p
ISBN: 978853622870-9

LEGISLAÇÃO



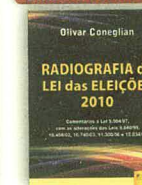
Constituição do Estado de São Paulo - 9ª ed.
Orgs.: Emílio Sabatovski, Lara P. Fontoura e Karla Knih - 116p
ISBN: 978853622799-3



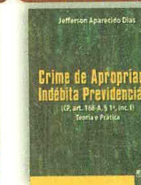
Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado de Santa Catarina - 7ª ed.
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 154p
ISBN: 978853622780-1



Constituição do Estado de Santa Catarina - 7ª ed.
Emendas Constitucionais Detalhadas Índice Alfabético
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 118p
ISBN: 978853622639-2



Radiografia da Lei das Eleições 2010 - 6ª ed.
Comentários à Lei 9.504/97, com as alterações das Leis 9.840/99, 10.408/02, 10.740/03, 11.300/06 e 12.034/09
Olivar Coneglian - 544p
ISBN: 978853622803-7



Crime de Apropriação Indébita
Previdenciária - 3ª ed.
Teoria e Prática (CP, art. 168-A, § 1º, inc. II)
Jefferson A. Dias - 178p
ISBN: 978853622762-7



Economia e Seguridade Social - Análise Econômica do Direito - Seguridade Social
Marco A. Serau Jr. - 136p
ISBN: 978853622914-0

DIREITO CONSTITUCIONAL



Comentários ao Estatuto do Servidor Público Federal Atualizado - Lei 8.112/90
Direitos, deveres, proibições, vantagens, processo disciplinar, seguridade social e aposentadoria
Júlio C. L. Brandão - 496p
ISBN: 978853622783-2



Constituição e Constitucionalismo
Gustavo F. Santos - 232p
ISBN: 978853622807-5



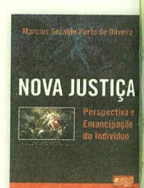
Constituição Federal
5ª ed. - Mini Book
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 250p
ISBN: 978853622848-8



Direito Humano à Educação e Políticas Públicas
Maria T. U. Gomes - 394p
ISBN: 978853622746-7



Introdução Contemporânea à Teoria dos Direitos Fundamentais
Odoné Serrano Jr. - 170p
ISBN: 978853622867-9



Nova Justiça
Perspectiva e Emancipação do Indivíduo
Marcílio Geraldo Porto de Oliveira - 172p
ISBN: 978853622812-9

DIREITO CONSTITUCIONAL



Novo Direito Constitucional Comparado - 3ª ed.
Introdução Teoria e Metodologia
Ivo Dantas - 432p
ISBN: 978853622691-0



Novo Processo Constitucional Brasileiro
Ivo Dantas - 468p
ISBN: 978853622692-7



Política de Cotas em Universidades Brasileiras
Entre a Legitimidade e a Eficácia
Geziela Jensen - 334p
ISBN: 978853622791-7

CONCURSOS



Exame de Ordem - Antonio Deveschi
Contém Provas e Comentários aos Exames da OAB - Cespe/UnB
Prática Processual Civil - 7ª ed. - 266p
ISBN: 978853622831-0
Prática Processual do Trabalho - 7ª ed. - 318p
ISBN: 978853622832-7
Prática Processual Penal - 9ª ed. - 262p
ISBN: 978853622835-8



Guia Prático do Advogado
Para o dia a dia, concursos e provas
Antonio Deveschi - 166p
ISBN: 978853622826-6

CONCURSOS



Manual Básico - Antonio Deveschi
De Processo Civil - 4ª ed. - e Júlio César C. Deveschi
196p - ISBN: 978853622823-5

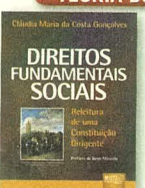


De Processo do Trabalho - 4ª ed.
198p - ISBN: 978853622824-2



De Processo Penal - 4ª ed. - e Júlio César C. Deveschi
178p - ISBN: 978853622825-9

TEORIA DO DIREITO, FILOSOFIA DO DIREITO E METODOLOGIA



Direitos Fundamentais Sociais - 2ª ed.
Releitura de uma Constituição Dirigente
Cláudia Maria da Costa Gonçalves - 282p
ISBN: 978853622864-8



Formação do Juiz
Anotações de uma Experiência
Lourival Serejo - 126p
ISBN: 978853622795-5



Gestão Estratégica do Departamento Jurídico Moderno - Caminhos para a Excelência e Formas de Inserção nas Decisões Empresariais
Coords.: Lara Selem e Leonardo B. Leite - 498p
ISBN: 978853622878-5

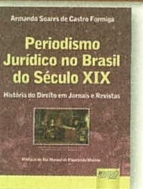


Metodologia do Ensino Jurídico - 2ª ed.
Aproximação ao Método e à Formação do Conhecimento Jurídico
Isaac SABBA GUIMARÃES - 210p
ISBN: 978853622761-0

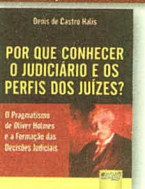
TEORIA DO DIREITO, FILOSOFIA DO DIREITO E METODOLOGIA



Moderna Teoria do Direito
Adriano Sérgio Nunes Bretas - 608p
ISBN: 978853622868-6



Periodismo Jurídico no Brasil do Século XIX
História do Direito em Jornais e Revistas
Armando S. de Castro Formiga - 202p
ISBN: 978853622790-0



Por Que Conhecer o Judiciário e os Perfis dos Juizes? - O Pragmatismo de Oliver Holmes e a Formação das Decisões Judiciais
Denise C. Halis - 240p
ISBN: 978853622774-0



O Problema do Direito em Michel Foucault
Entre Imagens Jurídicas e a Proposta de um Direito Novo
João Chaves - 184p
ISBN: 978853622829-7



Sanção na Teoria do Direito de Norberto Bobbio
Gisele M. Salgado - 290p
ISBN: 978853622833-4



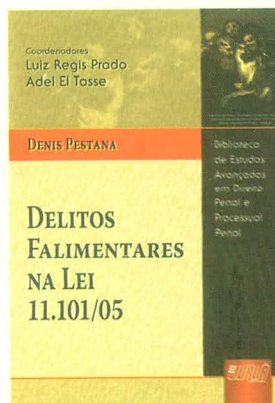
Tradução
Da sua Importância e Dificuldade
Newton SABBA GUIMARÃES - 218p
ISBN: 978853622850-1

Outras obras da Jurua Editora



Eduardo Appio

A Ação Civil Pública no Estado Democrático de Direito



Nesta Obra:

DIREITO CIVIL

- Princípios do Biodireito

DIREITO COMERCIAL DO TRABALHO

- Les sociétés brésiliennes et le régime de l'investissement étranger

DIREITO DO ESTADO

- A Constituição de 1988, a dignidade humana e o direito à educação
- Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação
- Nottebohm Revisited

DIREITO PENAL

- Reservas ao estatuto de Roma – Uma análise do direito de reservas aos tratados multilaterais e seus reflexos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional

DIREITO PROCESSUAL

- Tutela dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos no Brasil e em Portugal

DISCIPLINAS BÁSICAS

- A ideia de pessoa humana e os limites do biodireito
- A boa-fé nos contratos de licença de uso de software

ALUMNI

- Arbitramento do dano moral no novo Código Civil

