

FMU DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA

**CURSO DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DAS
FACULDADES METROPOLITANAS UNIDAS - FMU**

Ano 24, n. 33, 2010
ISSN - 2316-1515



EDITORIAL

A FMU Direito Revista Eletrônica tem a satisfação de publicar, nesta 33^a edição, dez artigos jurídicos e um ensaio, que, por sua variedade e profundidade, possuem o perfil de seus autores, professores desta verdadeira Academia de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU, a saber: Ana Paula Carvalhal (*A arbitragem administrativa em Portugal*), Antonio Fernando Costa Pires Filho (*Socialização dos riscos*), Antonio Riccitelli (*Contratos Atípicos e os Princípios Gerais do Direito Contratual*), Cauê Nogueira de Lima (*Controle, crime e costume na sociedade selvagem*), Daniella D'Arco Garbossa (*Crimes informáticos e o Projeto de lei nº 76/00 do Senado Federal*), Frederico Antonio Oliveira de Rezende (*Responsabilidade civil dos bancos em relação às fraudes eletrônicas*), Marcelo Barbosa de Melo (*A função social da empresa e o inter-relacionamento com o terceiro setor*), Mônica Tereza Mansur Linhares (*Educação, moral, sistema e direito na filosofia de Immanuel Kant*), Nivaldo Sebastião Vícola (*O compromisso de compra e venda*), Roberto Senise Lisboa e Bruno Ricardo Bioni (*A formação e a conclusão dos contratos eletrônicos*) e Carlos Abrão (*Refugiados: definição e cláusulas de exclusão*).

O mérito dos articulistas foi trazer, em sua abordagem, a atualidade das questões jurídicas e filosóficas, resultante do alto grau de conhecimento que cada um possui na sua atuação profissional e acadêmica.

PROF. DR. JORGE SHIGUEIMITSU FUJITA
Editor Responsável

RESUMO

Em Portugal, a utilização da arbitragem, comum em matéria de direito coletivo do trabalho e direito do consumidor, vem ganhando cada vez mais espaço no direito administrativo. A reforma do contencioso administrativo português, em vigor desde janeiro de 2004, reforça a capacidade da Administração Pública portuguesa para se submeter à jurisdição arbitral: ampliando o âmbito da jurisdição do Tribunal Arbitral Administrativo, prevendo um regime próprio e criando Comissões Permanentes de arbitragem.

Palavras-chave: Arbitragem. Direito Administrativo Português.

ABSTRACT

In Portugal, the use of arbitration, common in the area of collective labor law and consumer law, is gaining more space in administrative law. The reform of portuguese administrative litigation, in force since January 2004, strengthens the ability of the Portuguese Public Administration to submit to the jurisdiction of arbitration: broadening the scope of jurisdiction of the Administrative Court of Arbitration, by providing a separate regime and creating standing committees of arbitration.

Keywords: Arbitration. Portuguese Administrative Law.

* Professora de Direito Constitucional da FMU. Procuradora da FAPESP. Doutoranda em Direito do Estado pela USP. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra.

1. Introdução

A Arbitragem possui inegáveis vantagens em relação à jurisdição estatal: a sua maior celeridade na resolução do litígio, resultante da simplificação do formalismo processual e da fixação, pelas partes ou pela lei, de prazos curtos para a sentença ser proferida pelos árbitros”, a sua maior economia, baseada na diferença entre o valor das custas judiciais e o valor das despesas do processo arbitral e dos honorários dos árbitros, e a sua maior capacidade para compor litígios de natureza marcadamente técnica. Foi por essas razões que a arbitragem, tal como as outras soluções alternativas dos litígios, se tornou popular, em Portugal, em matéria de conflitos coletivos de trabalho e de conflitos de consumo.

Também no direito administrativo a jurisdição arbitral vem ganhando cada vez mais espaço. Embora ainda enfrente alguns obstáculos, na medida em que a arbitragem pode exigir uma certa “gestão” dos poderes jurídicos dos órgãos da administração pública, suas vantagens parecem ganhar cada dia mais relevo. É nesse contexto que a reforma do contencioso administrativo português vem trazer importantes inovações. É sobre essas alterações que versará o presente artigo, o qual se encontra dividido em três capítulos.

O primeiro capítulo analisa, ainda que de modo breve, as principais características do Instituto da Arbitragem, procurando diferenciá-la das outras formas alternativas de resolução de conflitos e distinguindo seus principais tipos: Arbitragem Voluntária, Necessária, *ad hoc*, Institucionalizada, segundo a lei, segunda a equidade, interna e internacional.

O segundo capítulo examina as principais peculiaridades da Arbitragem nas relações de Direito Administrativo. Aqui, serão objeto de atenção os critérios de arbitrabilidade relacionados com a capacidade da Administração Pública para se submeter à jurisdição arbitral. Também será estudada, de forma sucinta, a evolução do tratamento dado à arbitragem administrativa pelo ordenamento jurídico português.

O terceiro e último capítulo analisa o novo tratamento dado à Arbitragem Administrativa à luz da reforma do contencioso administrativo: (1) a ampliação do âmbito de jurisdição do Tribunal Arbitral Administrativo; (2) a previsão de um regime próprio, ainda que insuficiente; (3) a criação de comissões permanentes de arbitragem.

2. Breves considerações sobre o Instituto da Arbitragem

A ordem jurídica portuguesa disponibiliza vários meios para a resolução de litígios. Esses meios podem integrar o sistema de justiça do Estado ou constituir alternativas a essa jurisdição pública. Tanto aqueles como estes podem ser utilizados nos conflitos oriundos das relações jurídico-administrativas, em determinadas condições. A Arbitragem, objeto do presente estudo, é um desses meios alternativos.

Os meios de resolução de conflitos podem ser de natureza jurisdicional ou não jurisdicional. Tendo em consideração a vontade das partes, podem ser autocompositivos (quando a resolução do litígio resultar do acordo entre os litigantes) ou heterocompositivos (quando a solução for imposta por um terceiro). Pelo critério teleológico, podemos distinguir entre os que visam impedir o nascimento do litígio e os que buscam por fim ao mesmo. E, ainda, há mecanismos que atuam antes que o litígio chegue aos meios heterocompositivos e mecanismos que se colocam como alternativa aos tribunais estaduais. Vejamos quais dessas características estão presentes na arbitragem.

2.1 Conceito e Natureza Jurídica

Assim Muitas são as definições de Arbitragem encontradas na doutrina. Julgamos, todavia, que o conceito elaborado por Francisco Cortez se enquadra melhor aos diversos tipos de arbitragem:

A arbitragem é uma forma de administração da justiça em que o litígio é submetido, por convenção das partes ou por determinação imperativa da lei, ao julgamento de particulares, os árbitros, numa

decisão a que a lei reconhece o efeito de caso julgado e a força executiva iguais aos da sentença de um qualquer tribunal estadual, a quem é retirada, por sua vez, a competência para julgar tal litígio.¹

A arbitragem é, portanto, uma técnica de resolução de litígios: heterocompositiva (porque exige a existência de um terceiro, que é o árbitro), convencional (quando resultar de um acordo entre as partes para a escolha da via arbitral), formalizada (porque pressupõe a escolha de procedimentos pré-determinados a serem seguidos pelo árbitro e pelas partes) e jurisdicional² (porque garante uma solução para o litígio, a qual tem o valor de caso julgado).

Questão controvertida é saber se os árbitros desempenham função jurisdicional, em especial quando nos referimos a arbitragem convencionada pelas partes.

Três são as principais correntes quanto à natureza jurídica do instituto da arbitragem: a “contratualista” (que defende a natureza contratual do instituto, uma vez que o mesmo se consubstancia num negócio jurídico, fruto da autonomia privada), a “judicialista” (que considera que a arbitragem possui natureza judicial, na medida em que os árbitros se equiparam aos juízes, valendo as respectivas decisões como verdadeiras sentenças) e a “mista” (que vê na arbitragem tanto uma natureza contratual, quanto judicial).³

Sem renegar o fundamento contratual da arbitragem voluntária, entendemos que os tribunais arbitrais em Portugal desempenham função jurisdicional por dois motivos. Primeiro, o Tribunal Arbitral constitui uma das categorias de tribunais segundo o artigo 209º,

nº 2, da Constituição Portuguesa. Segundo, os árbitros julgam segundo o direito constituído, a menos que as partes convencionem a utilização de critérios de equidade, nos termos do artigo 22º da Lei de Arbitragem Voluntária. Em outras palavras, “o árbitro é um juiz e a sua decisão é uma sentença”⁴.

Cabe, entretanto, ressaltar que, ainda que o Estado tolere a privação do poder de julgar dos seus juízes em favor dos árbitros, não se afasta completamente da solução do litígio, mantendo o poder de execução forçada da decisão e de revisão do conteúdo da decisão, pelo menos para controlar a sua conformidade legal.⁵

2.2. Arbitragem e Institutos Afins

Tendo em vista que só a Arbitragem, enquanto meio alternativo a jurisdição do Estado, integra a justiça administrativa⁶, consideramos importante diferenciá-la dos mecanismos de autocomposição de conflitos (conciliação, mediação e transação), uma vez que estes também podem ser admitidos no âmbito de aplicação do direito administrativo.

a) Mediação e Conciliação:

Enquanto na arbitragem a solução do litígio é imposta às partes, na conciliação e na mediação ela é apenas proposta, sugerida, cabendo aos litigantes resolverem a questão sem imposições.⁷

Tanto a conciliação como a mediação são meios heterocompositivos e não jurisdicionais de resolução de conflitos. Podem resultar da lei ou da vontade das partes, assim como podem ou não ser institucionalizadas. A legislação não define os conceitos de conciliação e de mediação, havendo uma certa confusão na doutrina⁸.

¹ CORTEZ, Francisco. A arbitragem voluntária em Portugal: Dos «ricos homens» aos tribunais privados. In: **O Direito**. Ano 124, 1992, p. 366.

² Conforme o entendimento de Sérvulo Correia: “na ordem jurídica portuguesa, a decisão arbitral dos conflitos é uma atividade jurisdicional e não uma atividade negocial.” (CORREIA, José Manuel Sérvulo. Arbitragem Voluntária nos Contratos Administrativos. In: **Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes**. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa : Editora Lex, p. 231.)

³ Cfr. ESQUÍVEL, José Luís. **Os Contratos Administrativos e a Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 79.

⁴ CORTEZ, Francisco. *Ob. Cit.*, p. 554-555.

⁵ Cfr. CAUPERS, João. *A arbitragem nos litígios ...*, p. 3 - 4.

⁶ Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **A Justiça Administrativa**. 7ª Edição. Coimbra : Livraria Almedina, 2005, p. 91-92.

⁷ Cfr. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *A Participação Popular e a Consensualidade na Administração Pública*. In: **Boletim de Direito Administrativo**. Ano XVIII, Nº 2, Fevereiro/2002, p. 95-96.

⁸ Conforme esclarece Vieira de Andrade, “parte da doutrina entende que, na conciliação, o terceiro se limita

No ordenamento jurídico português, o Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas (RJEOP) determina no artigo 260º, nº 1, que as ações sobre interpretação, validade ou execução do contrato administrativo de empreitada de obras públicas, de competência da Justiça Administrativa, devem ser obrigatoriamente precedidas de uma tentativa de conciliação perante uma comissão composta por um representante de cada uma das partes e presidida pelo presidente do Conselho Superior de Obras Públicas e Transportes.⁹

b) Transação:

A transação é definida pelo artigo 1248º, nº 1, do Código Civil Português como um «contrato pelo qual as partes previnem ou terminam um litígio mediante recíprocas concessões». Não podem ser objeto de transação direitos que as partes não podem dispor, nem questões referentes a negócios jurídicos ilícitos, nos termos do artigo 1249º do Código Civil.

Enquanto na transação o contrato celebrado entre as partes põe termo ao litígio, na arbitragem o contrato é apenas um dos meios para se chegar à sentença arbitral que resolverá o litígio.¹⁰ Assim, a transação é um mecanismo de autocomposição, de interesses de natureza contratual e não jurisdicional, razão pela qual as transações administrativas não pertencem à justiça administrativa.¹¹

A Administração Pública, aliás, poderá transigir nas mesmas circunstâncias e em relação às mesmas matérias em que lhe é lícito contratar (princípio da equiparação entre capacidade para contratar e capacidade para transigir¹²), possuindo, então, características distintas da transação de direito privado.¹³ Portanto, em conformidade com a posição do Supremo Tribunal Administrativo, é inadmissível a transação como forma de pôr

a aproximar as partes, enquanto, na mediação, o mediador pode propor soluções – ao passo que outra parte da doutrina afirma exactamente o inverso”. (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Ob. Cit.*, p. 92.).

⁹ Cfr. ESQUÍVEL, José Luís. *Ob. Cit.*, p. 84-85.

¹⁰ Cfr. CORTEZ, Francisco. *Ob. Cit.*, p. 367.

¹¹ Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Ob. Cit.*, p. 91-92.

¹² Cfr. GONÇALVES, Pedro. *Arbitragem no Direito ...*, p. 4.

¹³ Cfr. ESQUÍVEL, José Luís. *Ob. Cit.*, p. 92-107.

fim ao contencioso de anulação de ato administrativo.¹⁴

c) Atividade Administrativa Arbitral:

Importante, ainda, diferenciar a “jurisdição arbitral administrativa”, que integra o exercício da função jurisdicional por tribunais, da “arbitragem administrativa” de conflitos.¹⁵ Esta última é realizada pela Administração Pública quando, por força da lei ou da vontade das partes, decide litígios entre particulares.

A atividade administrativa arbitral pode ser desenvolvida por qualquer entidade administrativa com competência para tanto, mas tem se tornado comum entre as entidades reguladoras de determinados setores da vida social¹⁶, quer no domínio da administração pública indireta, quer no domínio das “autoridades administrativas independentes”.

2.3. Os vários tipos de Arbitragem

Outra diferenciação importante é a que deve ser feita entre os diferentes tipos de arbitragem. Não podemos, aqui, exaurir a questão, mas procuraremos definir as principais modalidades: necessária ou voluntária (elemento volitivo); *ad hoc* ou institucionalizada (elemento funcional); segundo a lei ou segundo a equidade (elemento jurídico); interna ou internacional.

a) Arbitragem Voluntária e Arbitragem Necessária:

A arbitragem voluntária, regulada no ordenamento jurídico português pela Lei nº 31/86, é instituída por vontade dos litigantes, que optam por ela em detrimento da jurisdição do Estado. Todavia, uma vez convencionada a opção pelo tribunal arbitral, as partes ficam obrigadas à sua jurisdição, sob pena da

¹⁴ Nesse sentido ver: Acórdão do STA de 20/03/97, proferido no processo nº 33411, e Acórdão do STA de 31/03/98, proferido no processo nº 22715.

¹⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Ob. Cit.*, p. 94.

¹⁶ São exemplos: os poderes de “arbitrar e resolver litígios no âmbito das comunicações” atribuídos à autoridade administrativa reguladora (ANACOM), relativo à resolução de conflitos entre operadores em matéria de interligação de redes; a competência da Autoridade Nacional de Comunicações para resolver litígios entre o utilizador e a empresa operadora de telefonia fixa, nos termos do artigo 44º do Regulamento de Exploração do Serviço Fixo de Telefone.

preterição deste tribunal gerar vício de incompetência¹⁷.

Nos termos do artigo 1º, nº 1, da LAV, poderá ser objeto de convenção arbitral “qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis”, desde que “não estejam submetidos exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária”. Caracteriza-se, conforme o nº 2 do referido artigo, pela existência de um elemento formal, a convenção de arbitragem, a qual poderá se referir a um litígio atual, por meio de compromisso arbitral, ou a litígios eventuais emergentes de uma determinada relação jurídica, através da cláusula compromissória.

Já a arbitragem necessária, prevista nos artigos 1525º-1528º do Código de Processo Civil, é imposta pela lei. Nesse caso não há opção, as partes ficam legalmente impedidas de recorrer ao tribunal judicial¹⁸. A arbitragem necessária está consagrada, por exemplo, no Código das Expropriações (Lei nº 168/99) que a prevê no artigo 38º ao determinar que o valor da indenização, quando houver desacordo entre expropriado e expropriante, será fixado por arbitragem.¹⁹

b) Arbitragem *ad hoc* e Arbitragem Institucionalizada:

A arbitragem é *ad hoc* quando o tribunal arbitral é constituído e o processo arbitral é definido e se desenvolve sem intervenção de qualquer centro ou entidade permanente. A arbitragem é institucionalizada quando o tribunal arbitral for organizado num centro ou numa entidade permanente, sendo que a instituição fornece um regulamento próprio ao processo arbitral, normalmente para suprir a falta de acordo das partes na designação dos árbitros, e presta apoio logístico ao desenvolvimento do processo, recebendo em

contrapartida o pagamento de uma taxa²⁰. A arbitragem institucionalizada está prevista no artigo 38º da LAV e foi regulada pelo Decreto-Lei nº 425/86.

c) Arbitragem segundo a Lei e a Arbitragem segundo a Equidade:

Conforme já mencionado, a LAV permite que as partes autorizem o árbitro a julgar segundo a equidade. Assim, tendo em vista os critérios que decidem o litígio, podemos distinguir entre a arbitragem segundo a lei (cabendo ao árbitro decidir o litígio conforme o Direito estrito) e a arbitragem segundo a equidade (quando o tribunal arbitral não está exclusivamente subordinado aos critérios normativos fixados na lei, podendo atender a razões de conveniência, de oportunidade e de justiça concreta).²¹

d) Arbitragem interna e arbitragem internacional:

Por fim, cabe distinguir entre arbitragem interna e internacional²². A arbitragem interna submete-se exclusivamente ao Direito do Estado. A arbitragem internacional tem contato com mais de um ordenamento jurídico, criando, por isso, problemas de determinação do estatuto da arbitragem.²³ A arbitragem internacional pode versar sobre relações de Direito Internacional Público (meio heterocompositivo de resolução de litígios entre sujeitos de direito público internacional) ou de Direito Internacional Privado (artigo 32º da LAV, aquela que põe em jogo interesses do comércio internacional).²⁴

3. A Arbitragem no Direito Administrativo

¹⁷ Cfr. ESQUÍVEL, José Luís. *Ob. Cit.*, p. 114 – 115.

¹⁸ Como ressalta Pedro Gonçalves, os tribunais arbitrais necessários podem suscitar dúvidas quanto a sua constitucionalidade. Neste ponto, o Tribunal Constitucional tem se pronunciado pela legitimidade destes tribunais, entendendo que a previsão constitucional de tribunais arbitrais só se justifica para afastar dúvidas quanto a admissibilidade justamente desta modalidade. (GONÇALVES, Pedro. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**. Coimbra : Livraria Almedina, 2005, p.572-573.).

¹⁹ Cfr. ESQUÍVEL, José Luís. *Ob. Cit.*, p. 114 – 115.

²⁰ Cfr. CORTEZ, Francisco. *Ob. Cit.*, p. 367.

²¹ Cfr. ESQUÍVEL, José Luís. *Ob. Cit.*, p. 118.

²² Luís de Lima Pinheiro prefere utilizar a “arbitragem internacional” para designar apenas a realizada na ótica do Direito Internacional Público, referindo-se a “arbitragem transnacional” sempre que o instituto da arbitragem envolver mais de um ordenamento jurídico. (Cfr. PINHEIRO, Luís de Lima. **Arbitragem Transnacional: A determinação do estatuto da arbitragem**. Coimbra : Livraria Almedina, 2005, p. 28).

²³ Cfr. PINHEIRO, Luís de Lima. *Ob. Cit.*, p. 33.

²⁴ Cfr. ESQUÍVEL, José Luís. *Ob. Cit.*, p. 119.

Ao contrário do Direito Privado, o Direito Administrativo tradicionalmente sempre apresentou grande resistência à possibilidade de as partes resolverem os seus litígios por via arbitral. A arbitragem, ao longo da história deste ramo do direito, ora simplesmente foi negada, ora foi admitida a título excepcional. Isso se deve à dificuldade de se aceitar que a Administração Pública, ligada a uma ideia de poder público, sujeita à legalidade administrativa e à realização do interesse público²⁵, possa, por convenção, “afastar a competência dos tribunais administrativos, criados justamente para apreciar litígios de natureza jus-administrativa, e submeter-se ao julgamento de árbitros”.²⁶

Apesar de não ser o propósito do nosso trabalho analisar as múltiplas dimensões da arbitragem no direito administrativo, algumas notas de caráter geral são indispensáveis para a compreensão do novo regime de Arbitragem Administrativa.

3.1. Arbitrabilidade das relações jurídicas administrativas

Os ordenamentos jurídicos, de forma geral, consideram que nem todos os litígios podem ser decididos por meio da arbitragem voluntária. Chamaremos de “arbitrabilidade” a qualidade do litígio que é, simultaneamente, um requisito da validade da convenção de arbitragem, da constituição do tribunal arbitral e da validade da sentença proferida por este.²⁷

²⁵ As mesmas dificuldades são colocadas pela doutrina brasileira: “Argumentam alguns que, diante dos princípios da supremacia do interesse público, da indisponibilidade dos interesses públicos e dos instrumentos destinados à defesa dos interesses públicos, a Administração Pública, ao contratar, não poderia abrir mão da possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário, por franco desrespeito às regras constitucionais dos direitos e garantias individuais (art. 5º, incs. XXXV, LXIX, LXX e LXXIII). Entendem outros que a arbitragem afrontaria o princípio constitucional da legalidade, dado que na arbitragem é possível que a solução do conflito seja feita por equidade, à margem do respeito estrito às normas legais.” Cfr.: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Ob. Cit.*, p. 96.

²⁶ Cfr. ESQUÍVEL, José Luís. *Ob. Cit.*, p. 135-136.

²⁷ Cfr. VENTURA, Raul. *Convenção de arbitragem*. In: *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 1986, p. 317.

Essa “arbitrabilidade” comporta duas dimensões: uma subjetiva e outra objetiva. A arbitrabilidade subjetiva determina quem pode se submeter à arbitragem, ao passo que a arbitrabilidade objetiva estabelece quais matérias podem ser resolvidas por juízo arbitral, estando relacionada ao objeto da controvérsia.²⁸

a) A arbitrabilidade subjetiva:

A Lei da Arbitragem Voluntária (Lei nº 31/86, de 29 de Agosto) possibilita que o Estado e outras pessoas coletivas de direito público celebrem convenções de arbitragem, desde que sejam autorizados por lei especial ou tratem de matérias respeitantes a relações de direito privado. Portanto, em Portugal²⁹, não há uma norma de permissão geral da arbitragem em matéria administrativa, pelo que a concretização de convenções arbitrais, em casos tais, depende da existência de lei especial que permita a sua celebração.³⁰

O dispositivo, ao mesmo tempo que abre as portas para a Administração Pública utilizar o instituto da arbitragem, lembra que essa possibilidade resultará sempre do exercício de uma competência legal e não uma faculdade própria da Administração. O princípio da

²⁸ Cfr. MEDEIROS, Suzana Domingues. *Algumas questões sobre arbitragem envolvendo a Administração Pública no direito brasileiro*. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Vol. 5, Nº 17, janeiro/março 2004, p. 91.

²⁹ No Brasil, a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), prevê já no seu artigo 1º que poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, todas as pessoas capazes de contratar. Na mesma linha, o Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/02), no artigo 851º, dispõe que é admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar. Verifica-se que a legislação brasileira não dispõe acerca da capacidade do Estado e da Administração Pública se submeterem à Arbitragem. (Cfr. MEDEIROS, Suzana Domingues. *Ob. Cit.*, p. 93.). Mas a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a capacidade da União para submeter-se à arbitragem quando homologou a arbitragem entre a União e os particulares para a fixação do valor de indenização a ser pago pela incorporação de bens pelo Estado. (Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Arbitragem e prestação de serviços públicos*. In: *Revista síntese de direito civil e processual civil*. Vol. 5, Nº 26, novembro/dezembro 2003, p. 70.).

³⁰ Cfr. CLARO, João Martins. *A arbitragem no anteprojecto de Código de Processo nos Tribunais Administrativos*. In: *Cadernos de Justiça Administrativa*. Nº 22, Julho/Augosto 2000, p. 85.

legalidade como pressuposto da arbitrabilidade subjetiva relaciona-se com o fundamento da arbitragem. O instituto da arbitragem fundamenta-se, em geral, na autonomia privada e na faculdade reconhecida aos cidadãos de disporem de alguns dos seus direitos. Ora, a Administração, mesmo quando estão em causa interesses patrimoniais, não possui essa “autonomia privada”³¹, podendo fazer apenas o que a lei autoriza. Logo, a competência dos tribunais administrativos, que é de ordem pública, só pode ser afastada com autorização legal.³²

Por outro lado, podemos considerar que a LAV abandonou a técnica, de inspiração francesa, de definir a arbitrabilidade apenas pelo critério subjetivo (classificar as pessoas que podem celebrar convenções arbitrais) e passou a se reportar também ao critério objetivo (especificando os casos em que as pessoas podem utilizar a arbitragem). Desta forma, a legislação portuguesa contraria frontalmente a relutância em admitir a arbitragem em litígios que envolvam uma pessoa coletiva de direito público.³³

b) Arbitrabilidade Objetiva:

A arbitrabilidade objetiva é um limite à utilização da via arbitral tanto para a Administração Pública, quanto para os particulares. Já o artigo 1510º do CPC dispunha que apenas os direitos disponíveis podem ser objeto da convenção de arbitragem. A arbitrabilidade objetiva utiliza-se, em geral, de dois critérios: ou da suscetibilidade de transação entre as partes sobre o litígio, ou da disponibilidade do direito sobre que versa o litígio.³⁴

Em Portugal, a Lei nº 31/86 (Lei da Arbitragem Voluntária) utiliza o critério da disponibilidade dos direitos. Pelo disposto no artigo 1º, nº 1, da LAV, duas são as qualidades

³¹ Conforme Marques Guedes: “A validade de tal escolha depende, perante tais artigos, unicamente da especificação do ato jurídico de que as questões possam emergir; não já de uma ampla liberdade de disposição patrimonial, de que as pessoas coletivas de direito público não gozam.” (GUEDES, Armando M. Marques. *Tribunais Arbitrais Administrativos*. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Vol. XIV, 1960, p. 147-148.).

³² Cfr. GONÇALVES, Pedro. *Entidades*, p. 574-575.

³³ Cfr. CORTEZ, Francisco. *Ob. Cit.*, , p. 559.

³⁴ Cfr. VENTURA, Raul. *Ob. Ci.*, p. 321.

objetivas exigidas ao litígio: não estar submetido por lei especial exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária e não respeitar a direitos indisponíveis.³⁵ No campo específico do Direito Administrativo, os critérios objetivos foram sendo desenhados ao longo do tempo, conforme passaremos a analisar.

3.2. Evolução da legislação sobre Arbitragem Administrativa

Podemos dizer que até o final do século XX, vigorava em Portugal um princípio geral de exclusão da arbitragem das relações administrativas. Entendia-se que a competência dos tribunais administrativos, legal e de ordem pública, não poderia ser afastada pela via negocial, pois significaria uma derrogação da lei pelas partes. Todavia, entendia-se que uma lei especial poderia autorizar a Administração Pública a se submeter à jurisdição arbitral. Assim, a exclusão era de ordem geral, uma vez que muitas leis especiais autorizaram a arbitragem administrativa.³⁶ Em verdade, somente com a entrada em vigor do ETAF de 1984 é que passou a existir uma disposição legal que previu expressamente a instituição de tribunais arbitrais para o julgamento de questões administrativas.³⁷

O artigo 2º, nº 2, do ETAF de 1984 admitia tribunais arbitrais no domínio do contencioso dos contratos administrativos e da responsabilidade civil por prejuízos decorrentes de atos de gestão pública, incluindo o contencioso das ações de regresso. Posteriormente, o artigo 188º do Código de Procedimento Administrativo estipulou a validade da cláusula compromissória num contrato administrativo.

Assim, desde 1984 existia “lei especial” que, com carácter genérico, autorizava a

³⁵ Cfr. CORTEZ, Francisco. *Ob. Cit.*, p. 557.

³⁶ Por exemplo, o Decreto-Lei nº 48.871, de 19/02/1968, sobre empreitadas de obras públicas, e o Decreto Regulamentar nº 54, de 24/08/77, que dispunha sobre contratos administrativos de investimento estrangeiro. (Cfr. CORREIA, José Manuel Sérvelo. *Ob. Cit.*, p. 232.).

³⁷ Cfr. GONÇALVES, Pedro. *Arbitragem no Direito* ..., p. 7.

Administração a submeter a arbitragem as questões litigiosas relativas a contratos administrativos e a responsabilidade civil por atos de gestão pública. No entanto, apesar do carácter genérico da formulação legal, no campo da responsabilidade civil por atos de gestão pública, a admissibilidade da arbitragem foi sempre vista de forma mais cautelosa e, na prática, acabava por se basear em leis especiais para situações particulares (Decreto-Leis nº 273/87, de 4 de Julho, 324/88, de 23 de Setembro, 63/91, de 8 de Fevereiro, 237/93, de 3 de Julho). Já nos “litígios respeitantes a relações de direito privado”, as entidades públicas estavam igualmente autorizadas a recorrer à arbitragem, aqui, nos termos do artigo 1º, nº 4, da LAV.³⁸

a) O pacífico terreno dos Contratos Administrativos e da Responsabilidade Civil:

Tendo em consideração as indicações legais e, sobretudo, o modo como tais indicações vinham sendo interpretadas pela doutrina maioritária e pela jurisprudência, conclui-se que o âmbito da arbitrabilidade nos litígios jurídico-administrativos era pacificamente aceito, até a reforma da justiça administrativa de 2004, aos dois domínios do tradicional contencioso administrativo por atribuição: contratos administrativos e responsabilidade civil por atos de gestão pública³⁹.

³⁸ Cfr. GONÇALVES, Pedro. *Arbitragem no Direito ...*, p. 8.

³⁹ No Brasil, apesar da previsão da arbitragem remontar aos tempos da colonização portuguesa, a questão da arbitrabilidade das relações jurídicas administrativas ainda é muito polémica. A legislação que disciplina o instituto da arbitragem em caráter geral (Lei nº 9.307/96) não faz qualquer referência às relações administrativas. Mesmo em relação ao contrato administrativo, a Lei 8.666/93 não prevê a possibilidade da cláusula arbitral. No entanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já reconheceu a legalidade do juízo arbitral, mesmo nas causas contra a Fazenda Pública. Da mesma forma, a doutrina tem apontado que não existe um impedimento absoluto ao uso da arbitragem pela administração, podendo instituir-se tribunal arbitral para resolver questões de natureza contratual ou privada, estando excluídos os casos em que a Administração age como Poder Público. Todavia, tem-se verificado uma evolução na matéria no que toca à utilização da via arbitral nos contratos de concessão de serviços públicos. Cfr.: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Contrato administrativo e a lei de arbitragem*. In: *Revista de direito administrativo*. Nº

Frise-se que desde 1955 o Supremo Tribunal Administrativo já firmava jurisprudência no sentido da validade de cláusulas compromissórias inseridas em contratos de concessão de serviço público.⁴⁰ Com relação à arbitragem de questões relacionadas à Responsabilidade Civil do Estado, ressalta-se dois casos célebres: a Arbitragem para indenização de Hemofílicos infectados pelo VHI-1 em estabelecimentos públicos de saúde (constituída pelo Decreto-Lei nº 237/93)⁴¹ e a Arbitragem para indenização por nacionalização (prevista pela Lei nº 80/77 e regulada pelo Decreto-Lei nº 343/80).⁴²

Ao delimitar desse modo o âmbito da arbitrabilidade no direito administrativo, o legislador parecia eleger, como critério de arbitrabilidade, a paridade nas relações jurídicas administrativas, embora alguns segmentos do direito administrativo de paridade ficassem excluídos. O critério da relação jurídica administrativa paritária combinava com o critério da disponibilidade dos direitos adotado pela LAV.

b) O controverso campo do Ato Administrativo:

Pela doutrina anterior, os litígios suscitados na esfera do direito administrativo de autoridade encontravam-se, por definição, fora da área de disponibilidade da Administração Pública: entendia-se que esta não tinha poderes de dispor sobre o conteúdo dos atos administrativos, nem sobre a respectiva fiscalização jurisdicional da legalidade.⁴³ Essa doutrina era confirmada pela jurisprudência do STA que, num Acórdão

223, janeiro/março 2001, p. 115-131; GRAU, Eros Roberto. *Arbitragem e contrato administrativo*. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Nº 21, Março 2002, p. 141-148; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ob.Cit.*, p. 65-73.

⁴⁰ Cfr. REIS, João Luís Lopes dos. *A arbitragem hemofílico c/Estado Português*. In: *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 60, Nº 1, 2000, p. 168.

⁴¹ Para maior aprofundamento do caso, ver: REIS, João Luís Lopes dos. *Ob. Cit.*, p. 165-241.

⁴² Esta experiência foi analisada por Marcelo Rebelo de Sousa no artigo: “As indemnizações por nacionalização e as comissões arbitrais em Portugal”. In: *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 1989, p. 392.

⁴³ Cfr. GONÇALVES, Pedro. *Entidades Privadas ...*, p. 574-575.

de 14/05/98 (proc. Nº 42.938), se pronunciou pela possibilidade de o Estado celebrar convenções de arbitragem para julgamento de litígios respeitantes a relações de direito privado e nas questões meramente contratuais dos contratos administrativos e no contencioso da responsabilidade por atos de gestão pública, mas pela impossibilidade do recurso à arbitragem para apreciação da legalidade dos atos definitivos e executórios na execução de contratos administrativos.⁴⁴

No direito português, portanto, era pacífica a não arbitrabilidade do chamado “contencioso administrativo de anulação”.⁴⁵

4. A Arbitragem na Nova Justiça Administrativa

Inicialmente, cabe ressaltar que a matéria deixou de ser regulada pelo Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais e passou a constar do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.⁴⁶ O artigo 180º do CPTA é a lei especial a que se refere o artigo 1º, nº 4, da LAV. Hoje, a extensão possível da arbitragem no direito administrativo português é definida por este dispositivo legal. No entanto, ao contrário do que ocorria no regime anterior, o CPTA não se limitou a autorizar a arbitragem e a delimitar o âmbito da arbitrabilidade, passando a estabelecer um regime jurídico próprio para a arbitragem administrativa, ainda que de forma incompleta.⁴⁷ A estrutura do Código, ainda quanto ao Instituto da Arbitragem, distingue a Arbitragem ad hoc (artigos 181º a 186º) da Arbitragem Institucionalizada (artigo 187º).⁴⁸

4.1. O âmbito de jurisdição do Tribunal Arbitral

Importante relembrar que, em direito administrativo, a arbitragem se encontra sob reserva de lei, e que, portanto, apenas as hipóteses previstas pelo artigo 180º do Código podem ser objeto de convenção arbitral. Entretanto, como lembra o próprio artigo 180º, outros casos poderão ser previstos em lei especial, como ocorre, por exemplo, com o Decreto-Lei nº 555/99 ao prever a possibilidade de constituição de “comissões arbitrais” para a resolução de conflitos na aplicação de regulamentos municipais de urbanização e edificação.⁴⁹

Quanto ao âmbito de jurisdição, o Código trouxe algumas alterações relevantes que implicam numa ampliação da arbitrabilidade das relações jurídicas administrativas. Começando por uma alteração sutil, ao referir-se a “contratos” e não mais “contratos administrativos”, englobando, assim, todos os contratos sujeitos ao direito público administrativo, e incluindo a apreciação dos atos administrativos relativos à respectiva execução. Num segundo momento, decorrente do próprio alargamento do âmbito da jurisdição administrativa pelo ETAF, passa a abranger as questões de responsabilidade civil extracontratual decorrentes também da gestão privada da Administração⁵⁰, não mais apenas as de gestão pública.⁵¹ E, por fim, seu traço mais inovador, abre a possibilidade de instituição de tribunais arbitrais para o julgamento de questões relativas a certos atos administrativos, entrando no território, novo, do direito administrativo de autoridade.⁵²

a) Contratos:

⁴⁴ Cfr. GONÇALVES, Pedro. ..., p. 8-9.

⁴⁵ Cfr. REIS, João Luís Lopes dos. *Ob. Cit.*, p. 169.

⁴⁶ Dessa alteração decorre que a autorização contida no artigo 180º do CPTA apenas vale para os litígios do âmbito da jurisdição administrativa, estando excluídos os pertencentes ao âmbito da jurisdição fiscal. Cfr. GONÇALVES, Pedro. *Arbitragem no Direito ...*, p. 9-10.

⁴⁷ Cfr. GONÇALVES, Pedro. *Arbitragem no Direito ...*, p. 9.

⁴⁸ Cfr. CAUPERS, João. *A arbitragem na nova justiça administrativa*. In: **Cadernos de Justiça Administrativa**. Nº 34, Julho/Augosto 2002, p. 65.

⁴⁹ Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Ob. Cit.*, p. 147.

⁵⁰ Ao abranger também as questões de direito privado (“contratos” e responsabilidade civil extracontratual), questões que já eram arbitráveis por força do artigo 1º, nº 4, da LAV, traz uma consequência prática: determina a aplicação prioritária do CPTA, em detrimento da LAV. Cfr. GONÇALVES, Pedro. *Arbitragem no Direito ...*, p. 10.

⁵¹ Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Ob.Cit.*, p. 145-146.

⁵² Cfr. GONÇALVES, Pedro. *Entidades Privadas ...*, p. 575.

O artigo 180º, nº 1, começa por autorizar a constituição de tribunais arbitrais para o julgamento de “questões respeitantes a contratos”, na linha do ETAF de 1984. Como já referido, a nova disposição abrange todos os “contratos cuja apreciação pertença ao âmbito da jurisdição administrativa”, nos termos do artigo 2º, alínea “g”, do CPTA e do artigo 4º, nº 1, do ETAF. As questões a apreciar pelos tribunais arbitrais podem respeitar a litígios sobre a validade, a interpretação ou a execução de contratos.

Mas a disposição autoriza ainda a arbitragem para a apreciação de atos administrativos relativos à execução desses contratos. Tais atos são, na verdade, atos públicos de autoridade que a Administração contratante pode praticar em sede de execução de contratos. Essa solução até encontra uma explicação de natureza prática, ligada à dificuldade de qualificação de muitos dos comportamentos do contratante público (por exemplo, se entendêssemos que a aplicação de uma multa contratual era um ato negocial (paritário), a arbitragem era possível, se a qualificássemos como ato administrativo, não seria⁵³). Da mesma forma, a solução justifica-se em razão da proximidade lógica, uma vez que um litígio sobre tais atos apresenta-se, muitas vezes, relacionado com a própria interpretação ou execução do contrato⁵⁴.

⁵³ “Exatamente quanto à aplicação de multas contratuais, no regime anterior, o STA considerava, nuns casos, que se tratava de um ato administrativo, não arbitrável – cf. Acórdão, já citado, de 14/05/98, proc. Nº 42938 -, mas noutros, do mesmo ano de 1998, já decidia, por exemplo, que a Portugal Telecom, S.A., ao recorrer nos tribunais administrativos da aplicação de uma multa contratual, violava a cláusula compromissória constante do contrato de concessão que a ligava ao Estado – Acórdãos de 12/95/98 e de 23/09/98, respectivamente, procs. 43544 e 43393”. Cfr. GONÇALVES, Pedro. *Arbitragem no Direito ...*, p. 10-11.

⁵⁴ Conforme elucida Mário Aroso de Almeida, a solução explica-se pela “óbvia vantagem de permitir que no mesmo processo seja apreciada a globalidade da relação jurídica controvertida, nos diferentes planos e dimensões em que ela se desdobra”. O autor lembra que a mesma solução foi adotada pelo CPTA no artigo 47º, nº 2, alínea d), ao admitir a cumulação da impugnação de atos administrativos relativos à execução de contratos com outros pedidos relativos com esses contratos. (ALMEIDA, Mário Aroso de. *A arbitragem no direito administrativo português*. In: La

No entanto, resta saber em que termos se dará a “apreciação dos atos administrativos” pelos árbitros.

Para Pedro Gonçalves, tal apreciação há de situar-se no plano da juridicidade e da legalidade: “os árbitros podem apreciar a conformidade dos atos administrativos com o direito aplicável, encontrando-se, por isso autorizados a anular ou a declarar nulos tais atos, obviamente se e quando ilegais”.⁵⁵ Da mesma forma entende Mário Aroso de Almeida, ao considerar que “o propósito de permitir que, no mesmo processo, seja apreciada a globalidade da relação jurídica controvertida” só é atingida se o árbitro puder apreciar, a título principal, a legalidade de eventuais atos.⁵⁶

O Código mantém, no entanto, a exclusão da possibilidade de arbitrar conflitos relativos a atos destacáveis do procedimento pré-contratual, não podendo ser apreciável, no mesmo processo, a questão que envolva a validade de um ato pré-contratual e a invalidade do próprio contrato.⁵⁷

Cabe ressaltar, ainda, que a arbitragem em matéria contratual poderá ser convencionada tanto por cláusula compromissória (nos termos do artigo 188º do CPA), quanto por compromisso arbitral.⁵⁸

b) Responsabilidade civil extracontratual:

Quanto à previsão da alínea “b”, nº 1, do artigo 180º (“questões de responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efectivação do direito de regresso”), não se verifica grande inovação. Como já mencionado, apenas se estendeu a autorização legal para todas as questões de responsabilidade civil extracontratual que envolvam a Administração

contratación pública en el horizonte de la integración europea, V Congresso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo. Madrid : Instituto Nacional de Administración Pública, 2004, p. 109.).

⁵⁵ Cfr. GONÇALVES, Pedro. *Arbitragem no Direito ...*, p. 10-11. e GONÇALVES, Pedro. *Entidades Privadas ...*, p. 577

⁵⁶ Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso de. *A arbitragem...*, p. 110.

⁵⁷ Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso de. e CADILHA, Carlos. *Comentários ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 2005.

⁵⁸ Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso de. *A arbitragem ...*, p. 98.

e não apenas às questões da responsabilidade civil por prejuízos decorrentes de atos de gestão pública, consequência da alteração do ETAF nessa matéria.⁵⁹

Porém, o artigo 185º do Código exclui da arbitragem “a responsabilidade civil por prejuízos decorrentes de atos praticados no exercício da função política e legislativa ou da função jurisdicional”.

c) Atos Administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade:

Sem dúvida a grande inovação do CPTA em matéria de Arbitragem é a previsão constante da alínea c), nº 1, do artigo 180º, “de alcance enigmático”⁶⁰, que possibilita a constituição de tribunal arbitral para o julgamento de: “questões relativas a actos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva”. Duas grandes questões se colocam: quais são os atos administrativos a que se refere o dispositivo e em que medida tais atos poderão ser apreciados pelos árbitros?

Quanto à primeira questão, o CPTA remete para a lei substancial, no caso o Código de Procedimento Administrativo. O CPA dispõe no artigo 140º sobre a revogabilidade de atos válidos:

Artigo 140º (Revogabilidade dos actos válidos)

1. Os actos administrativos que sejam válidos são livremente revogáveis excepto nos casos seguintes:

- a) Quando a sua irrevogabilidade resultar de vinculação legal;
- b) Quando forem constitutivos de direitos ou de interesses legalmente protegidos;
- c) Quando deles resultem, para a Administração, obrigações legais ou direitos irrenunciáveis.

2. Os actos constitutivos de direitos ou interesses legalmente protegidos são, contudo, revogáveis:

- a) Na parte em que sejam desfavoráveis aos interesses dos seus destinatários;

b) Quando todos os interessados dêem a sua concordância à revogação do acto e não se trate de direitos ou interesses indisponíveis.

Segundo Vieira de Andrade, a análise do artigo 140º nos leva a uma delimitação negativa, abrangendo todos os atos cujos efeitos não sejam impostos por lei imperativa, o que corresponde de certo modo ao critério tradicional adotado pela doutrina para admitir a arbitragem no direito administrativo, ou seja, nas questões em que haja uma posição de paridade na relação jurídica litigiosa. Estão excluídos da arbitragem, então, os atos administrativos constitutivos de direitos ou interesses legalmente protegidos que sejam indispensáveis e os atos constitutivos para a Administração de obrigações legais ou de direitos irrenunciáveis. Serão arbitráveis, portanto, os atos favoráveis precários (como os relativos à utilização privativa de bens do domínio público) ou constitutivos de direitos disponíveis e os atos desfavoráveis que não resultem de lei imperativa (como as sanções disciplinares, por exemplo).⁶¹

Frise-se, ainda, que ao falarmos em atos “revogados sem fundamento em invalidade”, estamos nos referindo a uma revogação baseada em razões de mérito ou de oportunidade, ou seja, à arbitralidade de atos discricionários. O critério legal parece residir na discricionariedade (poder de disposição da Administração sobre a vida de um determinado ato administrativo).⁶² A adoção do critério da discricionariedade poderia levar, assim, a uma comparação entre atos discricionários e direitos disponíveis (artigo 1º, nº 1, da LAV)⁶³.

⁶¹ Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Ob. Cit.*, p. 146-147.

⁶² Cfr. GONÇALVES, Pedro. *Arbitragem no Direito ...*, p. 12-13.

⁶³ Neste ponto, releva transcrever o entendimento de Mário Aroso de Almeida: “A solução introduzida pelo artigo 180º, nº 1, alínea c), assenta, entretanto, no entendimento de que os actos administrativos que, nos termos da lei, podem ser revogados sem fundamento na sua invalidade são actos disponíveis, no sentido em que a lei não exige a demonstração da sua invalidade para que a Administração os possa retirar da ordem jurídica. Por conseguinte, poderá dizer-se que os litígios que se constituam em torno desses actos - rectius, das situações

⁵⁹ Cfr. GONÇALVES, Pedro. *Arbitragem no Direito*, p. 11.

⁶⁰ Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso de. e CADILHA, Carlos. *Comentários ao ...*, p. 885.

Considerando ser esse o critério adotado, coloca-se a segunda questão: tratando-se de ato discricionário, em que termos sua revogação poderá ser decretada pelo juiz arbitral?

Afastamos, inicialmente, a possibilidade de o juiz arbitral fiscalizar a juridicidade⁶⁴ do ato administrativo discricionário, uma vez que o ato que viole a juridicidade será inválido. Depois, no respeito pelo princípio da separação de poderes, não podemos admitir que seja permitido ao árbitro julgar da conveniência ou oportunidade da atuação Administrativa. Resta saber, então, que litígio poderá surgir a partir de um ato administrativo discricionário que seja válido e não se relacione com questões de conveniência ou oportunidade?

Mário Aroso de Almeida entende que o âmbito de apreciação que poderá ser confiado ao tribunal arbitral deverá ser delimitado em função da “apreciação de critérios cujos contornos tenham sido previamente traçados”, situações em que a revogação por razões de mérito fique dependente, desde o momento da prática do ato, nos termos da lei ou do próprio ato, da verificação de determinadas circunstâncias.⁶⁵

Pedro Gonçalves entende que o critério da discricionariedade não é adequado para delimitar a arbitrariedade de um ato administrativo. Esclarece que o fato da Administração deter um poder de disposição sobre o ato apenas permite a intervenção da função jurisdicional na apreciação da legalidade ou juridicidade, o que não é o caso.

jurídicas que eles se reportam – não dizem respeito a matéria indisponível, num sentido de algum modo correspondente àquele em que o artigo 1º, nº1, da LAV faz depender a validade das convenções de arbitragem, em geral, da condição de o litígio não dizer respeito a «direitos indisponíveis».”(ALMEIDA, Mário Aroso de. *A arbitragem ...*, p. 109-110.).

⁶⁴ Nas palavras de Vieira de Andrade: “A juridicidade vai além da mera legalidade, na medida em que implica a verificação da conformidade das decisões administrativas com princípios jurídicos constitucionais (imparcialidade, igualdade, justiça, proporcionalidade, boa-fé, mas também racionalidade e veracidade), designadamente quando estão em causa espaços de discricionariedade de avaliação ou de escolha.” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Ob. Cit.*, p. 97.).

⁶⁵ Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso de. *A arbitragem no....*, p. 111.

Por outro lado, entender que o fato de a Administração poder dispor sobre o ato é condição de arbitrabilidade equivalente ao poder de disponibilidade dos direitos na esfera privada significaria conferir aos árbitros não uma função de julgar, mas uma função de administrar. O autor propõe uma revisão do CPTA que venha a esclarecer “se e quais os actos administrativos arbitráveis”, ou seja, atos cuja juridicidade ou legalidade possa ser apreciada por tribunais arbitrais, dentro dos limites da iurisdictio, exigindo-se que a apreciação seja apenas segundo o direito constituído e nunca segundo a equidade.⁶⁶

Embora não se perceba exatamente qual o critério adotado pelo legislador, verifica-se que a arbitragem não se limita mais a questões patrimoniais, tendo sido abandonado o critério tradicional.⁶⁷

d) Contra-interessados:

O CPTA também inovou ao prever, no nº 2 do artigo 180º, a possibilidade de arbitragem nos casos em que existam contra-interessados, desde que estes aceitem a convenção de arbitragem.

Mesmo a convenção de arbitragem sendo um negócio *inter partes* (que vincula apenas os outorgantes), as características próprias do direito administrativo, que muitas vezes apresenta relações jurídicas “multipolar”, tornam fundamental o respeito pelo direito de terceiros. Neste sentido, a celebração da convenção de arbitragem entre a Administração e um administrado não pode diminuir as possibilidades de tutela dos terceiros interessados.

Assim, o terceiro que tenha legitimidade para propor ações administrativas comuns relativas a contratos (artigo 40º, nº 2 CPTA) continuará podendo intentá-las nos tribunais administrativos no caso de haver cláusula compromissória, uma vez esta vincula apenas as partes.⁶⁸ Com base no mesmo raciocínio, outra possibilidade que se extrai do conjunto de normas do CPTA é a da iniciativa da

⁶⁶ Cfr. GONÇALVES, Pedro. *Arbitragem no Direito ...*, p. 12-13.

⁶⁷ Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Ob. Cit.*, p. 147-148.

⁶⁸ Cfr. CAUPERS, João. *A arbitragem na nova justiça administrativa*, p. 65-66.

celebração do compromisso arbitral por um terceiro.⁶⁹

Por outro lado, do conjunto de terceiros, o Código destacou os contra-interessados (aqueles “pessoas ou entidades titulares de interesses contrapostos aos do autor”, nos termos do artigo 10º, nº 2) para o efeito de introduzir um limite à possibilidade de constituição de tribunais arbitrais. Havendo contra-interessados, sendo estes identificáveis, a convenção arbitral (compromisso arbitral ou cláusula compromissória) só será válida com o seu consentimento. Assim, havendo cláusula compromissória, a constituição do tribunal arbitral dependerá da aceitação dessa jurisdição por parte dos contra-interessados, por via do compromisso arbitral. Da mesma forma, quando a convenção arbitral assumir a forma de compromisso arbitral, o mesmo terá que ser aceito pelos contra-interessados, sob pena de invalidade.⁷⁰

Um problema que terá que ser enfrentado, o qual não encontra resposta nem no CPTA nem na LAV⁷¹, diz respeito à constituição dos Tribunais Arbitrais quando haja contra-interessados. Ou seja, havendo pluralidade de partes, como serão nomeados os árbitros e conduzido o processo? Como esclarece Manuel Botelho da Silva, o problema da composição do tribunal arbitral é apenas um dos muitos obstáculos que a pluralidade de partes coloca à eficiência e à operacionalidade da arbitragem.⁷² A resposta a todas essas questões terá que ser dada pela Jurisprudência e pela Doutrina.

4.2. Constituição e Funcionamento dos Tribunais Arbitrais

O artigo 181º, nº 1, ao tratar da constituição e do funcionamento dos Tribunais Arbitrais Administrativos, faz remissão à Lei

⁶⁹ Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso de. *A arbitragem no...*, p. 109.

⁷⁰ Cfr. CAUPERS, João. *A arbitragem na nova...*, p. 65-66.

⁷¹ Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Ob. Cit.*, p. 142.

⁷² Cfr. SILVA, Manuel Botelho da. *Pluralidade de partes em arbitragens voluntárias*. In: **Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço**, p. 501.

de Arbitragem Voluntária, com as adaptações que forem devidas. Em seu nº 2 o artigo já faz a primeira adaptação ao estabelecer que as referências feitas na LAV aos tribunais de relação consideram-se reportadas ao Tribunal Central Administrativo e as feitas aos tribunais de comarca ao tribunal administrativo de círculo.

Os tribunais arbitrais administrativos, de indiscutível natureza jurisdicional (artigo 209, nº 2, da Constituição), interpretados restritivamente como tribunais arbitrais voluntários, constituem-se, portanto, *ad hoc*, com base em compromissos arbitrais ou em cláusulas compromissórias inseridas nos contratos.⁷³

a) Regime Jurídico:

Em relação ao regime jurídico dedicado à arbitragem administrativa, aplicar-se-á, primeiramente, as disposições do título IX do CPTA e, subsidiariamente, o disposto na LAV.⁷⁴

Assim, conforme o disposto no artigo 11º da LAV, quem pretender instaurar o litígio no tribunal arbitral deverá notificar a parte contrária, indicando a convenção de arbitragem e precisando o objeto do litígio. Se couber às partes a designação dos árbitros, a notificação deve conter a designação do árbitro pela parte que propõe a instauração da arbitragem, com o convite para que a parte contrária também designe o árbitro que lhe cabe. Caso falte a nomeação de um dos árbitros, essa falta será suprida pelo presidente do TCA (artigo 12º, nº 1, da LAV, com as adaptações decorrentes do artigo 181º, nº 2, do CPTA). O mesmo acontecerá no caso de substituição por falecimento, escusa ou impossibilidade permanente (artigo 13º da LAV). Também caberá ao presidente do TCA nomear o presidente do tribunal arbitral (artigo 14º, nº 2, da LAV).

A execução da decisão arbitral, apesar do silêncio do Código, deverá obedecer ao disposto nos artigos 157º e seguintes.⁷⁵ Segundo o artigo 30º da LAV, as execuções de

⁷³ Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Ob. Cit.*, p. 141.

⁷⁴ Cfr. GONÇALVES, Pedro. *Arbitragem no Direito...*, p. 13-16.

⁷⁵ Cfr. GONÇALVES, Pedro. *Arbitragem no Direito ...*, p. 13-16.

decisões proferidas por tribunais arbitrais são processadas necessariamente na jurisdição do Estado, consequência do monopólio estadual dos poderes de execução forçada.⁷⁶

b) Convenção de arbitragem:

Como decorre do artigo 1º, nº 1, da LAV, os litígios são submetidos aos árbitros “mediante convenção de arbitragem”. Essa convenção, nos termos do nº 2 do referido artigo, tanto poderá ser uma “cláusula compromissória” (quando as partes, numa relação contratual ou extracontratual, declaram submeter ao tribunal arbitral os eventuais litígios que possam surgir no âmbito dessa relação), quanto um “compromisso arbitral” (celebrado apenas na presença de um litígio actual).⁷⁷

A validade da cláusula compromissória nos contratos administrativos está prevista no artigo 188º do CPA. O compromisso arbitral, por sua vez, é regulado nos artigos 182º e 184º do CPTA.

Da leitura do dispositivo legal surge a seguinte pergunta: o direito à outorga de compromisso arbitral, da forma como está configurado no artigo 182º do Código, configura-se como um direito potestativo do particular a recorrer à arbitragem?

Em verdade, apenas a lei especial a que faz referência o Código poderá definir em que termos esse direito à outorga do compromisso arbitral será admitido.⁷⁸ No entanto, a nós parece que, pela própria lógica do instituto da arbitragem, não caberia aqui a instituição de uma “arbitragem forçada” à Administração Pública.

De fato, parte da doutrina já demonstra a impossibilidade de aplicar-se a noção de direito potestativo (“poder de constituir, modificar, transmitir ou extinguir uma situação jurídica”) ao caso em análise. Por um lado, porque a lei não prevê qualquer consequência no caso de recusa. Por outro, porque o artigo 183º, ao prever a suspensão dos prazos processuais que possam estar em curso na justiça administrativa, acaba por

admitir, implicitamente, que o requerimento poderá não ser despachado favoravelmente.⁷⁹

Caso se entenda que o direito de requerer a arbitragem é configurado sim como um verdadeiro direito potestativo, então o indeferimento de tal requerimento poderá ser objeto de ação administrativa especial que busque a condenação à prática de ato administrativo legalmente devido (artigo 46º, nº 1, alínea b), do CPTA). No entanto, ter que recorrer à justiça administrativa, de certa forma, torna inútil o recurso à via arbitral.⁸⁰

c) Impugnação da decisão arbitral:

O artigo 186º dispõe sobre a possibilidade de impugnação da decisão arbitral. O nº 1 determina que as decisões proferidas pelos tribunais arbitrais poderão ser anuladas pelo Tribunal Central Administrativo com base em qualquer dos fundamentos previstos pela LAV. O nº 2 também prevê a possibilidade de recurso para o TCA, nos moldes previstos na lei de arbitragem voluntária para o Tribunal de Relação, desde que o tribunal arbitral não tenha decidido segundo a equidade.

Pode-se dizer que os sistemas de impugnação das decisões arbitrais existem para equilibrar o “respeito das vontades das partes” que desejam a solução do litígio por um meio alternativo e as “necessidades de ordem pública” que exigem que todos os julgamentos, mesmo os que provêm dos juízes privados, sejam submetidos a algumas regras imperativas.⁸¹

O processo de anulação fundamenta-se em ilegalidades que constem do processo ou da decisão arbitral. Os fundamentos da anulação são determinados pelo artigo 27º, nº 1, da LAV: a) quando o litígio não for suscetível de resolução pela via arbitral; b) quando a decisão tiver sido proferida por tribunal incompetente ou constituído de forma irregular; c) quando o processo tiver violado os princípios referidos no artigo 16º, influenciando de forma decisiva na resolução do litígio; d) quando houver violação do artigo

⁷⁶ Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso de. e CADILHA, Carlos. *Comentários ao Código...*, p. 890.

⁷⁷ Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso de. *A arbitragem no direito ...*, p. 115.

⁷⁸ Cfr. GONÇALVES, Pedro. *Arbitragem no Direito ...*, p. 13-16.

⁷⁹ Cfr. CAUPERS, João. *A arbitragem na nova ...*, p. 65-66.

⁸⁰ Cfr. CAUPERS, João. *A arbitragem na nova ...*, p. 65-66.

⁸¹ Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso de. *A arbitragem no direito...*, p. 117-118.

23º, nº 1, alínea f), nº 2 e nº3; e) quando o tribunal conhecer de questões que não possa tomar conhecimento ou quando deixar de se pronunciar sobre questões que deveria apreciar.

A anulação deverá ser requerida ao Tribunal Central Administrativo territorialmente competente, no prazo de um mês a contar da notificação da decisão arbitral (artigo 27º, nº 2, da LAV). O processo de anulação da decisão arbitral deve seguir os termos da ação administrativa comum, resultando na cassação da decisão arbitral⁸².

O recurso para o Tribunal Central Administrativo territorialmente competente só poderá ser utilizado quando as partes não tiverem renunciado aos recursos, nem tiverem autorizado os árbitros a julgar segundo a equidade.

4.3. Centros de Arbitragem Permanentes:

Por último, o artigo 187º CPTA possibilita que o Estado venha a autorizar a instalação de centros de arbitragem permanentes com competência para composição de litígios no âmbito das matérias referentes a contratos, responsabilidade civil da administração, funcionalismo público, sistemas públicos de proteção social e urbanismo. Estabelece que a vinculação de cada ministério à jurisdição desses centros dependerá de Portaria conjunta do Ministro da Justiça e do ministro da tutela, com a especificação do tipo e do valor máximo dos litígios abrangidos. Ainda, possibilita que tais centros recebam funções de conciliação, mediação ou consulta no âmbito de procedimentos de impugnação administrativa.

A primeira questão que se coloca é saber se os centros de arbitragem permanentes integram ou não a estrutura da justiça administrativa.

Vieira de Andrade entende que os referidos Centros integram-se nos instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos, cuja criação é admitida pelo artigo 202º, nº 4, da

Constituição⁸³, estando excluídos da justiça administrativa. Argumenta o autor que a arbitragem institucionalizada, prevista no artigo 38 da Lei de Arbitragem Voluntária e regularizada pelo Decreto-Lei nº 425/86, não tem sido constituída como tribunais, mas como centros que prestam serviços de arbitragem.⁸⁴

Em sentido contrário, Mário Aroso de Almeida é da opinião de que o Código tem em vista a institucionalização da arbitragem, e não a criação de mecanismos para-judiciais de resolução de litígios em sede administrativa ou de uma ordem particular de tribunais estaduais de intervenção necessária na resolução de todos os litígios.⁸⁵

A leitura do artigo também não deixa claro se a instalação desses centros dependerá de lei especial, ou se deverá obedecer as normas do Decreto-Lei nº 425/86, que veio a regular o artigo 38º da LAV (Arbitragem Institucionalizada)⁸⁶.

Com efeito, talvez se possa sustentar que, apenas para o efeito de instalar os centros de arbitragem, não é necessária lei específica, bastando a aplicação do Decreto-Lei nº 425/86, o qual estabelece o regime geral aplicável aos centros de arbitragem. Seria, assim, suficiente a Portaria conjunta do Ministro da Justiça e do ministro da tutela para definir o tipo e o valor máximo dos litígios a que se vinculam. De qualquer forma, a aprovação de uma lei especial seria de grande utilidade para suprir as lacunas e as dúvidas remanescentes da matéria: concretizar a possibilidade de atribuição das funções previstas no nº 3 do artigo 187º, esclarecer se outras entidades públicas (não só o Estado), como as Regiões Autônomas ou os Municípios

⁸³ Artigo 202º, nº 4, da Constituição: “A lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos.”

⁸⁴ Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Ob. Cit.*, p. 92-93.

⁸⁵ Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso de. *A arbitragem no direito...*, p. 114. No mesmo sentido: CAUPERS, João. *A arbitragem na nova justiça administrativa*, p. 65 e ESQUÍVEL, José Luís. *Ob. Cit.*, p. 193.

⁸⁶ Pedro Gonçalves entende que “termos da lei” se refere aos termos do Decreto-Lei nº 425/86. (Cfr. GONÇALVES, Pedro. *Arbitragem no Direito ...*, p. 16.).

⁸² Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso de. e CADILHA, Carlos. *Comentários ao Código ...*, p. 896.

também poderão se utilizar desses mecanismos, entre outras.⁸⁷

No entanto, do nº 2 do artigo 187º já se extrai que a vinculação dos ministérios (vinculação unilateral) substitui a necessidade de convenção de arbitragem, pelo que bastará ao interessado dirigir-se diretamente a esses centros.⁸⁸ A aprovação da portaria através da qual um ministério se submete à jurisdição de um centro de arbitragem constitui os eventuais interessados no direito potestativo de se dirigir a esta instituição para resolver os litígios especificados.

Entretanto, por um lado, os ministros não são obrigados a se vincular ao Centro de Arbitragem Permanentes, e, por outro, os administrados são livres para buscar diretamente a via judicial.⁸⁹ O modelo do artigo 187º, ao consagrar esta essencial liberdade de escolha dos interessados por optar ou não pela via arbitral, não representa a instituição da controversa figura da arbitragem obrigatória.⁹⁰

As funções dos Centros de Arbitragem Permanente são, basicamente, de dois tipos: a) Arbitrar litígios no âmbito dos contratos, da responsabilidade civil da Administração, do Funcionalismo Público, dos Sistemas Públicos de proteção social, e do Urbanismo (artigo 187, nº1) e b) Mediar conflitos no âmbito de procedimentos de impugnação administrativa (artigo 187º, nº 3).

Nota-se que o Código adotou critérios diferentes para a Arbitragem *ad hoc* (artigo 180º) e para a Arbitragem Institucionalizada (artigo 187º). Em relação aos contratos e à responsabilidade civil da Administração, por ser já tradicional no Direito Português a arbitrabilidade dessas questões, acreditamos não haver maiores dificuldades. Quanto as matérias relacionadas ao “funcionalismo público” e aos “sistemas públicos de proteção social”, acreditamos que haverá dificuldade de conciliá-las com a arbitragem.

⁸⁷ Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso de. e CADILHA, Carlos. *Comentários ao Código ...*, p. 899-900.

⁸⁸ Cfr. GONÇALVES, Pedro. *Arbitragem no Direito...*, p. 16.

⁸⁹ Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso de. e CADILHA, Carlos. *Comentários ao Código ...*, p. 899-900.

⁹⁰ Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso de. *A arbitragem no direito ...*, p. 114.

Tratando-se de conflitos relacionados ao funcionalismo público, tendo em conta o caráter estatutário do regime jurídico da função pública, não é fácil identificar quais os litígios poderão ser arbitrados. Como bem ilustra João Caupers, “é habitual estabelecer um paralelo entre os direitos subjetivos indisponíveis do direito privado e as situações resultantes para a administração pública de normas imperativas”, no caso as relativas à função pública.⁹¹ Da mesma forma, as prestações de segurança social (por exemplo, um conflito relativo ao direito ao subsídio de desemprego, que a administração entende não existir) são objeto de direitos subjetivos públicos, cujas atribuições e liquidação estão apenas dependentes da verificação de certos pressupostos precisamente enumerados e descritos na lei. Assim, podemos incorrer no mesmo dilema colocado pela arbitrabilidade dos atos revogáveis sem fundamento em sua invalidade: ou o árbitro julga quanto à legalidade ou juridicidade do ato (o que não parece ter sido permitido) ou acaba por invadir as funções administrativas.

Já nas questões urbanísticas, a complexidade técnica e econômica do litígio parece justificar o recurso à arbitragem.⁹²

A segunda função possível dos Centros de Arbitragem Permanente não integra a Justiça Administrativa, uma vez que não é um meio jurisdicional de composição de conflitos, razão pela qual não será objeto de um estudo mais aprofundado por nós. De qualquer forma, merece uma breve referência por demonstrar a preocupação do legislador em incrementar os meios de resolução de conflitos nas relações jurídico-administrativas.

As impugnações administrativas são: “meios de reação impugnatória contra atos administrativos ou de condenação à emissão de atos administrativos processados no interior da Administração, para o autor do ato praticado (reclamação), para o seu superior hierárquico ou para outro órgão com poderes de supervisão (recursos hierárquico e hierárquico impróprio) ou para órgão com poderes de superintendência ou de tutela sobre

⁹¹ Cfr. CAUPERS, João. *A arbitragem na nova justiça administrativa*, p. 67-68.

⁹² Cfr. CAUPERS, João. *A arbitragem na nova justiça administrativa*, p. 67-68.

a entidade a que pertence o autor do ato (recurso tutelar)”⁹³, regulados nos artigos 158º a 177º do CPA.

A previsão de mecanismos de conciliação, mediação ou consulta relacionados ao procedimento de impugnação de atos é uma forma de prevenir que os litígios cheguem à justiça administrativa. A maior celeridade proporcionada por esses meios de resolução de conflitos poderá contribuir para o aumento da efetividade da proteção dos direitos dos administrados, além de conduzir “a uma revalorização dos instrumentos de garantia de natureza administrativa, nomeadamente do recurso hierárquico.”⁹⁴

5. Conclusão

1. A arbitragem, meio alternativo à jurisdição do Estado, caracteriza-se por ser um mecanismo jurisdicional, heterocompositivo, convencional e formalizado de resolução de litígios. Sua natureza, no ordenamento jurídico português, é jurisdicional: os árbitros se equiparam aos juízes, valendo as respectivas decisões como verdadeiras sentenças, estando incluído o Tribunal Arbitral na categoria de tribunais por previsão constitucional.

2. Apesar dos mecanismos de autocomposição de conflitos (conciliação, de mediação ou de transação) poderem ser empregados nas relações jurídicas administrativas, apenas a arbitragem, por ser um mecanismo de heterocomposição, integra a estrutura da Justiça Administrativa.

3. Até a entrada em vigor do CPTA, conclui-se que o âmbito da arbitrabilidade nos litígios jurídico-administrativos era pacificamente aceito e abrangia os contratos administrativos e responsabilidade civil por atos de gestão pública. Os litígios suscitados na esfera do direito administrativo de autoridade encontravam-se, por definição, fora da área de disponibilidade da Administração Pública.

4. Com a reforma do contencioso administrativo, a matéria deixou de ser regulada pelo Estatuto dos Tribunais

Administrativos e Fiscais e passou a constar do Código de Processo nos Tribunais Administrativos. Ao contrário do que ocorria no regime anterior, o CPTA não se limitou a autorizar a arbitragem e a delimitar o âmbito da arbitrabilidade, passando a estabelecer um regime jurídico próprio para a arbitragem administrativa, ainda que de forma incompleta. Ainda, previu dois tipos de arbitragem *a ad hoc* (artigos 181º a 186º) e a institucionalizada (artigo 187º).

5. Quanto ao âmbito de jurisdição, o Código trouxe algumas alterações relevantes que implicaram numa ampliação da arbitrabilidade das relações jurídicas administrativas. A mais importante dessas alterações é a que prevê a possibilidade de instituição de tribunais arbitrais para o julgamento de questões relativas a certos atos administrativos, entrando no território, novo, do direito administrativo de autoridade.

6. Embora essas alterações tragam muitas perguntas, ainda sem respostas, verifica-se que a arbitragem não se limita mais a questões patrimoniais, tendo sido abandonado o critério tradicional.

⁹³ Cfr. GONÇALVES, Pedro. *Arbitragem no Direito*, p. 5.

⁹⁴ Cfr. CAUPERS, João. *A arbitragem na nova justiça administrativa*, p. 68.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Mário Aroso de. **O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2005.
- _____ . A arbitragem no direito administrativo português. In: **La contratación pública en el horizonte de la integración europea**. V Congresso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004.
- ALMEIDA, Mário Aroso de; CADILHA, Carlos. **Comentários ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos**, 2005.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **A Justiça Administrativa**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2005.
- CAUPERS, João. A arbitragem nos litígios entre a administração pública e os particulares. In: **Cadernos de Justiça Administrativa**. Nº 18, Nov/Dez 1999, p. 3-11.
- _____ . A arbitragem na nova justiça administrativa. In: **Cadernos de Justiça Administrativa**. Nº 34, Jul/Ago 2002, p. 65-68.
- CLARO, João Martins. A arbitragem no anteprojecto de Código de Processo nos Tribunais Administrativos. In: **Cadernos de Justiça Administrativa**. Nº 22, Julho/Agosto 2000, p. 83-87.
- CORREIA, José Manuel Sérvelo. Arbitragem Voluntária nos Contratos Administrativos. In: **Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes**. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: Editora Lex.
- CORTEZ, Francisco. A arbitragem voluntária em Portugal: Dos «ricos homens» aos tribunais privados. In: **O Direito**. Ano 124, 1992.
- ESQUÍVEL, José Luís. **Os Contratos Administrativos e a Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2004.
- FREITAS, José Lebre de. Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem. In: **Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço**.
- GONÇALVES, Pedro. **Arbitragem no Direito Administrativo**. Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006.
- _____ . **Entidades Privadas com Poderes Públicos**. Coimbra: Almedina, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Nº 21, Março 2002, p. 141-148.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Arbitragem e prestação de serviços públicos. In: **Revista síntese de direito civil e processual civil**. Vol. 5, Nº 26, novembro/dezembro 2003, p. 65-73.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A Participação Popular e a Consensualidade na Administração Pública. In: **Boletim de Direito Administrativo**. Ano XVIII, Nº 2, Fevereiro/2002, p. 89-97.
- GUEDES, Armando M. Marques. Tribunais Arbitrais Administrativos. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Vol. XIV, 1960.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Contrato administrativo e a lei de arbitragem*. In: **Revista de direito administrativo**. Nº 223, jan/mar 2001, p. 115-131.
- MEDEIROS, Suzana Domingues. Algumas questões sobre arbitragem envolvendo a Administração Pública no direito brasileiro. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Vol. 5, Nº 17, jan/mar 2004, p. 91-114.
- PINHEIRO, Luís de Lima. **Arbitragem Transnacional**. Coimbra: Almedina, 2005.
- REIS, João Luís Lopes dos. A arbitragem hemofílicos c/Estado Português. In: **Revista da Ordem dos Advogados**. Ano 60, Nº 1, 2000, p. 165-241.
- SILVA, Manuel Botelho da. Pluralidade de partes em arbitragens voluntárias. In: **Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço**.
- VENTURA, Raul. Convenção de arbitragem. In: **Revista da Ordem dos Advogados**. Ano 1986, p. 289-409.

RESUMO

A socialização do Direito tem importante papel no mundo moderno, não havendo mais a necessidade de indagar-se se o agente agiu bem ou mal, e a consequente ideia de culpa.

Acima dos interesses individuais, a atual necessidade de reparação advém dos interesses sociais. A necessidade do progresso criou conceito mais extenso de culpa e, mais adiante, o da responsabilidade sem culpa, direcionando-se para a teoria do risco, a qual desloca o peso do direito para toda a sociedade.

A socialização do Direito, assim, reflete interesses sociais coletivos, pois, havendo aumentado o risco das atividades cotidianas humanas, aumenta também o campo da responsabilidade.

Palavras-chave: Socialização. Direito. Necessidade. Dignidade. Acidentes. Culpa. Risco.

ABSTRACT

The socialization of Law has had an important role in modern world, having changed the judicial need of arguing whether the agent is guilty, acted in good faith or not.

The current need of progress in our society has created a more extended concept of guilt and in its consequent reparation for damages, now leaning from individual rights towards society's responsibility.

The socialization of the Law reflects, thus, collective interests, considering that if the risks of human activities are higher there need for amplifying the scope of responsibility as well.

Keywords: Socialization. Law. Necessities. Dignity. Accidents. Guilt. Risk.

* Procurador da Fazenda Nacional em São Paulo, Professor de Direito Constitucional e Direito Tributário do Curso de Graduação em Direito da Universidade Paulista – UNIP, Professor de Teoria do Direito e Ciência Política do Curso de Graduação em Direito da Uni FMU – SP, Especialista em Direito Tributário, Especialista em Formação de Professores e Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário UniFMU – SP.

1. Evolução da Culpa ao Risco

A evolução da noção de culpa para o risco deu-se paulatinamente.

A intensidade da vida moderna gera colisões de direitos. Fatores econômicos, sociais, políticos e influências morais apontam para a evolução da responsabilidade civil. Passamos da vingança privada (Talião) para a composição (Direito Romano – Lei das XII Tábuas). Daí seguimos para a Lex Aquilia, que introduziu a culpa (elemento subjetivo). Surge a reparação. O Código Civil Francês de 1804 influenciou o Direito Moderno – baseou-se na culpa. Os Códigos de diversos países no séc. XIX também adotaram a culpa como regra, mas há casos de responsabilidade sem culpa. A teoria do risco conquistou, definitivamente, seu terreno.

Os requisitos da responsabilidade subjetiva são: 1) ato ou omissão violadores do direito de outrem; 2) dano; 3) relação de causalidade; 4) culpa. A culpa vai além da conduta diligente do homem (*bonus pater familias*). Culpa *in concreto* – consideram-se as condições psicológicas do agente. Culpa *in abstracto* – dever de prudência fixado em lei. A culpa é elemento importante do ato ilícito.

Caminhou-se, todavia, para a teoria do risco (culpa objetiva – sem as circunstâncias internas do agente – sem a culpa *in concreto* – sem estado de alma, hábitos, caráter ou elementos intelectuais).

Nosso Código Civil de 2002 abraça, concomitantemente, a teoria subjetiva e objetiva (indenização decorrente de culpa ou risco).

A voluntariedade pode ser *in re* (quando o agente quer) ou *in causa* (quando o agente podia prever o resultado). Ao se levar em conta a voluntariedade *in causa*, o alienado estaria isento pela teoria da culpa. É preciso imputabilidade moral para a teoria clássica da culpa (moral, aqui, como sinônimo de “costumes”). Culpa é erro de conduta moralmente imputável (resultado podia ser previsto). O progresso levou às presunções de culpa, chegando, hoje, até a responsabilidade sem culpa. A culpa não prevê a vontade.

A culpa é, pois, erro de conduta, aferido pelo proceder do homem prudente, e

imputável moralmente. A necessidade do progresso criou conceito mais extenso de culpa (objetivação da culpa – sem considerar-se a imputabilidade moral). Caminhamos para a teoria do risco.

Evoluímos, decididamente, para a culpa objetiva. Inúmeros casos novos surgiram com o progresso. Era imprescindível afastar-se o elemento moral, a pesquisa psicológica, o íntimo do agente ou até mesmo a previsão de diligência. O dano deve ser reparado sem aferir-se a culpabilidade, para equilibrarem-se os interesses em jogo. Tem-se em vista a vítima (responsabilidade surgindo exclusivamente do fato), e não infligir pena ao autor.

A socialização do Direito representa importante papel no mundo moderno. Não se deve perquirir da culpa, se o agente agiu bem ou mal, com ou sem diligência. Acima dos interesses individuais devem ser colocados os sociais. A necessidade de reparação advém dos interesses sociais.

Surgiu, então, a teoria do risco integral, pela qual o Estado indeniza independentemente da comprovação de culpa do servidor.

Nosso Código Civil de 2002 prevê a responsabilidade de indenizar decorrente do risco na ruína do edifício e no caso de patrões pelos atos de empregados ou pais pelos atos dos filhos. No caso da responsabilidade dos patrões não se indaga mais da culpa *in eligendo* e *in vigilando*. Caminhou-se para o risco. Na guarda de animais idem. No caso dos alienados também, com concorrência patrimonial dos responsáveis. Os dementes têm patrimônio que pode servir à reparação, pois não se pode admitir injustiça social. A equidade serve para guiar a reparação. Há, pois, distinção entre responsabilidade pessoal e patrimonial. É a responsabilidade advinda do risco. É a pura aplicação da teoria da responsabilidade. Busca-se a solidariedade social.

A teoria do risco sofreu influência de ideias positivistas e materialistas (regulação de patrimônio). Apóia-se na socialização do Direito. Impregnou-se de ideias socialistas.

A teoria do risco desloca o centro de aplicação do direito da culpa e do indivíduo para a sociedade. Há diversas críticas, porém

pensamos com a maioria que a teoria do risco defende os mais elevados princípios de justiça e equidade (retira-se a insegurança absoluta da vítima ante a modernidade). Para não haver injustiças irreparáveis, indenizamos com base na fraternidade e solidariedade humana.

A socialização do Direito, diante dos novos perigos, refletindo os interesses coletivos, defende a segurança jurídica. A teoria do risco não conduz à estagnação econômica, pois se verifica, ao contrário, o incremento das atividades econômicas na era moderna. Há, sim, a necessidade de se amparar a vítima. Não se indaga mais do proveito do agente, quando agia com culpa. O conceito de risco não é vago, impreciso e incerto, como afirmam alguns. Os princípios, em Direito, não abrangem todos os casos, e nem por isso o Direito é vago. Cabe ao intérprete preencher as lacunas do sistema.

As atividades humanas diversificam-se no mundo moderno. Ocorre cada vez mais o choque de interesses. O ato ilícito difere do abusivo. Trataremos, brevemente, do abuso de direito. Neste, fere-se a destinação do direito. Limites sociais extralegais sempre existiram. A teoria do abuso de direito alargou nossas responsabilidades. Conciliam-se nossos direitos com os da coletividade. Ao cavar um poço em minha propriedade, por exemplo, posso prejudicar outrem, surgindo o dever de indenizar independentemente da indagação do elemento psíquico.

O individualismo construiu direitos absolutos no passado. Exercer o direito de propriedade, ainda que causando um mal, era prerrogativa do proprietário. O indivíduo era senhor de seus direitos. Coube à jurisprudência amenizar rigidez dos princípios individualistas.

O abuso de direito era visto como capítulo da responsabilidade civil e, ao depois, como expansão da noção de culpa. Hodernamente, é teoria autônoma. Houve verdadeira derrogação e revisão do conceito de direito subjetivo.

Alvino Lima¹ refere-se à culpa social – missão social do Direito. Refere-se à

interpretação socializando que foi atribuída ao art. 1382, do Código Civil Francês de 1804.

O ato abusivo distingue-se da culpa. Na culpa, viola-se a lei. No ato abusivo, viola-se a finalidade do direito, seu espírito. Seria a CULPA SOCIAL. Perscruta-se dos fins econômicos e sociais do direito (moralização do direito). Ao invés do direito-poder passamos para o direito-função.

Entendemos, como a maioria da doutrina, que todo abuso de direito deve ser punido. Devem imperar princípios da boa-fé e princípios de ordem moral. Realmente, por vezes verifica-se a insuficiência das regras jurídicas. Deve-se ter presente a relatividade dos direitos (não se pode traçar o direito de cada um, eis que relativo – daí a moralização).

Alguns afirmam que o juiz teria um arbítrio perigoso ao fixar a indenização no abuso de direito. Ora, diante da imperfeição das normas, o papel do intérprete se impõe. Chegam a afirmar que há muita amplitude e imprecisão dos critérios fixadores da teoria da relatividade dos direitos. Pensamos que o juiz pode utilizar um ou mais dentre vários critérios para decidir. A confusão entre moral e direito também não deve persistir. Se assim fosse, a objeção não deveria ser aplicada apenas para abuso do direito, mas para todos os ramos do direito.

A noção de boa-fé objetiva (a subjetiva seria a ignorância do vício) está positivada. É concepção geral normativa, estabelecendo relação de confiança recíproca e contendo obrigação positiva de se comportar com um mínimo normal de lealdade e dever de reciprocidade.

O abuso de direito constitui, desta forma, barreira moral ao domínio do direito. Sobre a boa-fé objetiva repousa seu fundamento. As prerrogativas do indivíduo têm missão social a cumprir. Afastando-se desta missão toma-se o caminho errado. Não se leva em conta a intenção, que seria o subjetivismo. Leva-se em conta, para indenizar, a finalidade social – abuso de direito se identifica com desvios de direito. Direitos civis adquiriram caráter social.

No Código Civil de 1917 já constava o abuso de direito referido por exclusão. Seu artigo 160 falava o que era lícito, restando o abuso por exclusão. O uso regular do direito,

¹ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. São Paulo: RT, 1960, p. 229-233.

embora difícil precisar, é lícito. Não se deve levar em conta a intenção, mas a lesão social e econômica. Deve-se socializar o Direito. Nossa Código atual foi finalista: o abuso não se limita somente à intenção. O exercício anormal é, agora, punido.

O abuso de direito traz uma culpa que lesa a sociedade. Não se aprecia erro de conduta, mas lesão à coletividade no exercício de um direito, baseando-se em um critério social. Quanto mais o prejuízo social, mais o abuso de direito. A culpa não reside num erro de conduta moralmente imputável ao agente, mas num exercício de direito causador de dano socialmente mais apreciável. A responsabilidade surge justamente porque a proteção do exercício deste direito é menos útil socialmente do que a reparação do dano causado pelo titular deste mesmo direito.

A teoria do abuso de direito opõe-se à existência dos direitos absolutos, ampliando a proteção às vítimas.

O princípio da responsabilidade decorrente da culpa cedeu terreno ao princípio da responsabilidade decorrente do risco e demais modalidades de responsabilidade sem culpa. A responsabilidade subjetiva convive com a objetiva. Há, também, diversas leis que consagram a teoria do risco fora do Código Civil (leis esparsas). O dia-a-dia veio a demonstrar a impotência da culpa. As leis vieram para proteger a vítima. A força maior (exemplo: roubo, furto – casos humanos invencíveis), caso fortuito (exemplo: maquinismo da própria indústria – casos da natureza) e culpa exclusiva da vítima (operário exposto a risco) podem não elidir a responsabilidade indenizatória.

A culpa é princípio genérico. Há a diferenciação antiga entre delito (ato voluntário que causa um dano – dolo), e quase-delito (negligência, imprudência ou imperícia – culpa).

Culpa é imputabilidade moral. Mas há os casos de responsabilidade sem culpa, para proteção da vítima. A isenção da responsabilidade penal não implica isenção da responsabilidade civil, embora o Código Civil recomende que a ação cível seja sobreposta até decisão na esfera penal.

A legítima defesa e o estado de necessidade não constituem atos ilícitos. Mas

pode haver excesso indenizável no estado de necessidade. Nos acidentes do trabalho, a seu turno, a responsabilidade é objetiva (exceto culpa da vítima e força maior ou caso fortuito).

Nos acidentes com aeronaves, indaga-se da culpa quanto aos danos ao passageiro (relação contratual – culpa deve ser provada pela vítima). Mas os danos causados a terceiros na superfície estão sob a doutrina da teoria do risco (apenas a culpa exclusiva da vítima exclui a indenização).

Os acidentes nas minas são regidos pela responsabilidade objetiva (sem culpa). Isto se dá em razão do risco da exploração.

Deve-se, pois, buscar um novo princípio, um princípio de reparação de todos os danos. Desloca-se a culpa para o risco. Não surgiu o risco somente da influência de forças políticas, mas da observação do dia-a-dia (progresso econômico, social e insegurança material da vítima).

A noção de responsabilidade se materializou, no sentido de não se procurar elemento subjetivo, que é imputabilidade moral (teoria subjetiva), mas elementos e princípios de elevada moral social, dentro de um sistema solidarista (não se enxerga indivíduo isolado, mas humanidade solidária).

Não se retiraram, com o risco, os princípios morais, mas materializou-se a responsabilidade em função do dano (basta nexo de causalidade e risco criado), para não deixar vítimas indenes. É a obrigação de segurança. Se a vontade sofre restrições no campo dos contratos, com mais razão a vontade deve ceder terreno no campo das relações extracontratuais, em nome da segurança jurídica.

A exceção da culpa, que é o risco, vem em nome da equidade, justa reparação do dano, necessidades práticas a satisfazer e lógica dos fatos. A culpa mostrou-se, com o passar do tempo, insuficiente (autores não podem ficar impunes). Houve tremendo impulso da culpa sem imputabilidade moral. Hoje, a teoria do risco criado vem para restabelecer equilíbrio dos patrimônios.

A sociedade é uma realidade moral – daí que nenhuma corrente (culpa ou risco) poderá levar a extremos. A responsabilidade extracontratual não se furtará a influências econômicas, sociais e princípios morais. HOJE

TEMOS UM SISTEMA MISTO. A lei surge para acudir os mais fracos (mesmo no campo contratual, onde há autonomia da vontade). A lei ampara a vítima. A insegurança material da vida moderna criou a teoria do risco e até mesmo a teoria do risco integral (há quem diga apenas “teoria do risco”), sem se afastar dos princípios de uma moral elevada, sem se esquecer da dignidade humana e sem deter a marcha de conquistar dos homens

2. A Socialização dos Riscos (Solidariedade e Dignidade da Pessoa Humana)

Nossa sociedade recusa a fatalidade e deve prover os danos oriundos do comportamento humano e da natureza. A tendência geral é a solidariedade, é estender-se a cobertura. Não é exatamente o risco que é socializado, mas as consequências danosas e a respectiva indenização. O termo “risco” é avaliado *a priori*, e não está a salvo de críticas, pois não se pode prever todas as eventualidades, perigos e ameaças.

O progresso técnico é fonte de riscos. Há riscos mais complexos de se individualizar. A mundialização e a crescente urbanização levam a mudanças de escala e mensuração dos danos. A fronteira entre risco natural e tecnológico torna-se mais vaga. O tsunami da Ásia mostra o impacto que um risco maior pode gerar.

O seguro (mutualização) prevê contribuições dos segurados para o bem de todos os pactuantes. A socialização dos riscos, todavia, é mais ampla, pois prevê contribuição de toda sociedade. A socialização está presente quando o dano não tem nenhuma ligação com a responsabilidade, e quando o financiamento da indenização não tem ligação com a cotização ou retiradas individuais ou, ainda, quando o poder público está envolvido. O legislador é inspirado pela parceria social e companhias de seguros.

O fundamento da socialização é que há riscos contra os quais as vítimas não têm como se precaver, não sendo justo deixá-las indenes. A socialização consagra a responsabilidade sem culpa. A socialização não trata de todos os riscos. Velhice, por exemplo, é consequência inelutável da vida. Mas pode tratar de

acidentes de trabalho e doenças profissionais. A culpa não desaparece, pois permanece a punição penal e a ação regressiva.

A socialização tem limites. Estado não pode transformar-se em segurador de riscos múltiplos. Para ser viável, a socialização deve ser concomitante à prevenção dos riscos.

A atitude frente a eventos danosos vem se modificando ao longo dos tempos. O espírito de solidariedade sempre existiu, e agora positivou-se. Risco, solidariedade e responsabilidade são conceitos que se estreitaram.

Evoluiu-se para a Seguridade Social em meados do século XIX, principalmente com a questão dos acidentes do trabalho.

A concepção liberal de independência e previdência individual adaptou-se à industrialização e aumento de acidentes do trabalho. Donos de empresa devem desempenhar obrigação de meio para proteger empregados. Ainda não havia se chegado a obrigações de resultado. O seguro aliviava a carga (custo) do empregador, dividindo com empregados (mutualização).

Reconhece-se o dever de indenizar do serviço público mesmo sem culpa do empregado ferido, pelo tão-só risco. É o princípio da igualdade frente aos encargos públicos (Estado tem um seguro para todos). O prêmio do seguro era aliado ao imposto. Houve julgados de culpa sem erro do empregador ou construtor. Fazia-se a sociedade suportar os encargos do dano por equidade. Em 1944, a ligação entre vítima e empregador desapareceu, surgindo a Seguridade Social para acidentes do trabalho. O grande marco da legislação acidentária em nosso país foi o Decreto-Lei nº 7.036, de 10.11.1944, regulamentado pelo Decreto nº 18.809, de 05.05.1945.

Desaparece a culpa presumida. A indenização é por solidariedade, e não mais pelo contrato. A responsabilidade sem culpa facilita a socialização, sem nada a ver com contratos de trabalho.

O risco da atividade humana aumentou. Aumentou, então, o campo da responsabilidade.

Do socorro evoluímos para a indenização. Mas as vítimas buscam mais do que indenização: buscam reparação.

Reparação de prejuízos corporais ou existenciais (estético, moral, etc). No campo médico, o imprevisto é cada vez menos tolerado. Os parentes do morto podem reivindicar danos morais, pois sua perda afeta sobremaneira os sentimentos. Outra evolução: os prejuízos causados por uma pessoa pública a outra pessoa pública podem gerar indenização.

Culpa e ligação de causalidade passam para trás. Prevalece o dano. Passa-se de uma gestão individualizada da culpa para uma gestão socializada do risco. A responsabilidade sem culpa é tanto para setor privado (guarda, patrões, filhos) quanto para o público. O principal é a indenização.

A socialização dos riscos e surgimento da responsabilidade sem culpa, todavia, não fará desaparecer a responsabilidade por culpa. Não se pode sempre culpar um Prefeito por uma queda de edifício ou um rio que transborda, na ação regressiva. Sem nos esquecermos, também, da culpa penal, que pode estar presente independentemente da culpa ou risco cíveis.

A ampliação da responsabilidade sem culpa do poder público participa do movimento de socialização do risco. A responsabilidade sem culpa restabelece a igualdade diante dos encargos públicos quando esta igualdade é rompida (anormalidade do serviço público). É uma explicação mais administrativa do que civil do risco. A noção de indenização sem culpa surgiu primeiramente com a jurisprudência.

Analisemos, a seguir, alguns artigos correlatos ao tema da socialização dos riscos, pertencentes à Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, de 1948:

Art. 1º - Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Inspira-se o artigo nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa. Os direitos devem somar-se para a plena realização do homem. São as gerações: 1^a – liberdades públicas/inação do

Estado para garantia das liberdades civis e políticas/direitos negativos de liberdade/direitos primários, como vida, liberdade e intimidade; 2^a – direitos sociais/ação positiva do Estado/direitos econômicos, sociais e culturais/Estado efetiva prestações positivas a favor dos cidadãos, como benefícios fornecidos na área da saúde, educação e trabalho (atenta-se às necessidades dos cidadãos); 3^a – fraternidade/humanidade considerada em seu conjunto/consagram a solidariedade e fraternidade/participação na vida do Estado (democracia). Surgimento dos interesses difusos e direitos humanos; proteção do meio ambiente.

Os valores escolhidos pelo art. 1º inspiram a ordem constitucional brasileira. O texto ressalta valores escolhidos como inspiradores de justiça e realização do bem comum. São necessários para vida harmônica dos homens, principalmente diante do universo atual globalizado.

Vejamos o art. 2º da Declaração:

Art. 2º - 1. Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

2. Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem Governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania

O artigo consagra o princípio da igualdade. Não se pode compreendê-lo literalmente, mas em sua acepção efetiva, que demonstra igualdade com vistas à construção de uma ordem jurídica justa e convivência humana pacífica e harmônica.

A capacidade aludida não é só de gozo: Estado deve prover os meios para tal gozo. Não é somente a igualdade formal (perante a lei) e material (substancial), mas, ainda,

reconhecimento das desigualdades naturais entre os homens. Só assim se dá capacidade de gozo a todos.

Quanto ao art. 3º da Declaração:

Art. 3º - Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Direito à vida é pré-requisito de existência de todos os demais direitos. Compreende: direito de nascer, permanecer vivo, ter uma vida digna (subsistência) e não ser privado da vida. Quanto à segurança pessoal, esta é um reforço da proteção da vida. É o direito de viver sem medo, protegido pela solidariedade e livre de agressões.

Em seguida, analisemos o art. 23:

Art. 23 – I) Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

II) Todo homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

III) Todo homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

IV) Todo homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

A proteção contra o desemprego deve ser direito supra estatal, acima das positivações do Estado, como inerente ao ser humano. A finalidade da Declaração Universal dos Direitos do Homem tem por finalidade mostrar os direitos e exortar os Estados a efetivá-los.

O direito proteção contra o desemprego é direito humano não por seu caráter patrimonial, mas porque se liga intimamente com a dignidade da pessoa humana. O trabalho

permite o desenvolvimento físico e intelectual, apurando a convivência do homem com seus semelhantes e realizando-o como pessoa. O trabalho consagra a dignidade da pessoa humana. Trabalhos mais perigosos são mais bem pagos. Mas o desemprego põe em risco a saúde física e mental do desempregado – o ócio e a baixa auto-estima afetam a saúde do trabalhador.

A ação do Estado pode ser preventiva ou reparadora. Preventivamente, o Estado assegura a despedida arbitrária, garante a busca pelo pleno emprego, busca reduzir o trabalho informal, etc. No aspecto reparador, temos o seguro-desemprego (art. 7º, II, e 201, III, ambos da CF).

O seguro-desemprego é contraprestação estatal que garante o mínimo existencial para o trabalhador e sua família (deve-se assegurar existência compatível com a dignidade da pessoa humana, ideia mais abrangente que a do simples asseguramento da sobrevivência). O seguro-desemprego perfaz a sobrevivência digna e saudável. Deve estar no rol básico ou normas mínimas de proteção do Estado.

3. Seguro-Desemprego (Socialização Solidária)

O problema do desemprego deve ser corretamente enquadrado como um problema previdenciário, e não meramente assistencialista. O Estado deve tomar medidas de cunho continuado para fazer frente ao desemprego, não só com o auxílio em pecúnia, mas também com a prevenção, capacitação e reciclagem de desempregados.

O Estado liberal desenvolveu-se para Estado-Providência, ou Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*). O Estado deve desincumbir-se de prestações positivas a favor dos cidadãos. A Ordem Econômica também é regida pelo princípio da Justiça Social.

O seguro é fundamento da proteção social. O modo mais eficaz da proteção contra contingências é o seguro. O risco do desemprego é social (afeta a todos). Daí a proteção da lei previdenciária, mediante contribuições e certos requisitos. A Convenção nº 102, da OIT, também denominada “Norma Mínima”, abriu caminho para o moderno

conceito de Seguridade Social, abarcando não só a previdência, mas a assistência, a saúde, educação e todos os direitos sociais. É o deslocamento para o terreno previdenciário dos direitos humanos. Busca-se estabelecer um padrão de vida comum a todos os homens.

O seguro-desemprego é modalidade de seguro, mediante contribuições do empregador e recursos da União. É um seguro social. Torna-se necessária a carência, para formação do fundo ao qual o trabalhador fará jus em caso de desemprego involuntário. Não fará jus ao benefício se o desemprego for voluntário. A carência serve para acumulação de reservas.

O seguro-desemprego não se prolonga por período superior a 4 meses. Caso a proteção durasse indefinidamente, os recursos econômicos se esgotariam, bem assim estaria desestimulado a procurar novo emprego o desempregado. A prestação é uniforme, em salários mínimos, não se levando em conta toda a renda anterior do trabalhador, mas parte dela por faixas estabelecidas na legislação. O caráter do seguro-desemprego é universal, ou seja, estende-se a todos os trabalhadores.

O risco do desemprego é social, na medida em que se compromete o setor produtivo. Daí o “valor social do trabalho” (art. 1º, IV, CF). O desemprego é a situação jurídica, descrita na lei, que gera a relação jurídica e direito às prestações. O desemprego atinge toda a sociedade: a falta de trabalho, o ócio, repercutem em toda a sociedade. O desemprego desequilibra a harmonia e solidariedade entre as camadas sociais. A falta do trabalhador afeta o bem-estar e justiça sociais.

O art. 170, III, CF, preconiza ser a busca pelo pleno emprego um princípio da Ordem Econômica. A Seguridade Social atua na consequencia, que é o desemprego. Assim, a prestação previdenciária do seguro-desemprego está no capítulo da Ordem Social. O seguro-desemprego objetiva pôr fim a situação aflitiva do trabalhador.

Lei nº 7.998/90 é o principal diploma que regulamenta o seguro-desemprego. Regula o seguro-desemprego, o abono salarial e institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT. O FAT tem dupla finalidade: custear o seguro-desemprego e fomentar programas de desenvolvimento econômico e a busca por

novo emprego. Há uma clara interação entre política social e econômica. A prestação previdenciária e o fomento constituem o conjunto integrado de ações sociais e econômicas.

O seguro-desemprego é fornecido tanto a trabalhadores urbanos como rurais e avulsos. Estão excluídos os servidores públicos (art. 39, § 3º, CF) e militares (artigos 42 e 142, CF). A Lei nº 10.208/01 facultou ao empregado doméstico, também, o benefício. O bem jurídico protegido é a integridade física e psíquica do trabalhador e dos que dele dependam. Busca-se prover temporariamente suas necessidades.

O seguro-desemprego, assim como a aposentadoria, substitui a renda do trabalhador, enquanto alguns outros benefícios (abono anual e salário-família, por exemplo), apenas complementam os rendimentos do segurado. Os benefícios que substituem a renda não podem ser percebidos conjuntamente, nos dizeres da lei.

Perceber pequena renda não significa que o desempregado não faça jus ao benefício. Mesmo com pequena renda ou na informalidade, faz o trabalhador jus ao benefício, que foi criado para manutenção de condições mínimas de sobrevivência durante o infortúnio. A Lei nº 7.998/90 (art. 3º, V) menciona, apenas, “não possuir renda própria de qualquer natureza suficiente à sua manutenção e de sua família”.

O custeio do seguro-desemprego dá-se com recursos da União e, principalmente, com recursos do PIS (art. 239, CF; Lei Complementar nº 07/70). O PIS é contribuição social que tem por base de cálculo o faturamento das empresas, assim entendido o ingresso de qualquer tipo de receitas nos cofres da empresa (Lei nº 10637/02).

4. Acidente de Trabalho (Socialização Solidária)

Segundo a norma, vários eventos podem caracterizar-se como acidentes do trabalho, ainda que indiretamente. Há acidentes que ocorrem, inclusive, fora do local de trabalho, mas estão afastos a ele, como os acidentes de trajeto (artigo 21, IV, da Lei nº 8.213/91) e os

eventos ocasionados por doenças adquiridas em virtude da atividade exercida pelo trabalhador (artigo 20, da Lei nº 9.813/91).

Mesmo nos casos de acidente de trajeto, o trabalhador acidentado também possui direito ao benefício previdenciário custeado pelo empregador, conforme prevê o artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal.

O art. 21, IV, “d”, da Lei 8.213/191, equipara a acidente de trabalho o ocorrido no percurso da residência para o local de trabalho, qualquer que seja o meio de locomoção utilizado, inclusive veículo de propriedade do segurado. Assim, não se pode excluir do FAP os acidentes de trajeto.

O cálculo do FAP também inclui benefícios atestados pela Perícia Médica do INSS, considerados como Nexo Técnico Previdenciário – NTP (exemplo: epidemia na empresa). Mas a empresa pode lançar mão do recurso administrativo, para elidir o nexo causal e provar que o dano não constitui acidente do trabalho.

O processamento do FAP é anual. A cada ano as empresas são avaliadas, em nova leitura feita pela DATAPREV. A natureza acidentária ou causas acidentárias podem ser incluídas ou excluídas a cada ano.

As informações utilizadas no cálculo do FAP também partem da própria empresa, em colaboração com o Poder Público (quando do envio das notificações ao INSS – artigo 22, da Lei nº 9.813/91 – ou dos requerimentos de benefícios por incapacidade à Previdência Social).

O conceito de acidente do trabalho deve ser amplo, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF).

O acidente de trabalho, mesmo aqueles que não geram direito a benefício previdenciário, sempre gera um risco para o trabalhador. Sua dignidade está em jogo. Assim, qualquer acidente de trabalho dever ser, sim, considerado na composição do FAP. O índice leva em conta, também, a frequência de acidentes, e não somente o tempo de afastamento.

Consideram-se todos os acidentes ocorridos, inclusive aqueles que implicam afastamento inferior a 15 dias. Não é porque o auxílio-doença é pago apenas ao segurado a

partir do 16º dia de afastamento que o acidente deixa de ser acidente do trabalho. É, sim, acidente do trabalho e deve compor o cálculo do FAP.

5. Seguro Obrigatório – Dpvat (Socialização Solidária)

O seguro obrigatório para proprietários de veículos automotores (DPVAT – Danos Pessoais causados por Veículos Automotores Terrestres) é um seguro específico de danos pessoais, regulamentado por leis esparsas e pelo Código Civil. O Decreto-lei nº 73/66 instituiu a figura do seguro obrigatório para proprietários de veículos automotores terrestres, seguindo-se a Lei nº 6.194/74 e posteriores alterações, embora o Decreto-lei nº 1.186/39 já tivesse previsto a obrigatoriedade das sociedades comerciais e industriais de contratar seguro contra riscos de fogo e transportes.

O primitivo Decreto-lei nº 73/66 chegou a ser regulamentado pelo Decreto nº 61.867/67. Reconheceu-se, abertamente, a teoria do risco com a obrigatoriedade do seguro para veículos automotores terrestres. O Decreto em questão trazia valores em cruzeiros para compensação das vítimas e aduziu que o veículo não poderia ser licenciado se não houvesse a contratação do seguro obrigatório.

O Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP, entidade criada pelo Decreto-lei nº 73/66, edita várias resoluções para regulamentar e tratar do seguro obrigatório.

Com o Decreto-lei nº 814/69, não mais teríamos cobertura para danos materiais. Permaneceu no Brasil apenas a cobertura para danos pessoais. Este diploma também ateve-se à teoria do risco. A Lei nº 6.194/74 revogou expressamente o Decreto-lei nº 814/69, mas continuou afeta à teoria do risco e indenização somente para danos pessoais. O seguro passa a ser de danos pessoais, e não mais de responsabilidade civil pura.

A Lei nº 8.441/92 trouxe uma dilatação do prazo de cinco para quinze dias para que a seguradora pague a indenização. Este prazo foi modificado pela Medida Provisória nº 340/06, convertida na Lei nº 11.482/07, ou seja, foi

aumentado para 30 dias. Por fim, a Medida Provisória nº 451/08, convertida na Lei nº 11.945/09 trouxe uma tabela de indenização levando em conta as partes do corpo humano.

O seguro obrigatório DPVAT indeniza a vítima independentemente da culpa, abraçando por inteiro a teoria do risco. Excetuam-se apenas as excludentes de responsabilidade (caso fortuito, força maior e culpa exclusiva da vítima).

O objetivo do DPVAT é a rápida indenização, com nítido contorno social. As empresas seguradoras privadas são autorizadas a funcionar na forma de adesão ao consórcio de empresas DPVAT, por Resolução do CNSP, que estabelece os requisitos necessários para adesão (Resolução nº 154/06, CNSP), e são fiscalizadas pela SUSEP. Após o preenchimento dos requisitos previstos na Resolução do CNSP, a SUSEP deve emitir uma licença à empresa seguradora. A operação da seguradora privada no ramo é, pois, condicionada a atos administrativos. A seguradora privada pode livremente aderir ao consórcio DPVAT (antes denominado Convênio DPVAT). A empresa gestora do consórcio é a Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A, autorizada a gerir o consórcio pela Portaria SUSEP nº 2.797/07 (a SUSEP é uma autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda).

Uma vez acionada uma empresa consorciada, deve indenizar mediante prova do sinistro e verificação regular do pagamento do prêmio. O contrato feito pelo proprietário do veículo é obrigatório para com o poder público, mas o dever de indenizar só aparece com o pagamento do prêmio. O pagamento deve ser pago em dinheiro (art. 776, CC).

Transfere-se o prejuízo do segurado para o segurador. O contrato é obrigatório (necessário) e bilateral, pois impõe obrigações para o segurado e segurador. A liberdade contratual é reduzida ao mínimo. O seguro é impositivo, cogente, e funda-se na solidariedade e respeito pela integridade e vida das pessoas. Indeniza-se tanto os motoristas quanto pedestres. A compensação financeira busca a recuperação da ordem jurídica civil. Pretende-se minorar os danos suportados pela vítima em um mundo cada vez mais industrializado.

Apesar de estar presente no DPVAT a responsabilidade objetiva (teoria do risco – indeniza-se independentemente da prova da culpa – não se questiona acerca da ilicitude do ato), a teoria subjetiva ainda se faz presente no caso da vítima pleitear indenização por danos materiais ou na seara penal. A Resolução nº 37/68, do CNSP, já regulamentava o previsto em lei (teoria do risco na Lei nº 6.194/74), externando expressamente a teoria do risco. O Código Civil, em seu art. 927, salienta que o dever de indenizar se dá independentemente de culpa nos casos previstos em lei. É o caso do seguro obrigatório DPVAT, que tem legislação específica.

O DPVAT tem nítida preocupação social. Busca-se minimizar o sofrimento humano. Afastou-se da responsabilidade civil, em que se questiona a ilicitude do ato, para instituir o tão-só dever de indenizar. Afastou-se do seguro decorrente de responsabilidade civil para seguro de danos. Se fosse de responsabilidade civil, só surgiria a obrigação de indenizar quando presente a responsabilidade do segurado. É um seguro de danos atrelado à teoria do risco.

O seguro obrigatório DPVAT decorre de contrato. É um contrato necessário. Sua falta obsta, inclusive, o licenciamento do veículo (Resolução CONTRAN nº 664/86, que regulamenta o art. 132, § 2º, do Código de Trânsito). É contrato bilateral, oneroso e aleatório. O segurado de pagar o prêmio para receber a indenização. A indenização pode se estender a terceiros, como vítimas pedestres. Todavia, na indenização a terceiros, nada obsta o direito de regresso da seguradora contra o segurado e autor do dano (art. 788, CC).

As regras genéricas do seguro previstas no Código Civil aplicam-se ao seguro obrigatório DPVAT, como, por exemplo, o dever do segurado de pagar o prêmio, obrar com a verdade ou comunicar à seguradora alterações no veículo (o valor do prêmio é estipulado em Resolução do CNSP). A quitação do DPVAT dá direito ao seguro por um ano. Após um ano, o seguro deve ser renovado.

As aeronaves e embarcações estão excluídas do DPVAT, possuindo legislação própria de seguro obrigatório.

6. Conclusão

Nossa conclusão só pode ser em uma direção: o espírito de fraternidade deve reinar, no Brasil, como valor-vetor. Não mais podemos compactuar com a indiferença em relação à dor de poucos desafortunados e privados do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

A repartição do custo das indenizações sociais por todos certamente não é um ônus, mas um dever. A parte que toca a cada

membro da sociedade é suave. A ideia de socialização/repartição do bem, bom e justo está ao alcance de todos. A lei moral deve positivar-se e se transformar em norma jurídica programática, em nome da fraternidade e erradicação da pobreza, dor e falta de dignidade da pessoa humana.

A auto-estrada do capitalismo não tem uma pista só. Há mais duas, pelo menos, ao lado dela, para percorrermos: a pista ou auto-estrada digital e a pista ou auto-estrada social.

.

REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BALERA, Wagner. **Comentários à Declaração Universal dos Direitos do Homem** (coord.). Brasília: Fortium, 2008.
- BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. 5ª Edição. São Paulo: LTR, 2009.
- BALERA, Wagner (coord.). **Curso de Direito Previdenciário – Homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira**. 5ª Edição. São Paulo: LTR, 2002.
- BALERA, Wagner. **Acidentes de Trabalho – quem tem de arcar com o custo é a empresa, não a Previdência**. Disponível em: <http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/artigo_default.asp?ID=78>. Acesso em: 17 maio 2010.
- BALERA, Wagner. Ciclo do Trabalho - **Antigos têm de se aposentar para dar lugar aos novos**. Disponível em: <http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/artigo_default.asp?ID=12>. Acesso em: 02 junho 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional**. 3ª Edição. São Paulo: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva: 2007.
- DICEA – CURSOS DE APERFEIÇOAMENTO JURÍDICO – NOTÍCIAS. **FAP – Fator Acidentário de Prevenção**. Disponível em: <http://www.dicea.com.br/site/secaoclipping/imprime_pdf.php?id=1389&acao=pdf>. Acesso em 04 junho 2010.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1999.
- LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. São Paulo: RT, 1960.
- LISBOA, Roberto Senise. **Comentários ao Código Civil**. In: SCAVONE JR., Luiz Antonio (coord). 2ª Edição. São Paulo: RT, 2009.
- LISBOA, Roberto Senise. **Tecnologia, confiança e sociedade. Por um novo solidarismo**. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). O Direito na Sociedade da Informação II. São Paulo: Atlas, 2009, p. 51-66.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 30ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22ª Edição. São Paulo: Atlas, 2007.
- MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5ª Edição, São Paulo: Atlas, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- PIOVESAN, Flávia (coord.). **Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado**. São Paulo: DPJ, 2008.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2000.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. 2ª Edição. São Paulo: RT, 2009.
- VARELLA, Marcelo Dias (coord.). **Responsabilidade e Socialização do Risco**. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Varella2.pdf>. Acesso em 25 maio 2010.
- WEIS, Carlos. **Os Direitos Humanos Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999.

RESUMO

Os contratos representam a formalização das relações comerciais entre os homens. Sem embargo, é um dos meios mais eficientes de circulação de riquezas. Os Princípios Gerais do Direito Contratual, particularmente: o da boa-fé objetiva, o da função social do contrato e da onerosidade excessiva acrescidos da velocidade de comunicação e divulgação da informação presentes nas redes sociais são instrumentos de suma importância para o sucesso e eficiência dos contratos. O presente trabalho trata do estudo dos contratos atípicos, sob a égide dos Princípios Gerais do Direito Contratual e da importância do preenchimento das lacunas geradas pela ausência de informações relativas às regras aplicáveis sobre a matéria ainda no Código Civil de 2002.

Palavras-chave: Contratos Atípicos. Princípios Gerais de Direito Contratual. Princípio da Boa-fé objetiva. Princípio da Função Social dos Contratos. Princípio da onerosidade excessiva.

ABSTRACT

The contracts represent the formalization of trade relations between men. Nevertheless, it is one of the most efficient movement of wealth. The General Principles of Contract Law, in particular: the objective good faith, the social function of contract and the excessive burden of the increased speed of communication and dissemination of information present in the social networking tools are critical to the success and efficiency of contracts. The present work deals with the study of atypical contracts, under the aegis of the General Principles of Contract Law and the importance of filling the gaps created by the absence of information relating to the rules on the matter still in the Civil Code of 2002.

Keywords: Atypical Contracts. General Principles of Contract Law. Principle of Good Faith objective. Principle of Social Function of Contracts. Principle of Charging Excessive.

* Advogado, Consultor Jurídico, Professor de Ciência Política e Teoria do Estado das FMU, Coordenador Acadêmico da LEX MAGISTER. Mestre e doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo-USP, Especialista em Administração Pública.

1. Histórico e Conceito

Os usos e costumes das sociedades onde nasceram delimitavam os primeiros contratos, que, certamente eram informais. Para os romanos¹ os contratos que não figurassesem expressamente no rígido sistema de Direito dos *Quirites*, não gozavam de proteção jurídica e eram chamados de pactos. Tal situação persistiu entre os romanos até a época do Imperador Justiniano.

O progresso, as inovações tecnológicas e as necessidades socioeconômicas forjaram o nascimento de várias espécies de contratos, algumas difíceis de serem regulamentadas representando o diverso e imprevisível cotidiano das relações humanas. Neste contexto evolutivo natural, a liberdade de contratar antecedeu o princípio da autonomia da vontade, que na esfera contratual revolucionou os meios jurídicos e amenizou os excessos de formalismo herdados dos costumes romanos. Consolidou-se, destarte, um princípio geral, segundo o qual, quando duas pessoas contratavam obrigações mútuas e uma delas cumpria a sua, surgia, simultânea e naturalmente para a outra, a obrigação de contraprestar, devendo cumprir a sua parte da mesma obrigação.

O contrato atípico ou inominado originou-se da *condictio ob rem dati (ob causam datorum)* ou *causa data, causa non secuta* do Direito Romano, que era uma ação destinada a obter a restituição do que se dava a outra parte, no cumprimento do contrato, que podia se estender àquela, em que ocorria doação, configurando assim os primeiros abrandamentos do rígido sistema romano, conferindo aos pactos força de contratos².

A natural e bem-vinda liberdade de contratar abriu novos horizontes às partes, que, diante das novas tecnologias e suas respectivas decorrências jurídico-econômicas foram naturalmente criando novas formas de contratos, conforme suas necessidades, ampliando assim, o elenco de convenções inéditas, paralelamente aos contratos tradicionais. Decorre, naturalmente de

mencionadas circunstâncias que, a força contratual nasce do poder de uma das partes exigir da outra, o implemento de uma obrigação, desde que tenha cumprido a sua. Infere-se ainda que as obrigações representam a parte essencial dos contratos, a ponto de determinar sua natureza jurídica. Com efeito, pode-se definir obrigação como sendo a relação jurídica transitória, de natureza econômica, pela qual o devedor fica vinculado ao credor, e deve cumprir determinada prestação pessoal positiva, ou negativa, cujo eventual inadimplemento enseja ao credor a possibilidade de executar o patrimônio do devedor, a fim de satisfazer seus interesses.

Observa-se a necessidade de, ao aplicar a terminologia *nominados(atípicos)* ou *inominados* aos contratos, deve-se fazê-lo com a devida ressalva da doutrina, pois, muitas vezes, o contrato tem nome, em determinado ambiente de sua utilização, e não é considerado *nominado*, em razão de não se encontrar devidamente regulamentado em lei. É preferível a referência aos contratos como típicos e atípicos, até porque os primeiros ajustam-se, ao contrário dos atípicos, em qualquer dos tipos contratuais estabelecidos em lei. O Código Civil italiano, em seu artigo 1.322, §2º define como inominados ou, atípicos, todos os contratos que ainda não pertencem aos tipos que possuem disciplina particular, desde que realizem interesses merecedores de proteção pelo ordenamento jurídico vigente.

Na dicção de Silvio Rodrigues³ nominados, ou típicos, são os contratos que recebem da lei, denominação própria e submetem-se a regras pormenorizadas. Por seu turno, são considerados inominados, ou atípicos aqueles que a lei não disciplina expressamente, mas que são permitidos, quando lícitos, em virtude do princípio da autonomia privada. Surgem na vida cotidiana impostos pela necessidade da formalização do comércio jurídico para atender as novas tecnologias que inovaram as relações comerciais. Para Roberto Senise Lisboa⁴, *contratos atípicos ou inominados* são os

³ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil, dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. p. 34, n. 16.

⁴ LISBOA, Roberto Senise. *Manual Elementar de Direito Civil, v 3, p. 87.*

¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. p. 122.

² AZEVEDO, Álvaro Villaça. *op. cit.*, p. 120, 125.

contratos que não possuem previsão legal expressa, porém são admitidos pelo sistema jurídico, por não ofender a lei, a moral ou os bons costumes.

A abundante diversidade da possibilidade de contratar dificulta a regulamentação das formas contratuais, originando, por consequência, o criativo e fértil exercício das partes no campo da liberdade, que se espera, condicionada aos princípios gerais do direito contratual, a fim de não escravizar o homem, mas sim, garantir o equilíbrio e a harmonia entre as relações sociais. A denominação doutrinária “*inominados*” atribuída aos contratos não regulamentados por legislação específica, não nos parece a mais adequada, sobretudo considerando-se o fato de que todas as espécies contratuais possuem nomes. Assim referidos contratos serão, doravante, por convenção, preferencialmente tratados como “*contratos atípicos*”.

Com efeito, contratos atípicos são aqueles não disciplinados pelo Código Civil ou qualquer outra legislação extravagante. Objetivamente, carecem de regulamentação específica. Em nosso sistema, a fim de preencher as lacunas criadas em decorrência de mencionada ausência de regulamentação específica, a doutrina e a jurisprudência se utilizaram de princípios ou cláusulas gerais do direito contratual, alguns, expressamente enfatizados no novel Código Civil de 2002 e que serão analisados no presente estudo, como: o da boa-fé objetiva, art.422; o da função social do contrato, art. 421; e o da vedação à onerosidade excessiva, art. 478.

Nessa dimensão assume especial importância a cautela da vontade das partes na aplicação das normas contratuais nos contratos atípicos, sobretudo, pelo fato de não haver regulamentação legal, a fim de fazerem valer as mesmas, desde que não contrariem os princípios gerais de direito, os bons costumes, a moral e as normas de ordem pública.

2. Classificação

Tarefa não das mais simples é a classificação dos contratos atípicos. A doutrina tem se mostrado tolerante às teses apresentadas, em reconhecimento ao esforço

exercido pelas profundas pesquisas de renomados jurisconsultos. O tema é tão relevante que tem sido debatido no plano internacional gerando propostas científicas dignas de reflexão no mundo jurídico pátrio e no direito comparado.

Francesco Messineo⁵ classifica os contratos atípicos em sentido estrito, ou puro. Inclui entre eles, aqueles que contêm conteúdo completamente estranho aos tipos legais, por exemplo, o contrato de garantia, e aqueles que contêm apenas alguns elementos estranhos aos legais. Sem embargo, outros, com função prevalente, são legais, como, por exemplo, o contrato de bolsa simples. Outro tipo lembrado por Messineo são os contratos atípicos mistos, formados por elementos legais, todos conhecidos e dispostos em combinações distintas. Considerando-se várias figuras contratuais típicas, podem, conforme classificação de Messineo, os contratos atípicos mistos ser encontrados entre si em relações de coordenação ou subordinação. Por fim, leciona Messineo ser mencionada classificação, a de variação mais numerosa, composta por contratos unitários, a mais rigorosa, original e a mais aceita.

Nas lições de Orlando Gomes⁶, contrato misto é aquele que decorre da combinação de elementos de diferentes contratos, formando nova espécie contratual não esquematizada em lei. Caracteriza-os a unidade de causa. Segundo o autor baiano⁷ os contratos atípicos são subdivididos em: contratos atípicos propriamente ditos e contratos atípicos mistos. Os contratos atípicos propriamente ditos, consoante a ótica doutrinária são definidos como aqueles ordenados para atenderem a novos interesses. Não são disciplinados especificamente na lei, reclamam disciplina uniforme que as próprias partes estabelecem, livremente, sem terem como paradigma qualquer padrão contratual pré-estabelecido.

Preleciona Álvaro Villaça Azevedo⁸ que a mesma classificação corresponde aos contratos atípicos singulares, definidos como

⁵ MESSINEO, Francesco. **Dottrina generale Del contratto.** p. 226.

⁶ GOMES, Orlando. **Contratos.** Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. p. 104.

⁷ Idem, p. 105.

⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *op. cit.*, p. 138.

figuras atípicas individualmente consideradas. Ensina que os contratos atípicos mistos formam um conjunto de várias avenças que se somam e que se integram de modo indissociável, não tendo cada qual vida própria; é, portanto, uma contratação única, complexa e indivisível. Apresentam-se com contratos ou elementos somente típicos; com contratos ou elementos somente atípicos e com contratos ou elementos típicos e atípicos. Já os contratos coligados na ótica do mesmo autor, são dois ou mais contratos que guardam sua individualidade própria sendo compostos de várias contratações autônomas, mas ligadas por um interesse econômico específico.

Na atividade empresarial são classificados, entre outros, como atípicos os contratos de publicidade, o de hospedagem, o de cessão de clientela, a *joint venture*, etc.

3. Exegese no Código Civil de 2002

As denominadas cláusulas gerais, particularmente as de direito contratual, surgiram nas codificações modernas a fim de flexibilizar a rigidez dos antigos códigos, elaborados por formação casuística e acompanhados por compulsória aplicação do método da subsunção. Outra relevante função das cláusulas gerais, na esfera contratual, é a de delimitar o exercício dos direitos subjetivos. Deflui de mencionada função, a efetiva aplicação dos princípios gerais de direito contratual. Acrescidos ao advento destas verdadeiras cláusulas gerais autorizam o operador do direito, o magistrado em especial, a utilizar-se da flexibilidade necessária na aplicação do caso concreto, diante de alterações fáticas incidentais e supervenientes, introduzidas ao longo das relações contratuais. Consideradas por alguns autores, como verdadeiras cláusulas gerais, a inclusão destas no Código Civil de 2002 permitiu, efetivamente, ao magistrado a aplicação da solução a cada caso concreto, considerando-se não apenas conceitos e princípios dispostos no próprio Código, mas também os de outros sistemas, considerando-se preliminarmente os presentes na Constituição Federal vigente e nas inúmeras leis esparsas, modernamente denominadas microssistemas.

Verifica-se um consenso doutrinário sobre a aplicação de determinados princípios gerais de direito contratual aos contratos atípicos, conforme determina o art. 425 do Código Civil vigente, dentre eles a Função Social do Contrato (art. 421), a Boa-fé objetiva (art. 422) e a Vedaçāo à onerosidade excessiva (art. 478).

O princípio da autonomia da vontade, acrescido pelos princípios gerais de direito contratual, previamente apresentados, fundamentam a celebração de contratos atípicos conforme dispõe a dicção do art. 425 do novo Código Civil: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

A função social do contrato, consagrada no art. 421 da Lei n. 10.406/2002, que institui o novo Código Civil, determina que a liberdade de contratar seja exercida, em razão, e nos limites, da função social do contrato. Considerada como verdadeira cláusula geral, a função social do contrato, consagrada pelo novo diploma legal, tem como função preliminar e principal limitar a liberdade contratual dos direitos subjetivos, a fim de garantir, preliminarmente e fundamentalmente, o cumprimento dos direitos coletivos. O contrato é a representação jurídica das operações econômicas, sua principal função é viabilizar a circulação de riqueza, efetiva ou potencial, tornando-se, portanto, matéria de interesse público, coletivo representando a relevante função social do contrato.

Miguel Reale⁹, considerado pela corrente doutrinária majoritária como o principal mentor do novo Código Civil brasileiro, atribuiu grande importância ao tema, e entendia que referido dispositivo realça a função social do contrato, consequência natural da função social da propriedade, assim lecionava: “A propriedade não é um direito absoluto, ela tem uma função social e uma função econômica, e é dentro dessa objetividade axiológica que se deve processar a interpretação do Direito. Não haveria como consolidar a função social da

⁹ REALE, Miguel. In: **Novo Código Civil brasileiro – o que muda na vida do cidadão**. Palestra realizada na Câmara dos Deputados em 04/06/02.

propriedade sem que, ao mesmo tempo, se consagrassse a função social do contrato”.

A boa-fé objetiva, considerada princípio geral amplamente aplicado ao direito contratual, plasmada no art. 422 do novo Código Civil, trata-se também, de uma cláusula geral, modelo de conduta social. Nesta condição colabora para determinar o comportamento devido pelas partes contratantes. Funciona bem como instrumento limitador ao exercício de direitos subjetivos.

Para Antonio Junqueira de Azevedo¹⁰ permanecem do Código anterior os princípios da liberdade contratual; a obrigatoriedade dos efeitos (o contrato faz lei entre as partes); a relatividade dos efeitos contratuais, que não prejudica nem beneficia terceiros (*res inter alios acta, allis nec nocet prodest nec*). A vontade comum dos contratantes é o ponto central. Nesse diapasão a boa-fé objetiva, bem como a solidariedade, são consideradas pelo novo diploma legal, como princípios sociais.

Prosseguindo na análise de Antonio Junqueira, considera-se como falha do novo Código, a ausência de regulamentação sobre os contratos de franquia, de leasing e, principalmente, nenhuma regra sobre contratos coligados. Sublinha-se ainda, a ausência no art. 422, de disposição sobre comportamento pré-contratual, inexistente na fase anterior à conclusão, bem como, na fase pós-contratual. O clássico exemplo sobre a importância da observância do princípio da boa-fé, inclusive na fase pós-contratual, mencionado por Junqueira, vale ser reproduzido, particularmente pelo caráter didático e esclarecedor para o tema em epígrafe.

O fato ocorreu em uma cidade da Alemanha, onde uma pessoa vendeu um terreno e afirmou ao comprador que, de lá, teria a visão do vale, configurando como uma “vantagem” a situação topográfica do imóvel. Reforçou referida vantagem, o vendedor, afirmando que no imóvel em frente a seu terreno, do outro lado da rua, não era permitido edificações elevadas. O interessado comprou o terreno e construiu uma casa, que, reconheceu posteriormente o Tribunal alemão

valia seis vezes o valor do terreno. O comprador estava muito satisfeito com aquela situação, até quando, o mesmo vendedor comprou o terreno em frente, foi à Prefeitura, obteve licença para a mudança do projeto de zoneamento e construiu naquele local um edifício suficientemente alto para atrapalhar a vista, do agora vizinho de frente. Apesar de haver terminado a transação de compra e venda, o comportamento do vendedor caracterizou evidente falta de boa-fé. Nos tribunais europeus a boa-fé é efetivamente exigida, também na fase pós-contratual. Conclui o professor Junqueira, posição com a qual concordamos integralmente, afirmando categoricamente não se tratar de interpretar o que foi dito, mas o que não foi dito, e demonstrando a importância da obediência ao princípio da função social do contrato, assim materializou o fato: “*O contrato não é mais um átomo exclusivo dos contratantes, mas, sim, uma molécula, porque interessa a toda a sociedade*”.

Giselda Hironaka¹¹ considera a boa-fé objetiva, contemplada pelo Código Civil de 2002 como a mais célebre das cláusulas gerais. Entende-se por meio da boa-fé objetiva o que é fato, o que é psicológico, o que é virtude, o que é moral. Defende a presença do princípio vigilante do aperfeiçoamento do contrato, não só no patamar de existência, mas também nos planos de validade e de eficácia. Consoante Giselda Hironaka, a boa-fé deve estar presente nas negociações que antecedem à conclusão do negócio, na sua execução, na produção continuada de seus efeitos, na conclusão e na sua interpretação, e deve, inclusive, prolongar-se até mesmo para depois de concluído o negócio contratual, se necessário.

Baseado em texto elaborado durante a Idade Média, por Neratius, cujo conteúdo dispunha sobre a aplicação da teoria da *condictio causa data causa non secuta*, consequência da teoria romana conhecida como teoria da imprevisão, o princípio da

¹⁰ JUNQUEIRA, Antonio de Azevedo. **Novo Código Civil brasileiro – o que muda na vida do cidadão** Palestra realizada na Câmara dos Deputados em 04/06/02.

¹¹ HIRONAKA, Giselda. **Novo Código Civil brasileiro – o que muda na vida do cidadão**. Palestra realizada na Câmara dos Deputados em 04/06/02. Palestra realizada na Câmara dos Deputados em 04/06/02.

vedaçāo à onerosidade excessiva determinava que o contrato devesse ser formalmente cumprido, baseado na imutabilidade das condições externas, presentes no ato da contratação. Havendo eventual alteração dessas condições dever-se-ia, proporcionalmente, alterar a execução do contrato.

Inserido na Seção IV do Código Civil, sob o título: “Da resolução por Onerosidade Excessiva”, o art. 478 consagra o princípio da vedação à onerosidade excessiva prevendo a resolução do contrato nos casos dos contratos de execução continuada ou deferida, quando a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá, o devedor pedir a resolução do contrato. Determina, ainda, referido dispositivo legal, que os efeitos da sentença, que a decretar, retroagirão à data da citação.

Versão moderna da cláusula *rebus sic stantibus*, utilizada para amenizar o excessivo rigor francês, aplicado pelo princípio do *pacta sunt servanda*, a teoria da imprevisão encontrou no sistema pátrio grande resistência em sua efetiva aplicação, particularmente por não haver disposição expressa na lei que a autorizasse. A jurisprudência pátria demonstra em grande parte de enunciados mencionada resistência à aplicação da teoria da imprevisão. Nesse sentido, manifestou-se a Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco em parecer exarado por seu relator, Desembargador Djaci Falcão, que exigia para aplicação da referida teoria, fosse o evento modificador das circunstâncias iniciais do contrato de forma “excepcional, extraordinária, imprevista e imprevisível”. Condicionava o nobre relator a aplicação da teoria da imprevisão à mudança extremamente sensível e chocante sobre o ambiente em que se formou a *voluntas contrahentium* devendo cada caso ser examinado em si mesmo, no tempo e no espaço sob o critério da eqüidez. A teoria da imprevisão não foi aceita em decisões de casos de aumento de salário, de alta de custo de materiais ou de reajuste de preço, com resistência de aplicação confirmada pela admissibilidade de sua efetiva

aplicação pela 5^a Turma do Tribunal Federal de Recursos, sendo relator o Ministro Pedro Aciolli, manifestando-se claramente à época pela excepcionalidade de sua aplicação.

Nesse diapasão mostrou-se pacífica a jurisprudência, quanto a inaplicação da teoria da imprevisão no caso de inflação. Assim acolhendo a tese do Código Civil Italiano, o novo Código Civil brasileiro, por meio de seu art. 478 consagra, apesar de certa resistência de aplicação, demonstrada pela posição jurisprudencial de nossos tribunais, a teoria da imprevisão, perdendo o legislador a oportunidade de acolher simplesmente a vedação à onerosidade excessiva. Com efeito, concorda-se com a posição adotada por renomados doutrinadores quanto à suficiência da comprovação do desequilíbrio econômico do contrato, a fim de que ele possa ser modificado, em razão da simples ocorrência da onerosidade excessiva.

A posição doutrinaria majoritária é pela aplicação do princípio da vedação à onerosidade excessiva, apenas nos contratos comutativos, conforme consta do texto do art. 478 do Código Civil vigente. Dentre outros, os principais requisitos necessários para a aplicação de referido princípio são: contrato de execução deferida ou sucessiva; alteração substancial das condições econômicas no momento da execução, comparando-se com as presentes no momento da celebração; onerosidade excessiva para um dos contratantes e vantagem excessiva para o outro, e imprevisibilidade daquela modificação.

A efetiva aplicação do princípio da vedação à onerosidade excessiva, decorrência da teoria da imprevisão tornou-se relevante quanto mais se verificou a importância que a implicação do desequilíbrio na economia do contrato afeta o conteúdo da juridicidade, apesar da já mencionada resistência apresentada pelos tribunais pátrios, em razão de ausência de disposição expressa na lei que a autorizasse. Vale observar que sua aplicação está vinculada, como determina o próprio dispositivo legal do novo Código Civil, aos contratos de execução deferida, definidos como aqueles que dependem de evento futuro. Nestes tipos é imprescindível a existência de um hiato temporal que se inicia no momento

da contratação e vai até o efetivo cumprimento da obrigação, pois é quando deve ocorrer o fato excepcional imprevisível e estranho ao ambiente da negociação existente no momento da efetiva contratação. Mencionado fato deve acarretar prejuízo excessivo a uma das partes, com explícita e extrema vantagem para a outra, ensejando seu enriquecimento ilícito. Verifica-se nesses casos a flagrante quebra do equilíbrio contratual, indicando afetação no conteúdo jurídico do contrato.

4. Propostas de emendas

Previstos e aceitos pela doutrina e jurisprudência pátrias, os contratos atípicos foram, efetivamente positivados pelo novo Código Civil. Inovou o diploma legal de 2002 ao, formalmente, contemplá-los. Por seu turno falhou, a nosso ver, o legislador ao abordar o tema de forma tímida e superficial, perdendo a oportunidade de especificar normas de funcionamento e aplicação. Referiu-se o legislador expressamente aos contratos atípicos apenas no conteúdo do art. 425, conferindo-lhes a seguinte redação:

“Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

Percebe-se pela leitura preliminar do texto, a insuficiência da abordagem ao controvertido tema. Por um lado verifica-se a indefinição da licitude conferida às partes que desejarem estipular contratos atípicos, por outro, a fragilidade e imprecisão, formal e quantitativa, atribuída às normas gerais fixadas no dispositivo legal. Delegou o legislador, a responsabilidade para apontar e definir as anunciadas normas à hermenêutica jurídica.

Os três princípios gerais ora estudados são aplicados em profusão no direito contratual, devem funcionar como instrumentos balizadores da liberdade contratual quando aplicados nos contratos atípicos, a fim de impedir arbítrios, abusos e, principalmente, o desequilíbrio entre as partes, fator que pode favorecer àqueles que atuam de má-fé. A falta de regulamentação exige por parte do operador do direito, a aplicação rigorosa e destemida dos citados princípios,

objetivando coibir o uso dos contratos atípicos como instrumentos de opressão ou de enriquecimento ilícito de uma das partes, fato abominado pelo Direito.

Pelo exposto, e a fim de colaborar para o aperfeiçoamento da regulamentação dos contratos atípicos, resta como segue nossa proposta, representada em negrito, para alteração da redação do atual artigo 425:

“Art. 425. As partes podem utilizar-se dos contratos atípicos, observados sua função social, a boa-fé, a vedação à onerosidade excessiva e as normas gerais fixadas neste Código”.

Prosseguindo em consonância com a exposição doutrinária, previamente apresentada, sugere-se a seguinte redação para o art. 422, do novo Código Civil:

“Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na fase pré-contratual do contrato, em sua conclusão e execução, bem como em sua fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé”.

Por seu turno, com relação à aplicação do princípio da vedação à onerosidade excessiva, consagrado pelo artigo 478, do novo Código Civil, e considerando-se:

- i. a importância da obediência ao princípio da função social do contrato, a fim de, uma vez celebrado ser cumprido, sugere-se a substituição do termo *resolução* por *revisão*;
- ii. a posição do *laesio enormis* do direito romano e a fim de flexibilizar a controvertida recepção da teoria da imprevisão, de difícil aplicação no direito pátrio, conforme anteriormente demonstrado, sugere-se suprimir o termo *imprevisíveis*;
- iii. a inadequação de redação, substituir o termo *devedor* por *parte prejudicada*, ou *parte lesada* como ensina Nelson Borges¹²: “No que se refere ao direito das partes

¹² BORGES, Nelson. A Teoria da imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil. p. 683.

- o texto legal não admite dúvidas: ‘parte lesada’ poderá ser tanto o devedor como o credor. Por essa razão critica-se o dispositivo nacional, que depois de falar, corretamente em partes, sem qualquer justificativa termina por estender o benefício a apenas uma delas (devedor), ao falar em excessiva onerosidade, que não tem qualquer relação com o credor”;*
- iv. considerando-se por derradeiro, a expressão: “[...poderá o devedor pedir a resolução do contrato.]”, constante do art. 478 do texto original, do novo diploma legal, transparecendo a intenção do legislador em beneficiar apenas o devedor com o direito de solicitar a resolução do mesmo, sugere-se a seguinte redação para o art. 478:

“Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes tornar-se excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários, poderá a parte prejudicada pedir a revisão do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”.

Apesar da boa vontade demonstrada em respeitar o princípio do equilíbrio contratual, insistiu o legislador em determinar que o princípio da vedação à onerosidade excessiva é de uso exclusivo do devedor, conforme anteriormente verificado no texto original do art. 478, subtraindo assim do credor o direito de exercê-lo. Agravou, ainda mais o *status* do credor, punindo-o, injustificadamente, ao designá-lo como *réu* e impondo-lhe todo o ônus da revisão na relação contratual, em consonância com o estabelecido pela redação original do art. 479.

Sumariando, não se justifica a utilização do termo *réu*, inadvertidamente atribuído ao credor, no corpo do artigo 479. Com este procedimento o legislador transfere ao credor todo o ônus da inexecução, relativa ou absoluta, contrapondo-se assim ao princípio do equilíbrio contratual. Parece evidente a

obrigação e interesse mútuos do devedor e do credor na tentativa do restabelecimento do equilíbrio contratual, já que, por acontecimento extraordinário, qualquer das partes pode ser vítima da obrigação de pagamento de prestação excessivamente onerosa. Diante do exposto recomenda-se a substituição do termo *réu* atribuído ao credor por: *parte excessivamente beneficiada*, restando como segue a redação sugerida para o art. 479:

“Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se a **parte excessivamente beneficiada** a modificar eqüitativamente as condições do contrato”.

5. Conclusão

Verificou-se ao longo do presente que, historicamente, as relações econômicas e comerciais, representadas pelos contratos, passaram por várias influências atingindo, contemporaneamente, relativo equilíbrio. Percebe-se um conflito velado, jurisprudencial e doutrinário sobre os contratos atípicos, variando entre o rigor francês exigido pelo *pacta sunt servanda* e a relativização proposta pela cláusula *rebus sic stantibus*, consagradora da teoria da imprevisão. Predomina a formalidade do cumprimento da obrigação contratual, sobretudo para preservar a função social do contrato, admiti-se a revisão contratual, particularmente nos casos de prejuízo excessivo de uma das partes, e a consequente possibilidade de enriquecimento ilícito da outra, fato inaceitável diante dos princípios gerais do Direito.

O aumento, em profusão, da diversidade e modalidades de negócios na sociedade contemporânea, particularmente os decorrentes das novas tecnologias, representados pelo comércio eletrônico, ensejou o surgimento e a progressiva utilização de contratos não previstos pelo direito positivo. Apesar de utilizados desde os tempos do antigo direito romano, conhecidos então, como *inominados*, os contratos não regulamentados por legislação específica são atualmente conhecidos como contratos atípicos e

representam significativa parcela da instrumentalização das relações econômicas.

A ausência ou, frágil regulamentação específica correspondente ao manuseio e efetiva aplicação sobre os contratos atípicos obedecem a determinados princípios e cláusulas gerais de direito sedimentadas e pacificadas pela doutrina. Assim, além dos princípios convencionais, pilares fundamentais do Direito, como o da igualdade, da segurança jurídica, da vontade das partes, da liberdade contratual, entre outros, os contratos atípicos receberam do legislador do novo Código Civil tímida, porém, pontual e inédita atenção. Percebe-se um sutil consenso doutrinário e jurisprudencial sobre a aplicação dos princípios e das consideradas, por alguns, como verdadeiras cláusulas gerais pairando sobre os contratos atípicos, objetivamente a função social do contrato, a boa-fé objetiva e a vedação à onerosidade excessiva.

De fato, a previsão legal sobre contratos atípicos foi, timidamente, contemplada apenas pelo art. 425 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Perdeu, a nosso ver, o legislador a excepcional oportunidade de explorar e ampliar, detalhando, aprofundando uma análise mais apurada sobre a crescente e inexorável ampliação das relações econômicas geradas por formas inéditas de contratar, inerentes aos contratos atípicos. Instrumento assaz relevante para o direito positivo pátrio, carece mencionado instituto de uma explícita e ampla regulamentação legal que balize seu correspondente funcionamento e classificação, a fim de traduzir sua constante e progressiva presença nas relações comerciais, econômicas e sociais. Ao tentar fazê-lo, o legislador positivou a regulamentação do complexo tema de maneira superficial e desencontrada. Extrapolou no formalismo, ao indicar a resolução dos contratos atípicos como solução única, contrariando frontalmente a orientação

básica da função social dos contratos, premissa exaustivamente festejada pela Comissão elaboradora do novo Código Civil. Falhou flagrantemente ao atribuir responsabilidades e deveres apenas ao credor, de maneira inadequada, quando inadvertidamente lhe atribui o título de *réu*.

A predominante intenção de consolidar o caráter social, efusivamente anunciada na publicação do novo diploma legal, representada particularmente pela obediência ao princípio da função social do contrato, decorrência do princípio constitucional da função social da propriedade, tornou-se o principal limite à liberdade contratual, em virtude da necessidade de atender-se o interesse coletivo acima do individual. Devido a sua relevante natureza econômica e patrimonial e à sua função circulante de riquezas, o contrato deve, inexoravelmente, garanti-la, a fim de, preliminarmente, atender sua relevante função social.

O evento natural da maior incidência de ocorrência da desvantagem de uma das partes, nos contratos atípicos, é decorrência natural da falta de previsão legal, permitindo o indesejado florescimento de tendências insidiosas de partes que agem de má-fé, ensejando a instauração de um campo fértil para imposição de desigualdades. Sem embargo, sugere-se a aplicação rígida e destemida de princípios gerais do direito contratual e cláusulas como: o da boa-fé objetiva, o da função social do contrato e o da onerosidade excessiva, sobre os contratos atípicos, a fim de se evitar que, a irrestrita liberdade de contratar, corifeu da relação contratual, não se transforme em laboratório para o surgimento de instrumentos de opressão ou de enriquecimento ilícito de uma das partes contratantes, fato inaceitável para a melhor prática do Direito.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas conseqüências. São Paulo: Saraiva, 1949.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. VENOSA, Sílvio de Salvo. Código Civil anotado. São Paulo: Atlas, 2004.
- _____.Teoria Geral das Obrigações. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral dos contratos típicos e atípicos. São Paulo: Atlas, 2002.
- BORGES, Nelson. A teoria da imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GOMES, Orlando. Contratos. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- HIRONAKA, Giselda. *In:* Novo Código Civil brasileiro - o que muda na vida do cidadão. Seminário realizado na Câmara dos Deputados em 04/06/02.
- JUNQUEIRA, Antonio de Azevedo. *In:* Novo Código Civil brasileiro – o que muda na vida do cidadão. Seminário realizado na Câmara dos Deputados em 04/06/02.
- LISBOA, Roberto Senise. Manual Elementar de Direito Civil. 2^a Ed. Vol. 3, São Paulo: RT, 2002.
- MEDEIROS, Arnoldo. Caso fortuito e teoria da imprevisão. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- MESSINEO, Francesco. Dottrina generale Del contratto. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1948.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- REALE, Miguel. *In:* Novo Código Civil brasileiro – o que muda na vida do cidadão. Seminário realizado na Câmara dos Deputados em 04/06/02.
- RODRIGUES, Sílvio. Direito civil, dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 3.
- VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. vols. I e II.

RESUMO

O corrente artigo ambiciona analisar o tratamento dispensado ao adolescente em conflito com a lei no Centro de Atendimento Social ao Adolescente (antiga Febem), tendo como foco o sistema de controle, punição e os costumes de unidades distintas. Tal análise proceder-se-á tendo como base as observações empiricamente realizadas pelo autor ao longo dos cinco anos em que trabalhou em unidades de internação e dialogará com o texto *Crime e costume na sociedade selvagem* de Bronislaw Malinowski. Isto buscando relatar e analisar os fenômenos sociais anteriormente mencionados de forma, tanto quanto possível, isenta e objetiva.

Palavras-chave: Unidade de Internação. Adolescente. Costumes.

ABSTRACT

The current article aims to analyze the treatment of adolescents in conflict with the law at the Center for Adolescent Social Services (formerly FEBEM), focusing mainly on the system of control, punishment and customs of different units. This analysis will proceed based on empirical observations made by the author over the five years he worked in inpatient units, drawing a parallel with the text *Crime and custom in savage society* of Bronislaw Malinowski. This seeking to report and analyze social phenomena mentioned above so as much as possible, unbiased and objective.

Keywords: Inpatient unit. Adolescents. Habits.

* Bacharel em letras pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP. Licenciado pela Faculdade de Educação da USP onde realiza seu mestrado na linha de pesquisa: Estado, Sociedade e Educação. Professor de Antropologia do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Ex-professor do CASA; local no qual efetuou suas pesquisas empíricas.

1. Introdução

Muito se especula sobre o que realmente ocorre dentro das Unidades de Internação; sobre o tratamento despendido aos internos, normas de conduta, formas de controle, atividades diárias, profissionais envolvidos... Há, sem dúvida alguma, farta informação oficial acerca da rotina das unidades, porém, para a análise proposta, importa somente como as coisas realmente ocorrem (prática) e não como deveriam ocorrer (teoria) ou como se imagina que ocorram (mito). No mesmo sentido Malinowski: “Não há quase nenhum relatório em que as descrições em geral correspondem ao que de fato acontece e não como deveria ser ou como se diz que acontece” (MALINOWSKI, 2003, p.95)

O que significa dizer que a base deste estudo será a pesquisa empírica fundamentada nas observações do autor ao longo dos anos em que trabalhou em unidades de internação, e não no modelo ideal de internação apresentado oficialmente pelo Estado ou em mitos e preconceitos que navegam pela imaginação e expectativas do senso comum.

Como as unidades são em enorme número e cada qual constitui por si só o que poderíamos chamar de micro-sociedade, este estudo ficará restrito ao Complexo Raposo Tavares composto pelas unidades 22, 27, 28, 37 e 38, mais especificamente ao contraste entre elas, por serem unidades que se encontram em situações bastante distintas.

2. O Funcionamento das Unidades de Internação do CASA

Para entender o funcionamento das unidades e como o mesmo interfere no tratamento dos adolescentes que lá se encontram é necessário conhecer os distintos grupos de funcionários que mantém contato direto com os mesmos, as atividades propiciadas, os distintos sistemas de controle empregados e a rotina das mesmas.

2.1 Os profissionais e as atividades propiciadas – Divisão social na sociedade selvagem

Assim como faz Malinowski separando a sociedade analisada em grandes grupos: Chefes, feiticeiros, agricultores (interior) e pescadores (litoral); podemos separar os grupos institucionais que atuam na Fundação como equipe técnica, equipe pedagógica (professores e pedagogia) e equipe de segurança.

Como o próprio nome sugere, a equipe de segurança é responsável por garantir a segurança dos internos, a disciplina, a ordem. É a que tem o contato mais prolongado com os mesmos e, em virtude disto e de suas atribuições naturais, a que se envolve na maioria dos conflitos. Em grande parte é formada por homens com o segundo grau completo. Os “agentes de pátio”, como são chamados, são subordinados aos coordenadores de pátio que por sua vez respondem ao diretor da unidade. Funcionam no sistema de plantões onde equipes inteiras são substituídas ao passar de determinado período – o que frequentemente gera grandes problemas de comunicação dadas as diferenças entre o que foi dito ou decidido por um plantão e o que é posto em prática por outro.

Há também a equipe técnica, responsável, primordialmente, pela parte burocrática e documental. É ela que realiza os relatórios de acompanhamento dos adolescentes que são enviados periodicamente aos juízes. É a equipe que possui contato menos direto com os adolescentes posto que, em sua grande maioria, realizam o atendimento aos mesmos de forma isolada em salas separadas da unidade. É composta, em sua esmagadora maioria, por mulheres com nível superior completo (normalmente psicólogas e assistentes sociais). As “técnicas”, como são chamadas, são subordinadas a um encarregado técnico que por sua vez responde ao diretor da unidade. A equipe é una e não trabalha no sistema de plantões. O distanciamento com o cotidiano dos adolescentes e com seu comportamento em grupo é um dos principais problemas encontrados pela equipe. O número de relatórios é muito grande o que diminui

sensivelmente o tempo que pode ser empregado na observação e no atendimento aos adolescentes.

A equipe pedagógica é responsável pelas atividades pedagógicas realizadas no período oposto ao das aulas e pelo acompanhamento das aulas da chamada “escola formal”. Ela também produz relatórios de acompanhamento pedagógico que são remetidos às técnicas para o envio ao juiz. A equipe possui contato direto com os adolescentes, porém, por um período menor que o da equipe de segurança. É composta por mulheres e homens com nível superior em distintas áreas sendo que predominam as primeiras. As “pedagógicas”, como são chamadas, são subordinadas a um coordenador pedagógico que por sua vez se subordina ao diretor. Esta equipe também é una, não trabalhando no sistema de plantões, o que propicia maior coerência e continuidade em suas ações. Não obstante seu papel de grande importância é a equipe que goza de menor prestígio dentro da instituição e, por vezes, tem de abrir mão de suas atividades em detrimento de outras.

Essas três equipes são a base interna de funcionamento das unidades, porém, existe uma base externa que são os professores do ensino público (escola formal) e os cursos profissionalizantes.

Consoante o exposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, os internos da Fundação devem ter acesso à escola como qualquer outro adolescente. Como seria praticamente impossível locomovê-los diariamente da unidade à escola, os professores da escola (normalmente da escola estadual mais próxima) se deslocam até as unidades. Realizam relatórios de acompanhamento dos alunos (em algumas unidades) além de ministrarem regularmente suas aulas – como em qualquer escola pública. A equipe é composta por homens e mulheres (com pequena preponderância das últimas) com nível superior distinto de acordo com a matéria que ministram. Mantém contato direto com os alunos durante o período determinado de suas aulas. Mais uma vez a equipe é una, porém responde ao diretor da escola vinculadora, e não ao da unidade – fato que por si só é capaz de gerar conflitos. Por ser um corpo estranho à instituição e pelos demais

fatores anteriormente citados, não é incomum o choque entre este e aquela, principalmente em aspectos relacionados à segurança e à pedagogia.

Os cursos profissionalizantes são desenvolvidos normalmente através da parceria entre ONGs e a instituição e são ministrados por profissionais da área. Estes por sua vez não fazem parte da instituição e tem pequeno contato com os adolescentes e com o sistema em si.

2.2 Sistemas de controle - *A lei primitiva e a ordem*

2.2.1 Institucional

Não será contrário à natureza humana aceitar como natural qualquer coerção, e o homem civilizado ou selvagem, obedecer a regulamentos e tabus desagradáveis opressivos e cruéis sem ser a isso compelido? E compelido por alguma força ou motivo irresistível?(Idem, p.16)

Consideramos que a resposta aos questionamentos do autor é sim e prova disso é que, para manter o controle na instituição, dependendo do número de adolescentes internados, da periculosidade dos mesmos, do perfil dos coordenadores de pátio, do diretor e principalmente do número de funcionários da segurança será adotado o sistema que melhor se adapta às condições da unidade. O regimento interno institucional, apesar de uno, é seguido na medida do possível, ou seja, na medida em que a equipe da Unidade possui poder suficiente e deseja sua implementação.

Em decorrência disso existem basicamente três tipos de sistema de controle: o sistema que poderíamos chamar de autoritário, o de barganhas e o misto.

No primeiro temos como pressuposto um grande número de funcionários da área de segurança (interna e externa) – em relação ao número de internos – e coordenadores de perfil mais agressivo. Neste sistema a autoridade e o poder encontram-se quase que completamente nas mãos da equipe de segurança. Esta equipe acaba por controlar as outras e ditar os

parâmetros de trabalho, contando com total apoio da direção. Os internos têm pouca ou pouquíssima liberdade de locomoção e de ação. Em alguns casos, durante aulas ou cursos, são proibidos de levantar das cadeiras e devem permanecer, mesmo em sala de aula, sob o campo de visão da segurança. São escoltados em fila durante a transição de uma área da unidade à outra e revistados.

Tal sistema tem como consequência uma relação mais conflituosa entre a segurança e os adolescentes e mais amistosa entre os educadores e estes últimos. Isto, pois nestes casos os adolescentes veem as atividades pedagógicas e profissionalizantes como uma forma de escapar de um sistema normativo extremamente rígido, ou seja, para eles tais atividades são mais positivas que a permanência num pátio ou nos quartos sob fortes limitações – até de locomoção. Além disso, neste os relatos de maus-tratos e de abuso de autoridade são em muito maior número. Aparentemente este sistema rígido apresenta algum nível de segurança para os adolescentes, porém, com o passar do tempo o que se percebeu é que o número de conflitos entre instituição e internos diminuiu, porém, tornou-se muito mais intenso / agressivo. Este é o sistema de controle implementado atualmente nas unidades 27 e 28. É importante notar que tal sistema, apesar de indesejável, não é novo como nos mostra Winnicott¹:

Finalmente temos a instituição ainda maior, que faz tudo o que pode por crianças sob condições impossíveis. Tais instituições ainda terão que existir por algum tempo. Tem que ser dirigidas por métodos ditoriais, e o que é bom para cada criança tem que estar subordinado às limitações do que a sociedade pode prover-lhes

1 O pediatra e especialista em psicanálise infantil D. W. Winnicott nasceu em Plymouth em 1896. Participou da primeira guerra mundial e durante a segunda coordenou alojamentos para crianças e adolescentes londrinos que perderam a família ou que se afastaram das mesmas pela guerra. Tais alojamentos, além de propiciarem um lar, ainda que precário, possibilitaram o tratamento e acompanhamento médico das mesmas, o que, segundo o autor, garantiu que muitas não chegasse aos tribunais. Seus textos, em alguma medida, serviram de base teórica para nossas instituições que cuidam de adolescentes em conflito com a lei.

imediatamente. Aqui está uma boa forma de sublimação para ditadores potenciais. É possível até encontrar vantagens nesse indesejável estado de coisas uma vez que, havendo predominância dos métodos ditoriais, as crianças irremediavelmente difíceis poderão ser controladas de modo a não se colocarem em apuros com a sociedade durante longos períodos. (WINNICOTT, 2005, p.205)

Não obstante tais afirmações, é importante relevar que tal sistema já deveria ter sido superado há tempos e que o positivo do mesmo é a proteção da sociedade em face aos adolescentes; dos adolescentes com relação a eles mesmos e destes com relação a sociedade (vingança privada).

Outra opção adotada pela instituição - quando não é possível aplicar a anteriormente descrita - é o sistema de barganhas (territorialização) que ocorre quando não há funcionários de segurança suficientes para o número de internos e o perfil da coordenação e da direção é mais conciliatório que conflitivo ou simplesmente quando não há meios suficientes para a manutenção do controle. Neste caso a segurança faz tratos com alguns internos que acabam se tornando uma espécie de liderança garantidora da ordem e da disciplina, vez que tal papel não é assumido por nenhum dos demais grupos. Neste sistema a autoridade e o poder já não estão nas mãos nem dos internos enquanto coletividade e nem da segurança, mas deste normalmente pequeno grupo de internos que delega as funções e comanda as atividades. A manutenção de pequenos grupos no controle de determinadas atividades, sem qualquer forma de eleição ou escolha democrática, reflete mera assunção da autoridade / tomada de poder o que comumente gera problemas.

Incidindo isto as equipes pedagógicas e de professores são de fundamental importância, pois, na medida do possível, por meio de conversa garantem o andamento, ainda que precário, das atividades e impedem (em alguns casos) rebeliões e revoltas.

Normalmente, em decorrência de tal sistema, as tarefas pedagógicas são realizadas de forma problemática – já que para o adolescente, nestes casos é mais interessante a

permanecia livre no pátio desfrutando de jogos e da companhia dos colegas do que acompanhar espontaneamente as atividades pedagógicas. Com isso, o choque entre adolescentes e as equipes pedagógicas (interna e externa) se torna mais frequente ao passo que ocorre a diminuição do choque entre a segurança e os internos. Este sistema não apresenta qualquer garantia para os funcionários de forma geral e principalmente para os internos que ficam a mercê de sua capacidade de socialização posto que devem agradar uns aos outros para manterem sua saúde resguardada. O resultado final deste processo é a rebelião, pois em algum momento já não se tem mais nada a barganhar, ou seja, quando a segurança já não pode oferecer mais nenhuma regalia ou benefício para este pequeno grupo que controla a unidade, há a rebelião. Tal sistema é inadequado por submeter toda uma unidade (funcionários e internos) aos mandos de um pequeno grupo de adolescentes que por vezes causam ou resolvem problemas de forma arbitrária não obedecendo necessariamente as normas estatais. Em muitos casos os acordos feitos são ilegais e não trazem qualquer benefício para o tratamento ou para o próprio sistema de contenção.

É importante frisar que na maioria dos casos o que se vê é o apoio dos internos (a este grupo que controla) de forma voluntária parecendo que os mesmos não percebem que, em geral, os únicos privilegiados com os acordos são estas lideranças que se alimentam melhor, não são obrigados a realizar as atividades de limpeza e manutenção da unidade, não frequentam as atividades educacionais (o que na visão deles é positivo), assistem mais tempo a televisão etc. Este é o sistema de controle em funcionamento na unidade 37 e 38.

Porém, tal visão é ingênua como nos mostra Malinowski ao questionar os escritos (também ingênuos) do professor Hobhouse que afirmara haver alguns costumes naturalmente obrigatórios: “Severas proibições, deveres pesados e responsabilidades muito penosas e mortificantes podem ser transformados em algo obrigatório por um mero sentimento?”(MALINOWSKI, 2003, p.17)

Acreditamos que não, e que o único sentimento que isoladamente, neste caso, é capaz de tornar essas severas proibições e estes deveres pesados em obrigatórios é o medo. Assim sendo, a conclusão lógica a qual poderíamos chegar é a de que o apoio dos internos (em geral) ao grupo que os controla é fruto, nem da ignorância e nem da obediência cega, mas do medo, do terror que aqueles impõem a estes.

Entretanto, tal conclusão é simplista e em parte incorreta, pois desconsidera outras variáveis muito importantes tais como o valor e o respeito do grupamento pelo indivíduo e a própria manutenção deste, naquele. Os malineses cumpriam suas obrigações, pois “... a falta de cumprimento deixa um homem em posição intolerável e a tibieza em seu cumprimentoobre-o de opróprio. O homem que persistentemente desobedece às regras da lei em seus tratos econômicos, logo se encontra fora da ordem econômica e social – e ele tem perfeita consciência disso.”(Idem, p.38). O mesmo ocorre com os internos, ainda que não estejamos falando da ordem econômica.

O terceiro caminho observado em termos de sistema de controle é o denominado misto. Tal sistema tem como pressuposto o número de funcionários da segurança suficiente ou pouco abaixo do necessário e uma coordenação e direção com perfil mais conciliatório que conflitivo / autoritário. Neste caso há a imposição das normas com a explicação das mesmas; há o diálogo e não barganhas, sempre observando os limites legais. A autoridade e o poder permanecem nas mãos da instituição como um todo e não de uma das equipes e nem dos adolescentes. A pedagogia e as técnicas têm seus relatórios como ferramenta coercitiva; os professores as notas e a equipe de segurança as sanções legais previamente apresentadas aos internos. A manutenção da ordem e a educação são tarefas de responsabilidade comum a todos os setores.

Este sistema tem como principais efeitos a diminuição do número de conflitos entre a instituição e os adolescentes e na intensidade dos mesmos; dos relatos e denúncias de maus-tratos e abuso de poder; e a melhoria do relacionamento entre equipes e entre estas e os internos. Pelos fatores mencionados o mesmo

é tido como sistema mais próximo ao ideal. Somente uma das cinco unidades do complexo se aproxima deste modelo: a unidade 22. Este sistema vai ao encontro do que observa Winnicott: “Se é preciso haver um ambiente rigoroso, estão que seja coerente, confiável e justo, para que possa ter valor positivo” (WINNICOTT, 2005, p.207).

2.2.2 Interno

Em algumas unidades (27, 28, 37 e 38) os internos possuem uma hierarquia própria descrita pelo pesquisador Mauricio Bacic Olic² no seguinte trecho:

(...) nesta época que passa a ser comum no interior de muitas Unidades costumes e nomes antes inexistentes; se antes já havia a figura do líder, agora ele passa a ser o *voz*, é aquele que passa a caminhada para os demais (é o grande representante dos internos); entre ele e a *população* surgem novos atores que passam a ocupar esta posição “intermediária”, como é o caso dos *faxinas* – que são aqueles responsáveis pelo funcionamento das diferentes atividades no interior da “casa” (são responsáveis em organizar a limpeza, servir o almoço) –, e dos *disciplinas*, cuja função consiste em intermediar relações de conflito entre os adolescentes (são eles também que controlam e disciplinam a presença dos adolescentes nas atividades pedagógicas, cursos e na escola formal). (OLIC, 2008, p. 11)

Aqui nos interessa em especial a figura do disciplina. Ele é o agente interno de controle – o encarregado de manter as regras determinadas pelo que poderíamos chamar de comando interno (lideranças) detendo o poder, inclusive, de punir os infratores de acordo com sua vontade, ou, se a infração for grave, conforme a decisão da liderança.

É importante salientar que apesar dos termos serem empregados no singular, não é incomum a concorrência de dois ou mais internos exercendo a mesma função. O

chamado *voz*, ao contrário do que pode parecer, nem sempre é a liderança da unidade. Foram observados casos em que os vozes eram apenas *laranjas* que encobriam a verdadeira liderança que, como nas outras funções, pode ser exercida por mais de um adolescente, ainda que exista sempre um que, em determinado momento, se sobressaia.

A hierarquia interna dos adolescentes é um fenômeno extremamente comum nas unidades que se utilizam do sistema de barganha e pode aparecer – apesar de ser fortemente combatida pela instituição – no sistema misto; porém, nunca ocorrerá no sistema de controle institucional absoluto denominado autoritário.

2.3 O cotidiano nas unidades – *Costumes da sociedade selvagem*

De um modo geral as atividades nas unidades de internação da Fundação Casa funcionam primordialmente em dois períodos: em um há a escola formal e no outro as atividades pedagógicas, cursos profissionalizantes e o atendimento técnico. Atualmente há uma tendência que vem se intensificando: a divisão da unidade em ao menos dois grupos (alas) com a manutenção de todas as referidas atividades nos dois períodos, ou seja, enquanto metade da unidade assiste às aulas da escola formal a outra metade realiza os cursos, atendimentos e trabalhos pedagógicos.

Num dia normal, em unidades que adotam o sistema de controle autoritário ou o misto (UI 22, 27 e 28) todos os adolescentes acordam (por volta das 06:00), realizam sua higiene pessoal, tomam o café da manhã, vão para a aula (por volta das 07:30) que pode ser da escola formal ou dos cursos, tomam um lanche, retornam para suas atividades, almoçam; voltam às aulas (por volta das 13:00) agora invertendo cursos ou escola formal, lancham, regressam para suas atividades pedagógicas e/ou profissionalizantes que se encerram às 18 horas, jantam, realizam a higienização novamente e dormem.

No caso da unidade 38, por estar ainda no início do processo de controle por meio dos acordos ou barganha (saindo do modelo

² Pós-Graduando em Ciências Sociais pela PUC – SP, e professor de História da Fundação CASA

autoritário), os horários permanecem praticamente os mesmos, porém, com uma maior incerteza e volatilidade com relação a realização das tarefas, havendo atrasos e cancelamentos das atividades. Até pela falta de funcionários os processos de transição entre uma área e outra da unidade são mais lentos e os atrasos mais frequentes.

Já no caso da unidade 37, que está no final do processo de barganha, ou seja, já não há mais onde ou no que ceder e grande parte da equipe de segurança sequer adentra ao pátio, os horários são mantidos e regulados pelos próprios internos o que impossibilita a análise dos mesmos (dada sua inconstância).

É importante frisar que a tendência de se separar a unidade em módulos vem no sentido de possibilitar um maior controle por parte dos funcionários em relação aos internos já que são trabalhados grupos menores em espaços físicos distintos. Se deste ponto de vista esta mudança tem se mostrado relativamente eficaz, do ponto de vista da logística das atividades, nem tanto, dado o tempo de transição de um local ao outro.

3. O Sistema institucional punitivo - *O crime primitivo e seu castigo*

Se impropriamente comparássemos o diretor da Unidade ao Chefe tribal, poderíamos dizer que seus coordenadores de pátio seriam os feiticeiros e que a equipe de segurança, a magia negra. Isto, pois assim como ocorria com os malineses, os coordenadores normalmente estão a serviço do diretor, porém, não chega a ser incomum que estes trabalhem obscuramente contra aqueles.

Um exemplo clássico (mas de forma alguma único) ocorreu na UI 38 na qual um dos coordenadores quebrou o registro do encanamento central (na posição fechada) para que os internos se revoltassem e se rebelassem; o que provavelmente causaria a mudança na direção que já estava bastante enfraquecida.

E da mesma forma que a magia negra é utilizada para cumprir as regras da lei tribal, os funcionários de pátio também o são. Neste intuito são utilizados dos mais variados métodos coercitivos que vão desde a repreensão verbal (advertência) até castigos

físicos assemelhados a tortura, passando pelo isolamento nos quartos (tranca).

Na unidade 27 e 28 inúmeras foram as denúncias de violência física cometidas por funcionários de pátio contra internos. Numa delas, após encerrada uma rebelião, um professor que carregava seu aluno foi atingido por um chute endereçado a cabeça (do aluno) dado por um funcionário. A UI 38 também teve um considerável número de denúncias em determinado período e na 37, após rebeliões, era uma prática comum, uma espécie de desforra dos funcionários de pátio. A UI 22 é, do Complexo, a que menos problemas neste sentido apresenta e apresentou ao longo de sua existência.

4. Conclusão

Como se vê, apesar da existência de um regimento interno e de normas legais de caráter protetivo, a observância destas é relativa ao momento e às pessoas que integram as equipes e a violência constituía prática comum e reiterada para garantir o sistema de controle vigente.

Da mesma forma, a punição depende das pessoas envolvidas: não há um padrão, uma quantidade ou espécie de punição previamente determinada – só há a expectativa de punição.

Desta sorte, a sociedade que se forma no interior das unidades de internação não é tão distinta daquela analisada por Malinowski e considerada por muitos como bárbara/atrásada.

Em última análise, a lei é secundária ou irrelevante quando não há fiscalização ou quando a mesma é realizada por pessoas pouco qualificadas que pouco ou nada conhecem da realidade daqueles adolescentes ou mesmo da instituição. No fim, ao adolescente que comete ato infracional e que tem a medida socioeducativa indicada pelo juiz, cabe contar com a sorte e com a sua capacidades de sociabilização, já que a lei, dentro da unidade, pode não ser o suficiente para resguardá-lo³.

3 Não obstante é importante asseverar que atualmente as denúncias tem ocorrido de forma bastante diminuta e que a observação da utilização da violência - também, o que nos leva a crer que tais práticas estejam sendo empregadas de forma menos habitual.

REFERÊNCIAS

- C.A.S.A. Apresenta dados estatísticos sobre o centro de apoio social ao adolescente. Disponível em <<http://www.febem.sp.gov.br/site/home.php>>. Acesso em: 02 de Maio de 2007.
- MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime e costume na sociedade selvagem**. Brasília/ São Paulo: Ed. UnB/ Imprensa Oficial do Estado, 2003.
- OLIC, Mauricio B. **A CASA está na mão de quem? : hierarquia e relações de poder no interior de Unidades de Internação destinadas a jovens infratores**. Artigo não publicado, 2008.
- WINNICOTT, Donald W. **Privação e Delinquência**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005

RESUMO

Trata-se de trabalho que analisa os modernos crimes, praticados por meio de computadores, ou contra computadores, dados e sistemas computacionais. Busca-se avaliar o que existe hoje no ordenamento jurídico pátrio que permita a punição do infrator. Mas, mais do que isso, procura avaliar o projeto de lei atualmente em trâmite no Congresso Nacional Brasileiro que pretende inserir no Código Penal, bem como em leis extravagantes, condutas típicas que respondam aos modernos ataques, possibilitando a subsunção de fatos que hoje ficam sem punição, para que não se viole o princípio da legalidade, de extrema importância no Direito Penal moderno.

Palavras-chave: Crimes Informáticos. Projeto de Lei 76/00.

ABSTRACT

This is a work that examines the modern crimes committed by means of computers, or against computers, computer systems and data. We seek to evaluate what are today the national criminal laws that permit the punishment of the offender. But more than that, it seeks to assess the bill currently pending in Brazilian Congress who wants to enter the Brazilian Penal Code, as well as extravagant laws, typical behaviors that respond to modern attacks, allowing the subsumption of facts that are today without punishment, lest they don't violate the principle of legality, of paramount importance in modern criminal law.

Keywords: Computer Crimes. Bill 76/00.

* Advogada, Especialista em Direito Penal, Mestre em Direito na Sociedade da Informação, Professora Universitária.

1. Introdução

Este estudo tem por escopo tratar dos crimes que acompanham a evolução tecnológica. Trata-se dos crimes informáticos, virtuais, cibernéticos, ou qualquer outra designação que se pretenda dar.

Buscaremos, antes de mais nada, dar um panorama geral do que seria a internet e qual a sua importância para a atual sociedade, já que se trata do meio onde ocorrem as mais variadas condutas ilícitas, como transferência de valores, crimes contra a honra, sabotagem, entre outros.

Ingressando especificamente no tema proposto, traremos alguns conceitos de crimes informáticos, bem como as diferentes classificações propostas.

Traremos, também, algumas questões que apresentam dificuldades para a punição desses crimes, especialmente com relação à identificação do sujeito ativo, ao tempo e ao local do crime e à competência.

Por fim, traremos as alterações na legislação atualmente em vigor pretendidas pelo Projeto de Lei do Senado Federal n. 76/00, que busca tipificar o que denomina de crimes virtuais.

2. Internet

Não podemos ingressar no tema “cibercrimes” ou crimes informáticos, sem antes trazer, ao menos, noções acerca da internet. É o que passamos, inicialmente, a fazer.

A internet é o meio de comunicação mais significativo da atual sociedade, por alguns denominada “Sociedade da Informação” ou “Sociedade do Conhecimento” ou “Sociedade Virtual”, entre outras designações.

O surgimento da internet deu-se nos anos 60, nos Estados Unidos, a partir de uma estratégia militar, foi o início da Era da Informação¹. A idéia de rede interligada surgiu para proteger computadores do governo norte-americano após um ataque nuclear, sendo

¹ Manuel Castells. **A Sociedade em Rede volume 1 – A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura: inclusão e exclusão**, p. 82.

certo que até o surgimento da Rede Minitel, na França, a internet era utilizada apenas nas áreas militar e universitária, quando passou a ser utilizada também para o comércio².

No conceito trazido pelo Ministério da Ciência e Tecnologia do Brasil, internet é um “*sistema de redes de computadores – uma rede de redes – que pode ser utilizado por qualquer pessoa, em qualquer parte do mundo, onde haja um ponto de acesso, e que oferece um amplo leque de serviços básicos, tais como correio eletrônico, acesso livre ou autorizado a informações em diversos formatos digitais, transferência de arquivos*”³.

Faz parte da internet a teia global, conhecida como ‘www’ – World Wide Web, que nada mais é que um “*enorme conjunto de documentos e serviços...organizados em forma de páginas de hipertexto, em que cada página é identificada por um URL*”⁴ (grifos do autor).

Nos dizeres de Marco Antonio Zanellato, a internet é “*uma cadeia mundial de redes de computadores públicos ou privados, ligados uns aos outros por equipamentos informáticos heterogêneos e que fornecem os mais variados serviços*”⁵. Para ele, são três os elementos que caracterizam a internet: “(a) é uma cadeia de redes (réseau de réseaux); (b) em escala mundial; (c) cujos equipamentos informáticos expressam a mesma linguagem e utilizam as mesmas técnicas para fazer circular a informação”⁶.

Este conceito de internet como um conjunto de redes interligadas surgiu apenas na década de 80, quando foi estabelecido o padrão IP/TCP⁷, que significa protocolo de internet e protocolo de controle de transmissão⁸.

A internet é fruto da evolução tecnológica proporcionada pela sociedade de massa, sendo certo que as informações são passadas para um número absolutamente

² Augusto Eduardo de Souza Rossini. **Brevíssimas Considerações sobre Delitos Informáticos**, pp. 133-134.

³ BRASIL. MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA, Livro Verde, p. 171.

⁴ Ibidem, p. 178.

⁵ **Condutas Ilícitas na Sociedade Digital**, pp. 169-170.

⁶ Ibidem, pp. 169-171.

⁷ Augusto Eduardo de Souza Rossini, op. cit., p. 134.

⁸ BRASIL. MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA, op., cit., p. 176.

indeterminado de pessoas em curtos espaços de tempo. Mas não é só. Além de facilitar a comunicação entre as pessoas e possibilitar a disseminação rápida de informações, a internet ainda facilita muito a vida de quem possui acesso a um computador a ela conectado.

Hoje é possível que o indivíduo, sem sair de casa, troque correspondências, arquivos, idéias, comunique-se em tempo real, faça pesquisas, utilize serviços e compre produtos⁹. Existem, inclusive, diversos serviços estatais que são prestados pela internet. É possível, por exemplo, inscrever-se na Previdência Social pela internet, além de muitas outras facilidades que a internet oferece para o cotidiano do ser humano.

Assim, é a internet uma rede mundial de computadores, que facilita ao extremo o relacionamento entre diversas pessoas, físicas ou jurídicas, seja no sentido pessoal ou comercial.

Fato é que a internet permite a rápida comunicação, envio de mensagens e arquivos, transmissão de textos, ofertas de produtos ou serviços, compras, pesquisas etc., mas também permite a prática de condutas ilícitas, pois, como não poderia ser diferente, tudo aquilo que surge para facilitar a vida e a convivência humana, também é acompanhado de práticas contrárias ao Direito.

3. O Surgimento de Novos Bens Jurídicos na Nova Sociedade

Desde que o mundo é mundo, todo avanço social vem acompanhado de prejuízos, e na Sociedade da Informação, com a intensificação do uso da internet, não poderia ser diferente.

A transmissão de dados via internet não é totalmente segura. São freqüentes as notícias que se tem a respeito de invasores da rede, que conseguem acessar dados pessoais das pessoas, com os mais variados objetivos, colocando em risco a transmissão de informações.

Não é outro o entendimento de Liliana Minardi Paesani, ao afirmar:

a questão que levanta maior polêmica é, sem dúvida, a circulação internacional de informações. A circulação dos antecedentes, idéias e fundamentos constitui o fenômeno conhecido pelo nome de ‘fluxo de dados transfronteiras’, que tem provocado a preocupação das grandes organizações internacionais. Na busca das mais várias soluções, tentam proteger primeiramente as idéias e antecedentes de caráter pessoal e, em seguida, os problemas jurídicos ligados a questões econômicas importantes¹⁰.

Ainda para a autora, a informação tornou-se um novo bem jurídico, que deve ser tutelado pelo Direito, são as suas palavras:

a informação, para poder ser valorada e valorizada, é submetida a tratamentos sofisticados. Pode ser guardada, manipulada como um objeto, cedida ou até subtraída ilicitamente [...] A problemática relacionada ao uso, lícito ou ilícito da informação e da Informática, sua difusão e circulação, tem levantado problemas e questões novas à luz do Direito: são problemas a que os juristas, inicialmente reticentes, não puderam omitir-se, dada a relevância econômica e social do fenômeno¹¹.

Observamos, portanto, que na nova sociedade surgem questões até então não reguladas pelo Direito, mas que não podem ser ignoradas, tendo em vista que a disseminação da internet provocou profundas mudanças em todos os ramos do Direito, não apenas com relação às informações.

Assim, no novo contexto social, a informação adquire um valor importante, da mesma forma que os demais instrumentos e bens informáticos. Segundo Marco Antonio Zanellato, trata-se do conceito de valor agregado, já que “os bens informáticos não valem pelo que eles são, mas sim pelo valor que eles adicionam à vida de alguém, de uma

⁹ Marco Antonio Zanellato, op. cit., pp. 169-171.

¹⁰ Direito de Informática. Comercialização e Desenvolvimento Internacional do Software, p. 32.

¹¹ Ibidem, p. 26.

empresa, do Poder Público, etc. Ou seja, o valor está atrelado à utilidade agregada, que se adiciona ao processo”¹².

Na seara do Direito Penal, o uso da internet veio acompanhado de diversas condutas capazes de causar lesões aos mais diversos bens jurídicos. Nesse sentido, conforme lembra Alexandre Jean Daoun, “os benefícios da modernidade e celeridade alcançados com a rede mundial trazem, na mesma proporção, a prática de ilícitos penais que vêm confundindo não só as vítimas como também os responsáveis pela persecução penal”¹³.

Em vista disso, surgem diversas discussões a respeito da possibilidade ou não de se amoldarem as condutas praticadas no meio virtual aos tipos penais já existentes. Com relação àquelas condutas que não se amoldam, não há que se falar em punição, o que violaria o princípio da legalidade.

Assim, surgem diversos projetos de lei buscando tratar da matéria, trazendo a tipificação de delitos praticados no ambiente virtual. Trataremos de um projeto de lei em específico, que pretende a tipificação de diversas condutas, que denomina como “crimes virtuais”.

Antes de adentrarmos na análise deste projeto, importante trazer alguns conceitos básicos para que se compreenda o conceito desta nova modalidade delitiva.

4. Crimes Informáticos

Inicialmente, ressaltamos que, apesar de inúmeras ocorrências envolvendo atividades ilícitas pela internet, ainda não se chegou a um consenso a respeito do conceito de delito informático. A própria denominação que se confere a essa espécie de crime não é uniforme, há quem fale em criminalidade mediante computadores, criminalidade do computador, delito informático, criminalidade da informática, delitos cibernéticos, cibercrimes, entre outros. Entretanto, a denominação “delitos informáticos” é mais abrangente, incluindo todas as condutas

praticadas a partir de sistemas informáticos, seria, na verdade, o gênero, enquanto os demais, como o delito cibernético, seriam espécies¹⁴.

Para Augusto Eduardo de Souza Rossini, o melhor conceito de delito informático é o da Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas, que assim o define: “o crime de informática é qualquer conduta ilegal não ética, ou não autorizada, que envolva processamento automático de dados e/ou transmissão de dados”¹⁵.

Vale trazer à baila o conceito de crime de computador nas palavras de Paulo Marco Ferreira Lima:

[...] temos que crimes de computador são qualquer conduta humana (omissiva ou comissiva) típica, antijurídica e culpável, em que a máquina computadorizada tenha sido utilizada e, de alguma forma, facilitado de sobremodo a execução ou a consumação da figura delituosa, ainda que cause um prejuízo a pessoas sem que necessariamente se beneficie o autor ou que, pelo contrário, produza um benefício ilícito a seu autor, embora não prejudique a vítima de forma direta ou indireta¹⁶.

Já para Carla Rodrigues Araújo de Castro:

Crime de informática é aquele praticado contra o sistema de informática ou através deste, compreendendo os crimes praticados contra o computador e seus acessórios e perpetrados através do computador. Inclui-se neste conceito os delitos praticados através da Internet, pois pressuposto para acessar a rede é a utilização de um computador. Tal qual a nomenclatura, o conceito de crime de informática também não é uniforme. Para Ivette Senise Ferreira, crime de

¹² Condutas Ilícitas na Sociedade Digital, p. 167.

¹³ Os novos crimes de informática. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1827>>. Acesso em 08 de outubro de 2006.

¹⁴ Augusto Eduardo de Souza Rossini, op. cit., pp. 137-138.

¹⁵ Ibidem, p. 139.

¹⁶ Crimes de Computador e Segurança Computacional, p. 31.

informática é toda ação típica, antijurídica e culpável contra ou pela utilização de processamento automático e/ou eletrônico de dados ou sua transmissão¹⁷.

Quando essas condutas podem ser subsumidas a um tipo penal existem na legislação pátria, não encontramos qualquer problema. É possível enquadrarmos um crime no Código Penal ou em leis extravagantes quando a internet é apenas seu meio de execução. Estes são os crimes eletrônicos, crimes da internet, crimes digitais, crimes cibernéticos ou *cybercrimes*, como, por exemplo, a exposição na internet de fotografias pornográficas envolvendo menores, que se subsume ao artigo 241, do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou a publicação não autorizada de textos em um site, que se enquadra no artigo 184, do Código Penal¹⁸.

Diversos crimes podem ser praticados a partir da internet, que nada mais é que o meio utilizado para a sua execução. Como ocorre na hipótese de crimes contra a honra, crime de ameaça, violação de comunicações, entre outros. Nestas hipóteses o agente pode enviar mensagens eletrônicas para a vítima ameaçando-a ou injuriando-a, ou para terceiros, caluniando ou difamando o ofendido. Em outras palavras, quando o meio executório para a prática do delito é escrito ou alguma forma de divulgação, é possível a utilização da internet para a sua prática.

Apenas a título de exemplo, a internet pode até ser utilizada para a prática de um crime de homicídio doloso, caso o agente, por exemplo, intencionalmente, interfira na programação de um aparelho em funcionamento na unidade de terapia intensiva (UTI), desligando-o e causando a morte do paciente¹⁹.

O problema aparece quando a conduta praticada não encontra tipificação legal, vez que lesiona o bem informação, cuja proteção jurídico-penal é reclamada pela sociedade atual, conforme já ressaltado. Tais práticas, conhecidas como crimes informáticos puros,

não encontram correspondência na legislação penal pátria²⁰.

5. Classificação dos Crimes Envolvendo Computadores

Alguns estudiosos propõem classificações dos crimes praticados por meio de computadores, utilizando ou não a internet, sendo as mais importantes aquelas que consideram o crime informático como de meio, método ou fim e que os dividem em puros e mistos, conforme se verá adiante.

Conforme Augusto Eduardo de Souza Rossini os delitos informáticos puros ocorrem quando o agente visa especificamente ao sistema de informática, ou seja, *software*, *hardware*, dados e sistemas e meios de armazenamento, nesta hipótese a conduta visa somente ao sistema informático da vítima. Como exemplos, podem ser citadas as condutas dos *hackers* e *crackers* e as violações ao *software*.

Já os delitos informáticos mistos são aqueles em que o computador é mera ferramenta para a ofensa a outros bens jurídicos que não sejam do sistema de informática. Como exemplo, podemos citar o estelionato, a ameaça, os crimes contra a honra, o homicídio (a partir da mudança pela internet de rotas de aviões, entre outros)²¹.

Seguindo essa mesma linha de bem jurídico lesionado, Mário Furlaneto Neto e José Augusto Chaves Guimarães trazem os crimes informáticos puros, mistos e comuns²². No crime informático puro o objeto do crime é apenas o sistema de computador, seria um atentado físico ou técnico ao equipamento e seus componentes, incluindo dados, sistemas, *softwares* e *hardwares*. Já no crime informático misto o uso da internet é condição sem a qual a conduta criminosa não se efetiva, mas cujo bem jurídico não é o informático, seria a hipótese da transferência ilícita de valores em uma *homebanking*. Por fim, o crime informático comum é aquele em que a internet é apenas o meio executório para a prática de um crime previsto na legislação

¹⁷ Crimes de Informática e seus Aspectos Processuais, p. 9.

¹⁸ Rodrigo Guimarães Colares, op. cit.

¹⁹ Mário Furlaneto Neto; José Augusto Chaves Guimarães, op. cit., p. 71.

²⁰ Rodrigo Guimarães Colares, op. cit.

²¹ Op. cit.

²² Op. cit., p. 69.

penal, é o caso da divulgação em sites de fotografias pornográficas envolvendo crianças e adolescentes, que tipifica o delito previsto no artigo 241, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Outra classificação dos crimes virtuais leva em consideração se o uso da tecnologia informática é método, meio ou fim da atividade criminosa. Na verdade, essa classificação segue a mesma linha daquela que divide os crimes informáticos em puros e mistos, apenas alterando sua denominação. O crime informático será tido como de método quando o agente utilizar a tecnologia eletrônica para a obtenção de um resultado ilícito; serão de meio quando a tecnologia for o meio de execução da conduta criminosa; e serão de fim quando as condutas forem dirigidas contra a entidade física do objeto ou máquina eletrônica ou seu material, com o objetivo de danificá-lo²³.

Em outras palavras, o crime informático será crime meio quando praticado em ambiente virtual para se chegar ao crime fim, que pode ser um crime de furto, estelionato, entre outros. A internet é o meio que facilita a prática do crime, como nos casos de transferência de quantias em dinheiro para as contas de criminosos. Nesta hipótese, estamos diante dos crimes praticados com o computador, ou seja, crimes comuns em que o computador funciona apenas como meio.

O crime informático será de fim quando praticado contra o computador, ou seja, contra as informações e programas nele contidos, nesta hipótese o computador é o objeto do crime²⁴. Os atos do agente são praticados contra um sistema de informática, por qualquer motivo que seja, são ações que atentam contra o próprio material informático, como suportes lógicos ou dados dos computadores.

Paulo Marco Ferreira Lima traz a classificação dos crimes de computador segundo a proposta de Ulrich Sieber²⁵:

1. Crimes econômicos, que incluem: fraude por manipulação de um computador contra um sistema de processamento de dados;

espionagem informática; furto de tempo; intrusão de sistemas; ofensas tradicionais;

2. Ofensas aos direitos individuais, consistentes em: uso incorreto de informação; obtenção ilegal de dados e posterior arquivo das informações; revelação ilegal e mau uso de informações; dificultar a distinção da obtenção, arquivamento ou revelação de dados; e

3. Ofensa aos direitos supra-individuais, que seriam: ofensas contra interesses estaduais e políticos; ofensas contra a integridade humana.

Ainda Paulo Marco Ferreira Lima traz outra classificação, agora com base em Marc Jeager, que denomina tais crimes com fraude informática²⁶:

1. Fraudes propriamente ditas, envolvendo: fraudes da matéria corporal ou dos *hardwares*; fraudes no nível do *input* de dados; fraudes no nível do tratamento dos programas e dados; fraude no nível do *output* de dados; e

2. Atentados à vida privada.

6. Alguns Tipos de Condutas

São diversas as ações ilícitas que podem ser praticadas no meio virtual.

A Organização das Nações Unidas, no Oitavo Congresso sobre Prevenção de Delito e Justiça Penal, realizado em Havana, em 1990, publicou uma relação com os seguintes crimes informáticos: fraudes cometidas mediante manipulação de computadores (com manipulação de dados de entrada ou saída, ou de programas de informática); falsificações informáticas (alteração de documentos computadorizados, uso do computador para falsificação de documentos); danos ou modificações de programas ou dados computadorizados (criação de vírus para aderir a programas legítimos e propagar-se a outros programas informáticos; gusanos, semelhantes ao vírus, mas para se infiltrar em programas de dados para modificá-lo ou destruí-lo, sem regenerar-se; bomba lógica ou cronológica, para destruição ou modificação de dados em momento futuro; acesso não autorizado a sistemas de serviços, incluindo sabotagem e

²³ Ibidem, p. 70.

²⁴ Ibidem, p. 69.

²⁵ Op. cit., pp. 36-40.

²⁶ Op. cit., pp. 40-41.

espionagem informáticas; *hackers*, que se aproveitam das falhas nos sistemas de segurança para terem acesso a programas e órgãos de informações; reprodução não autorizada de *softwares*)²⁷.

No Décimo Congresso sobre Prevenção de Delito e Tratamento do Delinquente, realizado em Viena, em 2000, a Organização das Nações Unidas relacionou outros tipos de delitos, como a espionagem industrial, para descoberta de segredos comerciais, técnicas e estratégias; sabotagem de sistemas; sabotagem e vandalismo de dados; pesca ou averiguação de senhas secretas; estratagemas, para buscar acesso a sistemas geralmente restritos; pornografia infantil; jogos de azar; fraudes, especialmente contra consumidores; lavagem de dinheiro, sendo o comércio eletrônico novo meio pra transferência eletrônica de valores e mercadorias²⁸.

Marco Antonio Zanellato relaciona algumas práticas ilícitas costumeiras na internet. Traremos algumas delas na seqüência.

A primeira delas refere-se aos chamados *cookies*, que registram as informações prestadas pelo usuário, bem como todos os cliques que ele faz num determinado site, prática essa normalmente utilizada por sites de comércio, para que conheçam os gostos de seus usuários. O problema surge quando esses *cookies* passam a ser utilizados por espiões, ou quando é utilizado sem controle e conhecimento do usuário, ou, ainda, quando essas informações são vendidas a outras empresas sem o consentimento do usuário²⁹.

Já os “*spywares* são programas espiões que enviam informações do computador do usuário da rede para desconhecidos”³⁰. A diferença entre os *spywares* e os *cookies* consiste no fato de que estes são plantados por um *website*, enquanto que aqueles são introduzidos por um programa *freeware*, na verdade eles roubam as informações do computador do usuário. Normalmente o usuário instala o programa sem nem saber do que se trata e, a partir daí, o programa obtém

informações que estão no computador ou que passam por ele, como as digitadas no teclado³¹.

Há, também, os *spammings*, que consistem no envio de mensagens eletrônicas, especialmente publicitárias, não solicitadas, os *spams*. O problema dessas mensagens, além de serem enviadas sem solicitação do destinatário, é que enchem a caixa eletrônica do usuário, além de envolverem práticas desleais e comércio incontrolado de informação.³².

Outro problema que se verifica com relação aos *spams*, é a invasão da privacidade do usuário da internet, já que

os *spammers*, com suas baterias de e-mails indesejados, costumam usar um truque sujo para acompanhar os passos das pessoas na rede. Eles anexam um *cookie* com um número único aos e-mails em HTML e, a partir daí, espionam clique por clique dos destinatários, sem que eles sequer desconfiem do que está acontecendo. Para ter uma idéia do alcance desse perigo, basta dizer que listas brasileiras com 100.000 endereços de e-mails são oferecidos pela internet, a qualquer pessoa, por 50 reais³³ (grifos do autor).

Nos Estados Unidos, o *Can-Spam Act* prevê o crime de enviar por correio eletrônico mensagem comercial com informação falsa ou enganosa. No Brasil, essa prática pode ser enquadrada no artigo 67 do Código de Defesa do Consumidor³⁴. Em 2002 foi apresentado pelo deputado Ivan Paixão o Projeto de Lei n. 6.210/02, trazendo limitações ao envio de *spams*³⁵.

Outra prática indevida e muito utilizada na internet consiste nos *hoaxes*, que é o envio de e-mails de conteúdo alarmante ou falso, normalmente constando como remetentes empresas importantes ou órgãos governamentais, na maioria das vezes acompanhadas de vírus. O objetivo dessas

²⁷ Mário Furlaneto Neto; José Augusto Chaves Guimarães, op. cit., pp. 70-71.

²⁸ Ibidem, p. 71.

²⁹ Marco Antonio Zanellato, op. cit., pp 171-184.

³⁰ Ibidem, p. 187.

³¹ Ibidem, mesma página.

³² Ibidem, pp. 189-190.

³³ Ibidem, p. 192.

³⁴ Ibidem, p. 197.

³⁵ Ibidem, pp. 201-202.

mensagens é alarmar a população, espalhando desinformação³⁶.

Outra espécie de programa espião é o *sniffer*, parecido com os *spywares*. Trata-se de um programa rastreador, usado para penetrar no *hardware* de computadores conectados à internet, objetivando a busca de determinado tipo de informação, é um verdadeiro atentado à privacidade dos usuários da rede³⁷.

O cavalo de tróia também é um programa espião e, uma vez instalado no computador, permite o “roubo” de informações, arquivos e senhas do usuário. Normalmente o usuário recebe e-mails com o arquivo anexado e, quando abre o arquivo, instala-se o cavalo de tróia no computador do usuário e

na maioria das vezes, tal programa ilícito vai possibilitar aos hackers o controle total de sua máquina. Poderá ver e copiar todos os arquivos do usuário, descobrir todas as senhas que ele digitar, formatar seu disco rígido, ver a sua tela e até mesmo ouvir sua voz se o computador tiver um microfone instalado. É um verdadeiro procedimento de invasão informática³⁸.

Producem danos semelhantes ao cavalo de tróia os *backdoors*, programas que podem ser abertos em razão de defeitos de fabricação ou falhas no projeto dos programas, o que pode ser accidental ou proposital³⁹.

Já os vírus, podem ser espalhados de diversas maneiras, a partir da instalação de programas de procedência duvidosa, com a utilização de disquetes ou CDs infectados, com a abertura de arquivos, entre outros. Os vírus podem destruir totalmente os programas e arquivos do computador, podendo exercer controle total sobre a máquina. O vírus pode permanecer encubado, reproduzindo e infectando outros computadores, até que um evento qualquer seja capaz de acordá-lo, o que normalmente ocorre em uma data específica⁴⁰.

De acordo com Carla Rodrigues Araújo de Castro:

Vírus é um programa estranho ao sistema do computador capaz de copiar e instalar cópias a si próprio, resultando na realização de tarefas não solicitadas e destruindo arquivos e seus correspondentes dados. Ao lado dos vírus existem os *worm* e *trojans*. *Worms* são programas que se propagam de um sistema para o outro sem a interferência do usuário infectado, dividem-se em: *worm* de Internet e *worm* de IRC. O *worm* destrói diversos arquivos do computador. Por fim, os *trojans*, também chamados de *cavalos de tróia* ou *backdoors*, são programas enviados para computador alheio associados a uma música, desenho ou piada⁴¹.

O objetivo dos vírus é destruir arquivos. Diante da falta de previsão legal desta figura criminosa, a conduta somente poderá ser punida se a destruição dos arquivos implicar em um prejuízo econômico para a vítima⁴².

Vale ressaltar que a grande maioria das condutas praticadas por meio de computador, utilizando-se ou não a internet, além dessas acima explicitadas, não encontram qualquer correspondência na atual legislação, impedindo a punição dos criminosos.

Por exemplo, há condutas voltadas contra um determinado computador que visam a tomar conhecimento de todos os dados e informações nele constantes, sejam eles de qualquer natureza. Se tais informações puderem ser apreciadas economicamente, ou seja, se possuírem um valor de mercado, poderá restar tipificado o crime de furto.

Entretanto, caso os arquivos que o agente venha a subtrair não possuam valor econômico, a conduta restará impune. É o caso daquele que invade o computador de um usuário e subtrai-lhe diversos arquivos, como trabalhos de faculdade, fotografias, enfim, diversos arquivos pessoais, sem qualquer conteúdo econômico. Nesse sentido também é o entendimento de Carla Rodrigues Araújo de Castro quando afirma que “para a

³⁶ Ibidem, pp. 202-203.

³⁷ Ibidem, p. 203.

³⁸ Ibidem, p. 204.

³⁹ Ibidem, p. 205.

⁴⁰ Ibidem, p. 206.

⁴¹ Op. cit., pp. 27-28.

⁴² Op. cit., p. 28.

configuração do delito é necessário que o objeto subtraído possua valor econômico. Assim, se o agente subtrai arquivo sem valor, como, por exemplo, uma foto de família, não haverá crime”⁴³.

Com relação à transferência ilícita de valores, a partir da manipulação de dados eletrônicos, Paulo Marco Ferreira Lima defende que esta conduta não se enquadra nem no crime de furto mediante fraude nem no crime de estelionato. E isso porque, para que haja a fraude, em uma ou outra hipótese, é necessário que a vítima seja enganada, e a fraude, no caso, é contra máquinas mecânicas ou informáticas, que não podem ser enganadas. Somente as pessoas podem ser enganadas⁴⁴. Nas palavras do autor:

[...] o engano é um estado psicológico consistente em uma representação mental que não responde à realidade; resulta impensado aceitar a possibilidade desta representação mental equivocada em uma máquina. É que não podem ser enganados aqueles que carecem de capacidade de equivocar-se: que não é capaz de conhecer, não é capaz de errar, em tal direção, como uma máquina carece do sentido da realidade, impossível é afirmar que atua em forma errônea por ação do sujeito ativo⁴⁵.

7. Sujeito Ativo

É importante mencionar as diferenças entre as diversas espécies de sujeitos ativos nos crimes informáticos. A designação comum dos sujeitos ativos refere-se a *hacker*, *cracker*, *lamer*, *pheakers*, *cardes* e *cyberterrorists*.

Muito se confunde entre as figuras do *hacker* e do *cracker*, havendo, inclusive, situações em que se trocam esses termos.

Segundo Marco Antonio Zanellato,

cabe fazer uma distinção entre *hacker* e *cracker*, ao menos para efeito de repressão penal de suas condutas, na medida em que as dos primeiros seriam menos nocivas

do que as do segundo, de modo a merecerem tratamento legal diferenciado...Os *crackers* dirigem suas ações, habitualmente, à destruição de sistemas informáticos, inserindo neles vírus, *Cavalos de Tróia*, *sniffers*, *spywares* etc. São, portanto, mais perigosos do que os *hackers* ou meros intrusos informáticos⁴⁶ (grifos do autor).

O *hacker* é aquele que possui alta habilidade técnica para lidar com sistemas de computação ou comunicações em rede; enquanto que o *cracker*, ou pirata digital, é o especialista em sistemas informatizados que invade sistemas alheios, sem autorização⁴⁷.

Como bem lembra Marco Antonio de Barros, a denominação *hacker*, em inglês, significa “fuçador”⁴⁸. E, realmente, sua intenção é apenas fuçar em determinado sistema.

Os invasores reúnem-se e tiram proveito de várias máquinas comprometidas. Os *hackers* tiram proveito de redes e sistemas operacionais vulneráveis⁴⁹.

Nos dizeres de Paulo Marco Ferreira Lima, “Os hackers são, em regra, invasores dos sistemas eletrônicos que, por espírito de emulação, estariam desafiando seus próprios conhecimentos técnicos e a segurança de sistemas informatizados de grandes companhias e organizações governamentais”,⁵⁰ (grifos do autor).

Os *crackers*, por sua vez, “adulteram programas e dados, furtam informações, valores e praticam atos de destruição deliberada. São os autores das grandes fraudes eletrônicas, causando expressivos prejuízos a vários usuários, instituições e, enfim, toda a coletividade”⁵¹.

Já o *lamer*, que também possui conhecimentos em informática, mas não tão

⁴⁶ Ibidem, p. 208.

⁴⁷ BRASIL. MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA, op. cit., p. 168.

⁴⁸ Tutela Punitiva Tecnológica, p.283.

⁴⁹ “Vírus digitais vão ficar ainda piores”, diz especialista. Notícia veiculada no Jornal Folha online em 10 de agosto de 2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u20442.shtml>>. Acesso em 08 de outubro de 2006.

⁵⁰ Op. cit., p. 72.

⁵¹ Paulo Marco Ferreira Lima. Op. cit., p. 76.

profundos, busca espalhar vírus e vangloriar-se de seus feitos⁵².

Há também os *pheakers*, especialistas em telefonia que, segundo Paulo Marco Ferreira Lima

atacam no sentido de fraudar sistemas de telecomunicação (mormente linhas telefônicas convencionais e celulares, fazendo uso desses meios gratuitamente ou às custas de terceiros), facilitam o ataque aos sistemas a partir de acesso externo, tornando impossível sua identificação e prejudicando o rastreamento de ataques informáticos⁵³.

Os cardes são aqueles “criminosos que se apropriam do número de cartões de crédito, obtidos através de invasão de listas eletrônicas constantes nos sites de compras efetivadas pela Internet, ou de outros meios ilícitos para realizar toda a espécie de compras”⁵⁴ (grifos do autor).

Por fim, existem os cyberterrorists, cuja atividade ilícita consiste em desenvolver vírus de computador e as denominadas bombas lógicas para sabotar computadores e provocar a queda do sistema de grandes provedores, impossibilitando o acesso de usuários e causando grandes prejuízos econômicos⁵⁵.

Com relação à autoria dos delitos praticados a partir de sistemas informáticos, o grande problema é que, no mundo virtual, é mais difícil a identificação dos agentes desses crimes. Por exemplo, no site de relacionamentos Orkut existem diversas comunidades com flagrante caráter criminoso, que difamam ou caluniam as pessoas, ou mesmo praticam incitação ao crime ou apologia de crime ou criminoso.

Conforme notícia veiculada pela Folha de São Paulo no dia 27 de setembro de 2006, o Orkut retirou do ar dez comunidades que faziam apologia a diversos tipos de crime, em razão da propositura de uma ação cautelar pelo Ministério Público do Rio de Janeiro. Para que os criadores de tais comunidades sejam

punitidos é necessário que a empresa forneça seus dados⁵⁶, o que nem sempre ocorre.

No Rio de Janeiro foi identificada a adolescente, de 17 anos, que criou no site Orkut a comunidade “Liberdade pro Samuka”, traficante preso no Rio de Janeiro⁵⁷.

A dificuldade em se identificar o autor da conduta criminosa existe porque no ambiente virtual raramente as pessoas informam seus dados corretos, até em razão da dificuldade em se verificar sua autenticidade. Assim, utilizam nicknames e dados identificatórios inverídicos, especialmente se tiverem a intenção de praticar ilícitos. Dessa forma, aquela pessoa fica conhecida no meio virtual da forma em que se apresenta, o que nem sempre condiz com a realidade.

Ainda que seja possível identificar o computador utilizado para aquela prática delituosa, é possível que não se chegue ao agente da conduta, já que pode ter se utilizado de computadores de acesso público, cujo estabelecimento não faça registro de usuários; ou, ainda, o computador pode ter apenas programas piratas instalados, registrados em nome de pessoas que podem nem existir, aparecendo, novamente, os dados inverídicos, dificultando ainda mais o conhecimento da autoria da conduta delituosa.

A respeito da dificuldade de identificação do sujeito ativo do crime virtual, vale transcrever a lição de Marco Antonio de Barros:

Além da necessária destreza no agir, nem sempre será simples a tarefa de identificação da autoria. É que os atos lesivos podem ser praticados sob a camuflagem do anonimato ou de um *nickname* (apelido de identificação). Ademais, se não houver aposição de assinatura digital, a imputação de fato atentatório contra a honra e a consideração a quem

⁵² Marco Antonio de Barros. Op. cit., p. 283.

⁵³ Op. cit., p. 77.

⁵⁴ Paulo Marco Ferreira Lima. Op. cit., pp. 77-78.

⁵⁵ Paulo Marco Ferreira Lima. Op. cit., p. 78.

⁵⁶ Orkut retira dez páginas do ar por apologia ao crime. Folha de São Paulo online. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u20669.shtml>>. Acesso em 08 de outubro de 2006.

⁵⁷ Adolescente vai parar na delegacia por apologia ao tráfico no Orkut. Folha de São Paulo online, 20 de setembro de 2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u20628.shtml>>. Acesso em 08 de outubro de 2006.

supostamente deva ser atribuída a autoria ficarão sujeitas ao reforço de outros elementos de prova, ante a possibilidade de aposição de nome diverso de quem efetivamente seja o autor da imputação⁵⁸ (grifos do autor).

8. Tempo e Local do Crime

Outra dificuldade que se apresenta é a questão do tempo e do local do crime. Grande parte dos delitos informáticos são transfronteiras, transnacionais, ou seja, o agente pode estar, por exemplo, no Brasil e invadir o sistema informático de uma empresa que está situada no Canadá e os prejuízos ocorrerem no Japão. Como fica a questão do local do crime? E com relação ao tempo do crime? Quem será o Estado competente para processar e julgar o sujeito?

O meio virtual não possui espaço físico, não está delimitado geograficamente e seu acesso é muito dinâmico.

Há uma dificuldade em se descobrir que um crime foi praticado pelo meio virtual, principalmente em se descobrir quem foram os seus autores, de modo que as investigações se prolongam no tempo, o que pode prejudicar a punição dos criminosos, em razão do decurso do prazo prescricional.

Como bem lembra Marco Antonio de Barros:

Ainda considerando o caráter transnacional da rede, existe outra questão que pode ser aqui levantada, visto que não existe um tratado internacional que a regulamente. Trata-se do problema da fixação da competência do juízo para processar e julgar um crime ocorrido na rede. Como na Internet não há fronteiras, se um crime contra a honra de uma pessoa foi perpetrado em um estado da federação ou em outro país, sua transmissão virtual propagará seus efeitos para todo o mundo. Pode ser que a vítima se encontre em outra unidade da federação ou país, e ali venha a tomar conhecimento do crime. E aí: o juízo competente seria o local onde o texto foi enviado pelo autor do

fato aos computadores dos provedores que hospedam as páginas, ou seria o juízo da jurisdição em que se encontrava o ofendido, uma vez que o crime se consuma no momento em que se toma conhecimento da ofensa?⁵⁹.

Nas palavras de Paulo Marco Ferreira Lima:

Para Carla Rodrigues Araújo de Castro, a questão do local do crime informático, na hipótese de ultrapassar a fronteira do Estado, deve ser regido por aqueles princípios contidos no Código Penal, quais sejam, territorialidade, nacionalidade, defesa, justiça penal universal, representação.

Realmente, para que se estabeleça se o Brasil será competente para processar e julgar determinado crime informático, somente se utilizando mesmo desses princípios norteadores da aplicação da lei penal no espaço.

Se assim não fosse, de nenhuma outra forma seria justificada a aplicação da lei penal brasileira ao fato.

Entretanto, vale ressaltar que, sendo o caso de extraterritorialidade condicionada, deverão ser respeitados os requisitos trazidos no artigo 7º, parágrafos 2º ou 3º, do Código Penal.

Com relação à competência, de se seguir as regras trazidas pelo Título V, do Código de Processo Penal, lembrando sempre a competência da Justiça Federal. Ressalte-se que o simples fato de a Polícia Federal intervir nas investigações, nos termos da Lei n. 10.446/02, não desloca a competência para processar e julgar o infrator da Justiça Estadual.

9. Aspectos Processuais

É importante ressaltar alguns aspectos processuais dos crimes praticados no meio virtual.

Com relação àquelas pessoas vítimas de ofensas praticadas por e-mail ou páginas virtuais, vale dizer que devem procurar preservar a prova. Sim, porque no ambiente virtual as páginas podem ser alteradas e não haverá qualquer vestígio da prática daquele

⁵⁸ Op. cit., p. 292.

⁵⁹ Op. cit., p. 292.

crime, o que poderá dificultar a investigação e a própria punição do ofensor⁶⁰.

Sendo os crimes informáticos materiais, ou seja, que deixam vestígios, necessário que se proceda à realização da perícia, hipótese em que o perito deverá informar ao juiz o equipamento, os programas e arquivos, enfim tudo que se mostrar necessário para comprovar a prática do crime e, até mesmo, em que consistiu a prática criminosa⁶¹. De qualquer forma, sempre será necessária a busca e apreensão do computador utilizado para a prática do crime⁶².

Por óbvio, a perícia deverá ser realizada por profissional habilitado, com conhecimentos em informática e sistemas de comunicação.

Vale dizer que os provedores de acesso à internet, assim como os hospedeiros de sítios devem manter registro, cadastro e identificação de todos os seus usuários, o que facilitará em muito a investigação criminal, sempre em busca da verdade real. Entretanto, atualmente, não há qualquer norma legal que obrigue a tais condutas dos provedores.

Também é importante para a investigação criminal que as casas que possibilitam o acesso à internet, como os conhecidos *cyber-cafés* mantenham cadastro de todas as pessoas que utilizaram seus computadores, nele fazendo constar o horário e a máquina utilizada pelo usuário.

10. O Projeto de Lei n. 76/00, do Senado Federal

Conforme consta em seu artigo 1º, este projeto pretende a alteração do Código Penal, do Código Penal Militar, do Código de Processo Penal, do Código de Defesa do Consumidor, da Lei que trata da interceptação telefônica e da Lei n. 10.446/02, que possibilita a intervenção da Polícia Federal nas investigações de crimes de repercussão interestadual ou internacional, para tipificar condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, de rede de computadores, ou que sejam praticadas contra

dispositivos de comunicação ou sistemas informatizados e similares.

Passemos, então, à análise de referido projeto de lei.

O Código Penal, de acordo com o projeto, passará a vigorar acrescido de alguns artigos e com novas redações para determinados artigos, além da inclusão de novas qualificadoras e de normas penais explicativas.

Dano por difusão de vírus eletrônico ou digital ou similar

Artigo 163-A. Criar, inserir ou difundir vírus em dispositivo de comunicação, rede de computadores, ou sistema informatizado, com a finalidade de destruí-lo, inutilizá-lo, deteriorá-lo, alterá-lo ou modificar-lhe o funcionamento.

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se vale de nome suposto ou da utilização de identidade de terceiros para a prática do crime.

Capítulo VII-A – Da Violação de Rede de Computadores, Dispositivo de Comunicação ou sistema informatizado

Acesso indevido a rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado

Artigo 154-A. Acessar indevidamente, rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado.

Pena: reclusão de dois a quatro anos e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente, permite, facilita ou fornece a terceiro meio não autorizado de acesso a rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado.

§ 2º Somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos, agências, fundações, autarquias, empresas públicas ou sociedade de economia mista e suas subsidiárias.

⁶⁰ Marco Antonio de Barros. Op. cit., p. 291.

⁶¹ Carla Rodrigues Araújo de Castro. Op. cit., p. 114.

⁶² Ibidem mesma página.

§ 3º A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se vale de nome suposto ou da utilização de identidade de terceiros para a prática de acesso.

§ 4º Nas mesmas penas incorre o responsável pelo provedor de acesso à rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado, que permite o acesso a usuário sem a devida identificação e autenticação ou que deixa de exigir, como condição de acesso, a necessária identificação e regular cadastramento do usuário.

§ 5º No crime previsto no caput ou na hipótese do § 4º deste artigo, se o crime é culposo:

Pena: detenção de seis meses a um ano e multa.

O parágrafo 4º busca fazer com que os provedores de acesso à rede de computadores mantenham controle de seus usuários, o que facilitará sobremaneira a investigação de eventuais crimes futuros, a partir da identificação do agente.

Essa nova figura delituosa fará com que os provedores sejam responsáveis por aqueles a quem concede acesso. Não é dizer que serão responsáveis caso seus usuários venham a praticar condutas ilícitas, mas serão responsáveis caso não tenham procedido corretamente ao cadastro deles. É uma forma de tentar cercar o usuário “na fonte”. Em outras palavras, aquele que pretende cadastrar-se em um provedor para a prática de condutas ilícitas simplesmente, pensará duas vezes, pois o provedor terá que cadastrá-lo para poder liberar o seu acesso.

É claro que essa norma não será capaz de impedir a prática do crime pelo usuário, que poderá valer-se de dados de terceiros ou fantasiosos, mas já é uma forma de dificultar esse acesso. Tanto isso é verdade que em seu artigo 21 o projeto de lei permite ao provedor a utilização de meios aptos a verificar a autenticidade das informações prestadas pelo usuário quando de seu cadastro.

Obtenção, manutenção, transporte ou fornecimento indevido de informação eletrônica ou digital ou similar

Artigo 154-B. Obter indevidamente dado ou informação em rede de computadores,

dispositivo de comunicação ou sistema informatizado.

Pena: detenção de dois a quatro anos e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem mantém consigo, transporta ou fornece dado ou informação obtida indevidamente em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado.

§ 2º Se o dado ou informação obtida indevidamente é fornecida pela rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado ou em qualquer outro meio de divulgação em massa, a pena é aumentada em um terço.

§ 3º Somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos, agências, fundações, autarquias, empresas públicas ou sociedade de economia mista e suas subsidiárias.

O parágrafo único do artigo 154-B nada mais é que um crime de receptação específico. Põe aquele que mantém consigo, transporta ou fornece dado ou informação obtida indevidamente em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado. Trata-se de norma especial, que afasta a aplicação da norma geral, qual seja, o artigo 180, do Código Penal.

Assim, somente será aplicado o artigo 180, do Código Penal na hipótese de a conduta praticada pelo agente não for nenhuma dessas previstas no artigo 154-B, parágrafo 1º, mas encontrar previsão no artigo 180, vez que a norma geral somente é aplicável na hipótese de a conduta não se subsumir à norma especial.

Os crimes de acesso indevido à rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado e obtenção, manutenção, transporte ou fornecimento indevido de informação eletrônica ou digital ou similar são de ação penal pública condicionada à representação do ofendido, salvo quando cometidos contra entes públicos ou equiparados.

E isso porque são situações que podem representar prejuízo para as vítimas, pois a prática desses crimes demonstram a

vulnerabilidade de seus sistemas, o que poderá prejudicá-los com relação à confiabilidade de seus usuários e clientes.

Desta forma, tornar este fato público poderá causar mais prejuízo do que o já causado pelo criminoso.

Não concordamos com essa solução adotada pelo projeto, uma vez que não se trata de um interesse meramente privado, essas condutas criminosas não violam apenas as vítimas diretas, mas agride toda a coletividade, pois muitos têm seus dados pessoais nos sistemas das vítimas e poderão sofrer prejuízo com essa violação.

Dispositivo de comunicação, sistema informatizado, rede de computadores, identificação de usuário, autenticação de usuário, provedor de acesso e provedor de serviço, dados de conexões realizadas

Artigo 154-C. Para os efeitos penais considera-se:

I – dispositivo de comunicação: o computador, o computador de mão, o telefone celular, o processador de dados, os meios de armazenamento de dados eletrônicos ou digitais ou similares, os meios de captura de dados, ou qualquer outro meio capaz de processar, armazenar, capturar ou transmitir dados utilizando-se de tecnologias magnéticas, óticas ou qualquer outra tecnologia eletrônica ou digital ou similar;

II – sistema informatizado: equipamento ativo da rede de comunicação de dados com ou sem fio, a rede de telefonia fixa ou móvel, a rede de televisão, a base de dados, o programa de computador ou qualquer outro sistema capaz de processar, capturar, armazenar ou transmitir dados eletrônica ou digitalmente ou de forma equivalente;

III – rede de computadores: os meios físicos e lógicos através dos quais é possível trocar dados e informações, compartilhar recursos, entre máquinas, representada pelo conjunto de computadores, dispositivos de comunicação e sistemas informatizados, que obedecem de comum acordo a um conjunto de regras, parâmetros, códigos,

formatos e outras informações agrupadas em protocolos, em nível topológico local, regional, nacional ou mundial, este nível conhecido como internet, ou quanto ao proprietário, privado ou público; IV – identificação de usuário: os dados de identificador de acesso, senha ou similar, nome completo, data de nascimento e endereço completo e outros dados que sejam requeridos no momento do cadastramento de um novo usuário de rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado;

V – autenticação de usuário: procedimentos de verificação e conferência da identificação do usuário, quando este tem acesso a rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado, realizado por quem torna disponível o acesso pelo usuário;

VI – provedor: o prestador de serviços de acesso à rede de computadores e o prestador de serviços relacionados a esse acesso;

VII – dados de conexões realizadas: aqueles dados aptos à identificação do usuário, os endereços eletrônicos de origem das conexões, a data, o horário de início e término e a referência GMT dos horários, relativos à cada conexão realizada pelos equipamentos de uma rede de computadores.

O artigo 154-C trata-se de uma norma penal explicativa, já que traz determinados conceitos, como dispositivo de comunicação, sistema informatizado, entre outros.

Essa norma é necessária, entendemos, por dois motivos. O primeiro deles, e o mais importante, para que se limite a aplicação da norma penal incriminadora, respeitando-se o princípio da legalidade, impedindo que, no caso concreto, amplie-se em demasia a aplicação da norma penal, deixando a critério do juiz entender se se trata ou não, por exemplo, de dispositivo de comunicação, sob pena de configurarem-se tipos penais abertos.

Em segundo lugar, porque os temas relacionados à informática são muito novos e exigem conhecimento específico. Dessa forma, com a própria lei trazendo os conceitos

facilitará a aplicação das normas penais pelos juízes, e a própria investigação criminal.

Violação ou divulgação indevida de informações depositadas em banco de dados

Artigo 154-D. Violar, divulgar ou tornar disponíveis, para finalidade distinta daquela que motivou a estruturação do banco de dados, informações privadas referentes, direta ou indiretamente, a dados econômicos de pessoas naturais ou jurídicas, ou a dados de pessoas naturais referentes a raça, opinião política, religiosa, crença, ideologia, saúde física ou mental, orientação sexual, registros policiais, assuntos familiares ou profissionais, além de outras de caráter sigiloso, salvo nos casos previstos em lei, ou por decisão da autoridade competente, ou mediante expressa anuência da pessoa a que se referem ou de seu representante legal.

Pena: detenção de um a dois anos e multa.

§ 1º A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se vale de nome suposto ou da utilização de identidade de terceiros para a prática do crime.

§ 2º Se o crime ocorre em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado, ou em qualquer outro meio de divulgação em massa, a pena é aumentada de um terço.

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo a comunicação, às autoridades competentes, de prática de ilícitos penais, abrangendo o fornecimento de informações de acesso, hospedagem e dados de identificação de usuário, quando constatada qualquer conduta criminosa.

Ao punir a violação ou a divulgação das informações privadas constantes em bancos de dados, pretende-se coibir uma prática comum nos dias atuais, consistente na formação de bancos de dados e posterior fornecimento das informações colhidas para finalidade diversa daquela que motivou a criação do banco de dados.

Com a punição dessa conduta busca-se restaurar direitos fundamentais tão agredidos nesta nova Sociedade da Informação, quais sejam, a intimidade e a vida privada.

Visando a acabar com a discussão sobre a possibilidade ou não de uma transferência

ilícita de valores operada a partir de uma *homebanking* configurar ou não furto qualificado pela fraude ou estelionato, o projeto pretende acrescentar nova qualificadora no artigo 155, que prevê o crime de furto:

Artigo 155. (...)

§ 4º A pena é de reclusão de dois a oito anos e multa se o crime é cometido:

V – mediante uso de rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado ou similar.

É claro que não se aplicará a qualificadora apenas aos crimes de transferência ilícita de valores através do ambiente virtual, mas sim a qualquer conduta que configure o crime de furto, tendo, para a sua prática, o agente se valido da utilização da rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado ou similar.

Dessa forma, será punido com maior rigor aquele que se vale de meio que dificulte a sua identificação e posterior punição.

Ainda, o projeto pretende a inclusão no Título II, da Parte Especial do Código Penal, que trata dos crimes contra o patrimônio do seguinte artigo:

Artigo 183-A. Para os efeitos penais, equiparam-se à coisa o dado ou informação em meio eletrônico ou digital ou similar, o bit ou a menor quantidade de informação que pode ser entendida como tal, a base de dados armazenada, dispositivo de comunicação, a rede de computadores, o sistema informatizado, a senha ou similar ou qualquer meio que proporcione acesso aos anteriormente citados.

Dessa forma, atendendo aos reclamos da nova sociedade, o projeto busca proteger novo bem jurídico que atualmente agregou-se ao patrimônio, qual seja, a informação e os dados digitalizados.

Assim, ainda que não tenham um valor de mercado, que não possam ser economicamente mensurados, o projeto pretende a proteção desses bens. Por exemplo,

a senha de acesso do usuário a determinado sistema, por si mesma, não tem qualquer valor, mas ela representa um valor. Ou seja, de posse da senha o agente poderá passar-se pelo usuário e praticar condutas ilícitas contra o próprio usuário ou em nome dele. Trata-se do valor adicionado que mencionamos anteriormente.

Com essa equiparação da informação ou de qualquer dado a coisa, aquele que subtrair do computador do usuário arquivos pessoais, como fotografias ou cartas, sem qualquer valor econômico por si mesmos, poderá ser responsabilizado.

O projeto também pretende a alteração da redação dos artigos 265 e 266 e inclui novos tipos penais:

Atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública

Artigo 265. Atentar contra a segurança ou o funcionamento de serviço de água, luz, força, calor, informação ou telecomunicação, ou qualquer outro de utilidade pública.

Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático, dispositivo de comunicação, rede de computadores ou sistema informatizado

Artigo 266. Interromper ou perturbar serviço telegráfico, radiotelegráfico, telefônico, telemático, informático, de dispositivo de comunicação, de rede de computadores, de sistema informatizado ou de telecomunicação, impedir ou dificultar-lhe o restabelecimento.

Difusão maliciosa de código

Artigo 266-A. Difundir, por qualquer meio, programa, conjunto de instruções ou sistema informatizado com o propósito de levar a erro ou, por qualquer forma indevida, induzir alguém a fornecer, espontaneamente ou por qualquer meio, dados ou informações que facilitem ou permitam o acesso indevido ou sem autorização, à rede de computadores, dispositivo de comunicação ou a sistema informatizado, ou a obtenção de qualquer vantagem ilícita.

Pena: reclusão de um a três anos.

§ 1º A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se vale de nome suposto ou da utilização de identidade de terceiros para a prática de difusão maliciosa.

§ 2º É isento de pena o agente técnico ou o profissional habilitado que, a título de resposta a ataque, de frustração de invasão ou burla de proteção do sistema, de interceptação defensiva, de tentativa de identificação do agressor, de exercício de forense computacional e de práticas gerais de segurança da informação manipula código malicioso detectado, em proveito próprio ou de seu proponente e sem risco para terceiros.

O projeto acresce o parágrafo único ao artigo 298, que prevê o crime de falsificação de documento particular

Artigo 298 (...)

Falsificação de cartão de crédito ou débito ou qualquer dispositivo eletrônico ou digital ou similar portátil de captura, processamento, armazenamento e transmissão de informações

Parágrafo único. Equipara-se a documento particular o cartão de crédito ou débito ou qualquer outro dispositivo portátil capaz de capturar, processar, armazenar ou transmitir dados, utilizando-se de tecnologias magnéticas, óticas ou qualquer outra tecnologia eletrônica ou digital ou similar.

Falsificação de telefone celular ou meio de acesso a rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado

Artigo 298-A. Criar ou copiar, indevidamente, ou falsificar código, seqüência alfanumérica, cartão inteligente, transmissor ou receptor de rádio freqüência ou telefonia celular, ou qualquer instrumento que permita o acesso a rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado.

Pena: reclusão de um a cinco anos e multa.

Com essas alterações, o projeto pretende punir a conduta daquele que “clona” cartões de

crédito ou números de telefone celulares, práticas tão comuns nos dias de hoje.

No capítulo dos crimes contra a honra, o projeto pretende incluir o seguinte artigo:

Artigo 141-A. As penas neste Capítulo aumentam-se em dois terços caso os crimes sejam cometidos por intermédio de rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado.

Entendemos que essa causa de aumento de pena se justifica por dois motivos. O primeiro deles é em relação à dificuldade de se identificar o sujeito ativo do crime. Assim, aquele que se vale de meio que permita a sua ocultação para a prática de crime deverá ter a sua pena aumentada.

O segundo deles é em razão da maior lesão que a ofensa à honra por meio virtual poderá causar ao ofendido. Fato é que uma vez colocada uma informação na internet ela se propaga, passa por e-mails, sítios etc., dificultando sua total retirada. Assim, é possível que uma ofensa pela praticada pela rede hoje, daqui há dez anos ainda esteja circulando pelo ambiente virtual, de modo que a lesão ao ofendido é muito maior, a publicidade que se dá à ofensa é muito maior, justificando o aumento da pena.

Com a inclusão do artigo 356-A ao Código Penal, o projeto pretende punir o provedor que, com sua conduta, dificulta a investigação criminal e a punição do criminoso. Confira-se:

Artigo 356-A. Deixar de manter os dados de identificação de usuário e os dados de conexões realizadas por seus equipamentos, de valor probatório, aptos à identificação do usuário quando da ocorrência de crime, pelo prazo de três anos contados a partir da data de conexão, aquele que é o responsável pelo provedor de acesso à rede de computadores.

Podemos observar que o projeto pretende responsabilizar mais duramente aquele que se utiliza de identificação inverídica ou se utiliza de identificação de terceiros para a prática desses crimes. E isso porque é muito mais fácil ocultar-se no

ambiente virtual e em sistemas de computador e caso o agente se utilize de tais expedientes dificultará em muito a investigação criminal, já que busca justamente esconder-se, causando até transtornos para a pessoa de cuja identidade se utiliza.

O projeto faz as mesmas alterações no Código Penal Militar, ou seja, essas condutas criminosas introduzidas no Código Penal são crimes militares impropriados.

Na Lei n. 9.296/96, o projeto acrescenta o parágrafo 2º no artigo 2º, que traz os requisitos autorizadores da interceptação telefônica:

§ 2º O disposto no inciso III do *caput* não se aplica quando se tratar de interceptação do fluxo de comunicações em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado.

Isto significa que, para que seja autorizada a interceptação de comunicações do fluxo de comunicações em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado, ou seja, interceptação telemática, não é necessário que o crime seja apenado com reclusão.

Essa alteração é louvável. E isso porque diversos são os crimes praticados em meio virtual que são punidos com detenção. Por exemplo, o crime de ameaça é punido com detenção e pode ser praticado a partir do envio de e-mails pelo agente à vítima. O mesmo ocorre com relação aos crimes contra a honra, salvo a injúria preconceituosa.

As alterações que o projeto pretende no Código de Processo Penal são as seguintes:

Acrescenta o inciso IV no artigo 313, que autoriza a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:

Artigo 313. (...)

IV – punidos com detenção, se tiverem sido praticados contra rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado, ou se tiverem sido praticados mediante uso de rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado.

Como já tivemos a oportunidade de mencionar, o projeto prevê a necessidade de cadastrar-se o usuário no provedor que permite o acesso a uma rede de computadores, bem como traz o prazo de cento e vinte dias, após a entrada em vigor da lei, para que os usuários atuais providenciem ou revisem sua identificação e cadastro junto ao provedor pelo qual acessa a rede.

Ainda, o projeto prevê a responsabilidade do provedor para que seja identificado e cadastrado o usuário, bem como possibilita-lhe a utilização de meios aptos a verificar a autenticidade das informações fornecidas pelo usuário.

O artigo 22 do projeto prevê as obrigações dos provedores de acesso a uma rede de computadores.

Caso o provedor não cumpra a determinação legal relativa ao cadastro e identificação de seus usuários, poderá ser responsabilizado criminalmente.

Já na Lei n. 10.446/02, que prevê a possibilidade de intervenção da Polícia Federal em investigações de crimes internacionais ou interestaduais, o projeto acrescenta, em seu artigo 1º, outra justificativa para essa intervenção:

Artigo 1º. (...)

V – os delitos praticados contra ou mediante rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado.

Por fim, no Código de Defesa do Consumidor, o projeto acrescenta o parágrafo único no artigo 9º, que trata do dever do provedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da ação de outras medidas cabíveis no caso concreto:

Artigo 9º. (...)

Parágrafo único. O mesmo se aplica à segurança digital do consumidor, mediante a informação da necessidade do uso de senhas ou similar para a proteção do uso do produto ou serviço e para a proteção dos dados trafegados, quando se tratar de dispositivo de comunicação,

sistema informatizado ou provimento de acesso a rede de computadores ou provimento de serviço mediante o uso dela.

Com essa alteração, o projeto pretende adequar a proteção do consumidor nos termos da nova sociedade, com a predominância dos meios virtuais, também utilizados para práticas consumeristas. Assim, o projeto transfere para o fornecedor do produto ou serviço a responsabilidade de informar ao consumidor sobre a necessidade de sua segurança no ambiente virtual. Justifica-se essa disposição na medida em que o consumidor poderá efetuar comprar a partir do estabelecimento virtual do fornecedor, devendo, para tanto, estar seguro.

São essas as alterações que o projeto pretende, buscando amoldar as diversas legislações penais e processuais aos contornos da nova sociedade.

Uma crítica que podemos tecer a este projeto é a falta de previsão de determinadas condutas na modalidade culposa. E isso porque é bem possível, por exemplo, a disseminação de vírus e o perdimento de informações importantes por meio de negligência, imprudência ou imperícia.

Um usuário desatento poderá, por exemplo, instalar programas maliciosos ou espiões no computador de outra pessoa ou de sua empresa, ou poderá enviar via e-mail vírus que acabou de receber. São situações em que era possível prever o resultado, mas que o usuário, negligente, imprudente ou imperito, não previu.

Um exemplo concreto que podemos dar trata-se da perda avaliada em US\$ 38 bilhões (trinta e oito bilhões de dólares) causada por um erro de digitação. O técnico, ao reformatar um drive no departamento de finanças do Alasca, nos Estados Unidos, apertou uma sequencia errada de botões e apagou um disco com dados avaliados no valor mencionado. O técnico imperito, em nosso entendimento, apagou informações de uma conta relacionada a petrolíferas, uma das maiores fontes de renda do estado. Além de reformatar, também apagou o disco com a cópia de segurança. Essa falha gerou um gasto de US\$ 200 mil (duzentos mil dólares), e isso porque havia um terceiro *backup* das informações, consistente

em trezentas caixas de papel, o que levou setenta pessoas a digitalizarem novamente as informações, tais pessoas trabalharam durante dois meses, vinte e quatro horas por dia⁶³.

Imaginemos que não existisse mais o arquivo com os papéis, a perda não seria de apenas duzentos mil dólares, mas seria muito maior. Não seria o caso de punir, a título de culpa, a conduta do técnico? Entendemos que sim.

Podemos observar que o prejuízo foi decorrente de uma conduta culposa, no caso por imperícia, já que se tratava de técnico no assunto.

Trata-se de bem cuja proteção é reclamada pela sociedade e, sendo possível a punição de condutas culposas capazes de lesar esse bem, deverá haver a punição do sujeito.

Entretanto, não podemos negar a boa técnica do projeto de lei em questão, apesar deste esquecimento de previsão da modalidade culposa.

Fato é que, com o constante ingresso dos meios informáticos na vida das pessoas, especialmente a internet, chegamos a um ponto em que é extremamente necessária a proteção penal a esses novos bens jurídicos (informações, dados, sistemas informáticos, programas etc.), sob pena de deixar os usuários da rede de computadores desprotegidos.

Na sociedade atual é praticamente impossível retirar da vida das pessoas o uso dos sistemas de informática, por isso é mister a proteção desses novos bens jurídicos pelo Direito Penal.

11. Conclusões

A partir deste breve estudo, podemos tecer os seguintes comentários à guisa de conclusão:

1. Na atual sociedade, a Sociedade da Informação, surgem novos bens jurídicos, como a informação e os dados eletrônicos e digitais, cuja proteção pelo Direito Penal é reclamada, já que os sistemas informáticos

ingressaram na vida das pessoas para as mais variadas práticas.

2. Os novos bens jurídicos não possuem valor econômico por si mesmos, mas são capazes de gerar valores. Trata-se do conceito de valor adicionado, é o valor que as informações e os dados representam.

3. É mister a tipificação de novas condutas, para que seja proporcionada a segurança das relações cibernéticas e a realização da personalidade humana no espaço cibernético.

4. Os delitos praticados a partir da rede de computadores podem ou não necessitar do uso do computador, hipóteses em que serão puros ou mistos.

5. Sendo delitos informáticos mistos, em que o uso de sistemas de computadores podem facilitar a sua execução, atualmente podem ser amoldados aos tipos penais existentes, pois poderiam ser praticados de outra forma, por outro meio.

6. Já os delitos informáticos puros, ou seja, aqueles dirigidos contra o próprio sistema de computadores, o *hardware* e o *software*, como, por exemplo, a disseminação de vírus, não encontram qualquer tipo penal correspondente na legislação atualmente em vigor, de modo que não podem ser punidos, sob pena de violação ao princípio da legalidade.

7. O meio virtual possibilita a ocorrência de diversos ilícitos. Assim, urge a proteção jurídica do novo bem da modernidade, a segurança informática, o que abarcaria o sigilo da transmissão de dados e arquivos, a privacidade do usuário, entre outros.

9. A legislação penal deve atender aos anseios da sociedade. É o que pretende o Projeto de Lei do Senado Federal n. 76/00, que pretende a inclusão na legislação de crimes virtuais, buscando a punição daqueles que praticam o que classificamos como crimes informáticos puros.

10. É necessária a criação da modalidade culposa de determinados tipos penais previstos no projeto, pois é possível que uma conduta negligente, imprudente ou imperita seja capaz de causar graves danos e sérios prejuízos a uma empresa ou a uma pessoa física.

11. Realmente, diante do atual quadro é mais que necessária a criação de uma

⁶³ Disponível em: <<http://tecnologia.terra.com.br/interna/0,,oi1495914-ei4805,00.htm>>. Acesso em: 20 de março de 2007, às 15:20hs.

legislação penal adequada à prevenção e repressão de crimes praticados a partir de sistemas informáticos, com ou sem a utilização da internet, sob pena de ignorar-se a evolução tecnológica e deixar vítimas desprotegidas.

12. Dificuldades surgirão na investigação criminal. Mas já pensando nisso, especialmente com relação à identificação da autoria, o mencionado projeto de lei pretende obrigar os provedores de acesso à internet a manterem cadastro de identificação de seus usuários. Pretende, inclusive, punir criminalmente aqueles que não o fizerem, seja por uma conduta dolosa ou culposa.

13. Outra dificuldade que se apresenta com relação aos crimes informáticos refere-se à competência para julgá-los, pois são crimes transnacionais. Diante disso, é mister a aplicação dos princípios relativos à lei penal

no espaço, previstos no Código Penal quando trata da extraterritorialidade da lei penal. Assim, verificando-se ser o caso de aplicar-se a legislação penal brasileira, a competência para processar e julgar o agente deverá ser estabelecida de acordo com as regras constantes no Código de Processo Penal.

14. O projeto de lei tratado neste trabalho resume as condutas típicas que atualmente não encontram punição na legislação penal em vigor.

15. É realmente imprescindível a criação de tipos penais que correspondam às condutas ilícitas que acompanham a evolução tecnológica, sob pena de o Estado deixar os usuários da rede de computadores desprotegidos.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Roque de Brito. **Globalização do crime.** in IBCCRIM, São Paulo, v. 8, n. 88, p. 6, mar/00.
- AFONSO, Carlos. **Internet para todos – tão perto e tão longe.** Disponível em: <<http://www.comciencia.br/reportagens/socinfo/info12.htm>>. Acesso em 07 de outubro de 2006.
- ÂNGELO, Fernanda K. **Brasil lidera ranking mundial de hackers e crimes virtuais.** Notícia veiculada no Jornal Folha de São Paulo em 19 de novembro de 2002. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u11609.shtml>>. Acesso em 08 de outubro de 2006.
- BARRETO, Juliana. “**Vírus digitais vão ficar ainda piores”, diz especialista.** Notícia veiculada no Jornal Folha online em 10 de agosto de 2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u20442.shtml>>. Acesso em 08 de outubro de 2006.
- BARROS, Marco Antonio de. Tutela Punitiva Tecnológica. In PAESANI, Liliana Minardi (coord.) **O Direito na Sociedade da Informação.** São Paulo: Atlas, 2007, pp. 275/300.
- _____; ROMÃO, César Eduardo Lavoura. Internet e Videoconferência no Processo Penal. Brasília: **Revista CEJ**, n. 32, jan/mar, 2006, pp. 116-125.
- BRASIL, MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA. **Sociedade da Informação no Brasil – Livro Verde.** Brasília, setembro, 2006.
- CABETE, Eduardo Luiz Santos. **Direito Penal e Globalização.** in IBCCRIM, São Paulo, v. 7. n. 84, p. 4, nov/99.
- CASTELLS, Manuel. [trad. Roneide Venancio Majer] **A Sociedade em Rede volume 1 – A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura: inclusão e exclusão.** 9 ed. rev. e ampliada. São Paulo: Paz e Terra, 2006.
- CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. **Crimes de Informática e seus Aspectos Processuais.** 2 ed. rev., ampl. E atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- COLARES, Rodrigo Guimarães. **Cibercrimes – Os Crimes na Era da Informática.** Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/11500,1>>. Acesso em 08 de outubro de 2006.
- COSTA, Carlos José de Castro. **Crimes Virtuais.** Disponível em: <<http://www.itaperuna.com.br/direito/direito2.htm>>. Acesso em 08 de outubro de 2006.
- DAOU, Alexandre Jean. **Os novos crimes de informática.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1827>>. Acesso em 08 de outubro de 2006.
- DOTTI, René Ariel. **A Globalização e o Direito Penal.** in IBCCRIM, São Paulo, v. 7, n. 86, p. 9, jun/00.
- FURLANETO NETO, Mário; GUIMARÃES, José Augusto Chaves. Direito da Informática. Crimes na Internet: elementos para uma reflexão sobre a ética informacional. **Revista CEJ**, n. 20. Brasília, jan/mar, 2003, pp. 67-73.
- GASINO, Wilson. **O “Esquecedor” e a Sociedade da Informação.** Disponível em: <<http://www.hottopos.com.br/videtur9/esquece.htm>>. Acesso em 07 de outubro de 2006.
- GONÇALVES, Fernando Moreira. **Justiça Penal e Globalização.** in IBCCRIM. São Paulo, v. 8, n. 100, p. 16, mar/01.
- LIMA, Paulo Marco Ferreira. **Crimes de Computador e Segurança Computacional.** Campinas: Millennium, 2006.
- OLIVEIRA, Edmundo. **Globalização da Justiça Penal Nacional.** in IBCCRIM, São Paulo, v. 11, n. 136, pp. 10/11, mar/04.
- PAESANI, Liliana Minardi. **Direito de Informática. Comercialização e Desenvolvimento Internacional do Software.** 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- PRADO, Luiz Carlos Delorme. **Globalização: Notas sobre um conceito controverso.** Disponível em: <<http://www.ie.ufrb.br/prebisch/pdfs/17.pdf>>. Acesso em 18/03/07, às 15:00.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. Condutas Ilícitas na Sociedade Digital. In **Caderno Jurídico**: Escola Superior do Ministério Público de São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo. Ano 2, n. 4, jul/02, pp. 131/142.

SANTOS, Celeste Leite dos. Cartão de crédito e manipulação da assinatura digital. In **Revista Jurídica**. Ano 3, n. 2. São Paulo: Escola Superior do Ministério Público de São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, jul/dez, 2004, pp. 133/156.

VOGT, Carlos. **Informação e Simulacro**. Disponível em <<http://www.comciencia.br/reportagens/socinfo/info01.htm>>. Acesso em 07 de outubro de 2006.

SOUZA, Luciano Amaro de. **Expansão do Direito Penal e Globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ZANELLATO, Marco Antonio. Brevíssimas Considerações sobre Delitos Informáticos. In **Caderno Jurídico**. São Paulo: Escola Superior do Ministério Público de São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo. Ano 2, n. 4, jul/02, pp. 164/228.

Adolescente vai parar na delegacia por apologia ao tráfico no Orkut. **Folha de São Paulo online**, São Paulo, 20 de setembro de 2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u20628.shtml>>. Acesso em 08 de outubro de 2006.

Orkut retira dez páginas do ar por apologia ao crime. **Folha de São Paulo online**, São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u20669.shtml>>. Acesso em 08 de outubro de 2006.

PF prende quadrilha que vendia remédios controlados pela internet. **Folha de São Paulo online**, São Paulo, 26 de julho de 2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u124387.shtml>>. Acesso em 08 de outubro de 2006.

PF prende 45 suspeitos de desvio de dinheiro pela web. **Folha de São Paulo online**, São Paulo, 23 de agosto de 2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u20490.shtml>>. Acesso em 08 de outubro de 2006.

Polícia Federal inicia operação para combater crimes na internet. **Folha de São Paulo online**, São Paulo, 12 de setembro de 2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u20582.shtml>>. Acesso em 08 de outubro de 2006.

RESUMO

A prestação de serviços pelo meio eletrônico tem crescido de sobremaneira nas últimas décadas, principalmente dos serviços bancários, chamados de “*internetbanking*”. Os objetivos desse estudo cingem-se especialmente à análise da responsabilidade civil dos bancos em relação às fraudes eletrônicas relativamente à prestação de serviços de “*internetbanking*”, bem como o posicionamento adotado pela doutrina e pela jurisprudência.

Palavras-chave: Bancos. Responsabilidade Civil. Fraudes Eletrônicas.

ABSTRACT

The provision of services by electronic means has grown, particularly in recent decades, mostly banking services, called “*internetbanking*.” The objectives of this study embrace in particular to examine the banks' liability for fraud that occurs regarding the provision of electronic services “*internetbanking*”, as well as the position adopted by doctrine and the case law.

Keywords: Banks. Liability. Electronic fraud.

* Advogado; membro do Comitê Penal do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados - CESA; Professor do Curso de Direito da UniFMU; mestrandoo em Direito pela UniFMU; membro efetivo da Comissão de Direito na Sociedade da Informação da OAB SP.

1. Introdução

A Sociedade da Informação, notadamente com o advento dos computadores e da Internet, implicou numa verdadeira revolução sobre os comportamentos e atividades dos seres humanos, cujos reflexos impõem a adoção e aplicação de uma responsabilização mais estrita em relação aos fornecedores de serviços pelo meio eletrônico, máxime em se tratando de instituições bancárias.

Depois da grande mudança ocorrida nos anos 90, as empresas alavancaram uma intensa busca de um processo de redefinição e reorganização de seus negócios, sua estrutura administrativa e do seu próprio perfil de mão de obra.

Com efeito, não foi diferente em relação às instituições financeiras que encabeçaram a busca pela utilização dos instrumentos da sociedade da informação e da tecnologia, objetivando redução de custos, bem como celeridade na prestação dos serviços.

Analizando a história das organizações, percebe-se que ela acompanha a história das tecnologias de informação e comunicação. Também se denota que em diversos momentos, essas histórias se inter-relacionam, eis que as tecnologias modificam as atividades laborais exigindo novas competências para atuar, como também influem na criação de novas qualificações. Nesse sentido, a Sociedade da Informação é expressão, não só de um modelo político-ideológico, como também, de um modelo organizacional e tecnológico.

Por certo, a internet, nos dias hodiernos, é indispensável, sendo seu uso cada vez mais estimulado, seja pelo comércio, prestadores de serviço, bem como pelas entidades Governamentais. As facilidades e a rapidez que são inerentes ao uso da internet acabam por seduzir a maior parte da população, que passa a utilizar deste mecanismo para a prática de atividades rotineiras, tal como o pagamento de uma conta ou uma transferência bancária.

Entretanto, uma vez que o empresário coloca à disposição de seus consumidores serviços pelo meio eletrônico, é indubitável que lhe sobrevém responsabilidade civil

relativamente aos eventuais danos que causar a tais consumidores, na hipótese de fraudes perpetradas.

Dessa forma, no presente artigo, caberá uma análise acerca da responsabilidade das instituições financeiras pelo resarcimento dos prejuízos e danos decorrentes de eventuais fraudes eletrônicas atreladas aos serviços de “internetbanking” ou “homebanking”.

2. Dos Serviços de “Internetbanking”

Nos moldes já delineados acima, a Sociedade da Informação e o advento das tecnologias informáticas implicou em uma verdadeira revolução no cenário empresarial, principalmente na esfera dos prestadores de serviços.

As instituições financeiras, atentas ao novo e célere instrumento – a internet –, começaram rapidamente a propagar as operações bancárias cotidianas por meio do uso da rede mundial de computadores.

Deste modo, possibilitaram a dispensa do acesso físico e direto à agência bancária para a prática de qualquer transação, colocando à disposição dos consumidores e correntistas o chamado “Internetbanking” ou “home banking”.

Assim, as instituições financeiras, valendo-se da moderna tecnologia da rede mundial de computadores, possibilitaram aos seus usuários que realizassem negócios por meio de sistemas oferecidos pelo próprio banco, mediante o acesso à internet.

O “Internetbanking” nada mais é do que uma espécie das diversas modalidades de comércio eletrônico, pela qual o correntista ou usuário da instituição financeira, tem acesso a inúmeros serviços bancários para a realização de negócios via internet.

Portanto, o “internetbanking” certamente pode ser apontado como uma grande inovação e modernização na prestação dos serviços bancários, haja vista que, em sendo prestado pelo meio eletrônico, traz uma série de vantagens, tanto para o consumidor, quanto para a instituição financeira, tais como a diminuição dos custos fixos de manutenção de uma agencia bancária; a desburocratização de serviços prestados diretamente nas agências, celeridade na prestação dos serviços, redução

dos riscos de segurança pessoal dos clientes, evitando-se roubos, furtos, dentre outros percalços.

Contudo, a despeito da ampla gama de vantagens que foram trazidos pelo “*internetbanking*”, não podemos descurar que sempre existirá um risco inerente às transações bancárias efetuadas, possibilitando até mesmo facilitação da ocorrência de fraudes, dada a ausência da necessidade de apresentação de documentos de identificação ou da assinatura do correntista. Assim, passaremos a seguir à análise das modalidades mais comuns de fraudes eletrônicas no que pertine às transações por meio do “*internetbanking*”.

3 Das Fraudes Eletrônicas Atreladas ao “Internetbanking”

É sabido que, apesar dos imensos benefícios e conveniências trazidos pelo uso da internet na prestação de serviços, a vulnerabilidade do mundo eletrônico e a complexidade das relações que lhe são admitidas, possibilitam a perpetração de inúmeras fraudes.

cenário não poderia ser diferente na prestação de serviços bancários por meio do “*internetbanking*”, uma vez que as transações, como regra, envolvem movimentação de dinheiro, razão pela qual são freqüentes as tentativas de fraudes com vistas à apropriação indevida ou desvio de numerário dos correntistas.

Aliás, uma das modalidades mais comuns de crimes eletrônicos é a violação de contas correntes, notadamente no momento em que os correntistas praticam transações por meio da internet. Aludida fraude é conhecida pelo termo “*phishing*”, que advém da junção dos termos em inglês *password* e *fishing* – senha e pescar – ou seja, a fraude de pescar senhas.

A prática do “*phishing*” afeta um número extremamente vultoso de clientes bancários que se valem de tais serviços, ora pelo mal uso do serviço, ora pela falta de segurança oferecida pela instituição financeira.

Comumente nos deparamos com o envio de “*e-mails*” em nome de instituições financeiras, solicitando pela confirmação de

senhas, números de cartões, etc., normalmente por meio da clonagem do site oficial do banco.

Com efeito, o “*phishing*” leva o correntista a pensar que está fornecendo suas informações pessoais – senhas, número de conta e agência – à sua própria instituição financeira, com quem mantém relação contratual; contudo, está repassando seus dados bancários ao agente praticante da fraude. Logo, as fraudes eletrônicas atreladas ao “*internetbanking*” envolverão sempre o elemento da burla, do ato de enganar uma pessoa – *in casu* o correntista – para que forneça seus dados pessoais.

Dessarte, considerando o fato de que o serviço de “*internetbanking*” é vulnerável, emerge como medida de rigor a responsabilização da instituição financeira por danos causados aos consumidores em decorrência de prejuízos e danos sofridos na utilização do sistema, consoante será tratado a seguir.

Nesse sentido, é o escólio de Demócrito Reinaldo Filho, *in verbis*:

O maior desafio nessa área, no entanto, é superar os problemas de segurança e definir responsabilidades pelas consequências de ataques e invasões de sistemas informáticos. Definir, com precisão, as responsabilidades dos prestadores dos serviços bancários on line ajuda a impulsionar o desenvolvimento desse mercado, já que elimina as incertezas quanto a quem deve e em quais circunstâncias arcar com os prejuízos do phishing e outras práticas tecnológicas fraudulentas.¹

4. A Responsabilidade Civil dos Bancos pelas Fraudes Eletrônicas à

¹ REINALDO FILHO, Demócrito. **Responsabilidade dos Bancos Pelos Prejuízos Resultantes do Phishing.** Revista Jus Vigilantibus. Disponível em: <<http://www.jusvi.com>>. Acesso em 17 setembro 2008.

Luz do Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, delineou de forma bem clara a situação, ao dispor que o fornecedor de serviços deve responder, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação do serviço, nos moldes a seguir transcritos, *verbo ad verbum*:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Assim, na hipótese de eventual fraude praticada contra o correntista ao se utilizar dos serviços de “internetbanking”, restará patenteada a responsabilidade da instituição financeira em restituir os valores que foram desviados de sua conta corrente – os danos patrimoniais, bem como por eventuais danos morais causados, justamente pela incidência da responsabilidade objetiva da instituição financeira.

Aliás, cumpre rememorar que a prestação de serviços bancários pelos meios eletrônicos, reduzem os custos da atividade econômica e aumentam o lucro da instituição financeira (fornecedor), trazendo riscos, entretanto, pela facilitação da ocorrência de fraudes, dada a ausência da necessidade de apresentação de documentos de identificação ou da assinatura do correntista.

Destarte, nos casos de fraudes eletrônicas a instituição financeira responderá de forma objetiva pelo ressarcimento de danos e prejuízos causados, uma vez que a fraude perpetrada decorre dos riscos inerentes à sua própria atividade, ou seja, a responsabilidade decorre *ope legis* do fato objetivo do serviço, e não da conduta subjetiva do agente.

Portanto, forçoso reconhecer que, em se tratando de boa-fé do consumidor/correntista e levando-se em consideração os princípios norteadores do Código de Defesa do

Consumidor, bem como o fato de que as instituições financeiras estimulam o uso da internet para possibilitar uma redução de custos na prestação de serviço e a maximização de sua lucratividade, caberá sempre ao banco garantir a segurança de tais relações, assim como restituir ao consumidor eventuais perdas e danos gerados por fraude de terceiros.

Demais disso, com fulcro no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, é freqüente em casos de fraudes em meio eletrônico, que seja determinada a inversão do ônus da prova, haja vista que cabe ao prestador de serviço provar que seu sistema de transmissão de dados via internet é seguro, não estando sujeito a fraudes.

A questão relativa à responsabilidade das instituições financeiras pelas fraudes praticadas em meio eletrônico têm gerado acalorados debates no meio jurídico, entretanto tem restado vencedora a tese de que os bancos respondem objetivamente pelos danos causados aos consumidores.

Nesse sentido é o entendimento firmado pelos Tribunais pátrios, consoante ementas infratranscritas:

“CIVIL. CDC. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. SAQUE EM CONTA EFETUADO POR TERCEIRO (hacker), VIA INTERNET. FALHA DO SERVIÇO.

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO BANCO. DANO MATERIAL JÁ RESSARCIDO. DANO MORAL CARACTERIZADO.

INDENIZAÇÃO DEVIDA. SENTENÇA MANTIDA. 1. Os bancos têm o direito de adotar todas as opções que a moderna tecnologia oferece, para prestação de seus serviços, inclusive a possibilidade da movimentação de contas pela Internet. Isso, inclusive, lhes proporciona enorme redução de custos, e por consequência um aumento considerável nos lucros, pois nesse caso, é o próprio cliente quem faz todo o serviço que seria feito pelos empregados do banco, caso o cliente procurasse a agência. 2. De

outra banda, incumbe ao banco dotar seus sistemas eletrônicos de segurança e eficiência, de molde a impedir que seja o consumidor lesado, pelo simples fato de utilizar os meios que lhe são postos à disposição. Se o sistema eletrônico, em razão de alguma falha, permite que um terceiro tenha acesso à conta do cliente, causando-lhe prejuízo, resta ao banco a responsabilidade objetiva de reparar os danos materiais e morais eventualmente ocorridos. 3. No caso, o banco reconheceu a existência da fraude, tanto que resarciu os danos materiais, restituindo ao consumidor as quantias que lhe foram surrupiadas. No entanto, é certo que também houve danos morais, máxime porque o banco, de forma injustificada, levou mais de dois meses para repor o dinheiro na conta do cliente, sendo que, em razão do fato, este teve alguns cheques devolvidos por insuficiência de fundos, o que acarretou sua inscrição no CCF e no SPC, afetando sua honra e bom nome e restringindo o seu crédito na praça" (ACJ 20050110075524, Rel. Juiz Jesuíno Aparecido Rissato, Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F., DJU 04.10.2005, pág. 194).

"RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. SERVIÇOS PRESTADOS POR INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. C.D.C. SAQUE EFETUADO MEDIANTE FRAUDE. INDENIZAÇÃO DEVIDA AO CLIENTE LESADO. Pela sistemática do CDC a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, como a oriunda do vício do produto ou serviço, são de natureza objetiva, prescindindo do elemento culpa para que haja o dever do fornecedor de indenizar. O banco vende o serviço afirmando-o seguro, quando na verdade não o é, como restou comprovado nos autos. Se o consumidor, usuário do serviço, sofreu o dano e nenhuma responsabilidade sua pelo evento danoso restou comprovada, cumpre ao fornecedor arcar com a

devida reparação." (APC 32268-0/98, Reg. do Ac. 157079, 5ª Turma Cível, Rel^a Des^a Carmelita Brasil, DJU 14/08/2002, pág. 59)

Classe do Processo : APPELAÇÃO CÍVEL NO JUIZADO ESPECIAL 20050110782414ACJ DF

Registro do Acórdão Número : 238572

Data de Julgamento : 10/02/2006

Órgão Julgador : Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F.

Relator : ALFEU MACHADO

Publicação no DJU: 10/03/2006
Pág. : 189

Ementa CIVIL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. ILEGITIMIDADE PASSIVA "AD CAUSAM". PRELIMINAR REJEITADA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MEDIANTE PAGAMENTO DE TAXA. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS. INTERMEDIAÇÃO NA COMPRA E VENDA DE PRODUTOS VIA " INTERNET". PAGAMENTO DE TAXA PARA VENDA CONFORME SISTEMA PROPOSTO AOS CLIENTES - "BANCO ELETRÔNICO MERCADO PAGO". VENDA AJUSTADA, RATIFICADA COM RECEBIMENTO DE E-MAIL DO SISTEMA "BANCO MERCADOPAGO", TENDO HAVIDO A REMESSA DO PRODUTO POR SEDEX SEM RECEBIMENTO DO VALOR PACTUADO. SUPOSTA FRAUDE POR TERCEIROS FALSÁRIOS. CRIME ELETRÔNICO. ESTELIONATO. ANÚNCIO DE SEGURANÇA NAS NEGOCIAÇÕES. PROPAGANDA ENGANOSA. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.

RESPONSABILIDADE OBJETIVA. TEORIA DO RISCO DA ATIVIDADE (ART. 927, CCB/02). CULPA.

NEGLIGÊNCIA E IMPRUDÊNCIA CONFIGURADAS. PREJUÍZO SUPORTADO.

RESSARCIMENTO QUE SE IMPÕE. ART. 186, CCB/02. SENTENÇA MANTIDA. UNÂNIME. AO OPTAR POR

OFERTAR SISTEMA SUPOSTAMENTE SEGURO DE COMPRA E VENDA PELA " INTERNET", PRESTANDO SERVIÇOS CONSIDERADOS DE RISCO, NO INTUITO DE DIMINUIR DESPESAS OPERACIONAIS E AUMENTAR SEUS LUCROS, DEVE A PRESTADORA DE SERVIÇOS ASSUMIR OS RISCOS QUE DELE DECORREM - TEORIA DO RISCO DA ATIVIDADE NEGOCIAL - ART. 927 PARÁGRAFO ÚNICO C/C ART. 186, DO CCB/02. A RESPONSABILIDADE, NESSE CASO, É OBJETIVA, PELOS DANOS QUE CAUSAR A PRESTADORA DE SERVIÇOS AO CONSUMIDOR, INDEPENDENTE DA EXISTÊNCIA OU NÃO DE CULPA, NA FORMA DOS ARTS. 14 E 22 DO CDC, BASTANDO PARA TANTO A EXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O EVIDENTE DEFEITO DO SERVIÇO PRESTADO E DANO SUPORTADO. SENTENÇA CONFIRMADA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. UNÂNIME."

Portanto, conclusivamente, podemos perceber que o fornecedor de serviços bancários ao ofertar um serviço de "*internetbanking*", justamente com o escopo de atingir a um número máximo de consumidores, bem como reduzir os seus custos operacionais, deverá responder pelos riscos inerentes à sua atividade negocial de forma objetiva.

5. Conclusão

A Sociedade da Informação, aliada às novas tecnologias de comunicação, culminaram em mudanças drásticas no cotidiano dos indivíduos, de modo que não poderia ser diferente no cenário empresarial. Os empresários têm se valido de sobremaneira

dos instrumentos do comércio eletrônico para aumentar sua margem de lucro e ampliar os seus negócios.

A verdadeira revolução na prestação de serviços "on-line" ocorreu no setor bancário, por meio dos serviços de "*internetbanking*", que possibilitaram a dispensa do acesso direto à agência bancária para a prática de qualquer transação, colocando à disposição dos consumidores e correntistas toda a gama de serviços bancários via internet.

Todavia, com toda a facilidade e mobilidade oferecida pelos serviços de "*internetbanking*" é certo que na mesma toada surgiram as fraudes atreladas às transações bancárias por meio da internet, de modo que o Direito, em se tratando de uma ciência dinâmica, buscou dirimir os conflitos de interesses com vistas à pacificação social.

O Código de Defesa do Consumidor foi expresso ao disciplinar o tema, estabelecendo que o fornecedor de serviços deve responder, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação do serviço (CDC, art. 14).

Destarte, sobrevindo eventual fraude eletrônica a instituição financeira deverá responder forma objetiva pelo resarcimento de danos e prejuízos causados ao consumidor lesado, uma vez que a fraude perpetrada decorre dos riscos inerentes à sua própria atividade.

Por derradeiro, sustentamos neste breve artigo que, em se tratando de situação em que o consumidor/correntista tenha agido com boafé e levando-se em consideração os princípios norteadores do Código de Defesa do Consumidor, bem como o fato de que as instituições financeiras estimulam o uso da internet para possibilitar uma redução de custos na prestação de serviço, caberá sempre ao banco garantir a segurança das relações, assim como resarcir o consumidor de eventuais perdas e danos gerados por fraude de terceiros.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Nelson. **Direito Bancário**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ARAÚJO, Luis Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Coimbra: Almedina, 2001.
- BELOQUE, Juliana Garcia. **Sigilo Bancário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- LUCCA, Newton De e SIMÃO FILHO, Adalberto (Coordenadores) e outros. **Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- PAESANI, Liliana Minardi (coordenadora) e outros. **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007.
- PEREIRA, Joel Timóteo Ramos. **Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação**. Lisboa: Quid Juris?, 2004.
- PINHEIRO, Patrícia Peck, **Direito Digital**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RESUMO

A Constituição Federal do Brasil de 1988 privilegia direitos e garantias fundamentais aos cidadãos, dentre as quais destacam-se o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da função social da empresa, que visam programar uma sociedade contemporânea justa e economicamente sustentável, conciliada a políticas de trabalho que buscam a redução das desigualdades sociais, valorando acima de tudo a justiça social e elevando, sem sombra de dúvida, o homem ao centro do direito. O Estado Democrático de Direito Brasileiro objetivando a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, sedimenta a criação do Terceiro Setor que nasce com o fito primordial de aplicar medidas de cunho social, inter-relacionando direta e indiretamente com a função social das empresas.

Palavras-chave: Função Social. Terceiro Setor. Empresa.

ABSTRACT

The Brazilian Federal Constitution of 1988 guarantees fundamental rights and privileges to citizens, among which are the principle of human dignity and the principle of function of the company, seeking to schedule a contemporary society fair and economically sustainable, reconciled with policies of work that seek to reduce social inequality, above all social justice and raising, without a doubt, the man at the center of the right. The Democratic State of Law Brazilian aiming to build a just society, freedom and solidarity, the establishment of sediment Third Sector is born with the primary aim of implementing measures of a social nature, inter-relating directly or indirectly with the social function of business.

Keywords: Social Function. The Third Sector. Business.

* Mestre em Direito da Sociedade da Informação e Pós-graduado em Direito Civil pela FMU. Professor do curso de graduação em Direito na FMU e Professor dos cursos de pós-graduação e graduação da Uninove. Professor orientador do curso de pós-graduação em Direito da Universidade Anhanguera-Uniderp. Advogado inscrito na OAB/SP.

1. Introdução

A ciência jurídica movimenta-se conforme as necessidades socioeconômicas, e, nesse sentido, o mundo vem gradativamente passando por um estágio de redefinição dos princípios, valorando cada vez mais a boa-fé, a eticidade e a solidariedade, suplantando forçosamente, a máxima Hobbesiana de que “o homem é o lobo do homem”, a favor do bem comum.

Sendo o direito, na concepção tridimensional do jusfilósofo Miguel Reale, “fato, valor e norma”, ressalta-se que nosso ordenamento pátrio não se quedou inerte a essas importantes mudanças sociais, e privilegiou na Constituição Federal de 1988 direitos e garantias fundamentais aos cidadãos, consolidando o Estado Democrático de Direito.

Seguindo esta mesma linha, o Código Civil de 2002 veio reforçar a dimensão jurídica no tocante à solidariedade e à função social, cerne deste artigo, que visa apresentar estudo sobre “A Função Social da Empresa e o Inter-relacionamento com o Terceiro Setor”.

Vale salientar que o Estado Democrático brasileiro em sua concepção optou por um raio mínimo de atuação, transferindo, para o setor privado, grande parte de sua competência ao imprimir a função social ora como princípio, ora como valor e, ora como uma cláusula geral no ordenamento constitucional e civil.

Nessa seara, a valorização da dignidade da pessoa humana está intimamente ligada ao desempenho do setor privado, que de maneira alguma pode abandonar sua função social, pois esta se constitui na essência do bem comum, qual seja, o predomínio dos interesses coletivos, frente aos individuais.

No entanto, cabe destacar que a primeira função social da empresa é ser útil, pois quando a empresa está fornecendo serviços e produzindo valor econômico, está justificando sua própria permanência, e ainda, seu próprio desenvolvimento convalescendo sua dignidade integral perante a sociedade.

Assim, é fácil concluir que a sociedade necessita da empresa, porém a empresa não existiria sem a sociedade. Esta equidade exige do empresário uma visão contemporânea da

empresarialidade, na qual a valorização da dignidade da pessoa humana torna-se imprescindível.

Neste esteio, emerge no Brasil as sociedades civis de fins públicos sem objetivos de lucros – Terceiro Setor – com o fito de suplantar a crise do Estado do bem-estar social, consolidando a democracia e objetivando implantar políticas de redução das desigualdades sociais.

2. Função Social

A função social hodiernamente visa programar o bem estar da humanidade aprimorando uma equidade social, respeitando a vida e o meio ambiente e, desta maneira, edificando uma sociedade justa e economicamente forte.

Não há que se negar que o estudo da função social veste-se de indefinível importância, haja vista sua intersecção direta com o princípio da dignidade da pessoa humana. Valorar este instituto significa elevar o ser humano ao centro da ciência jurídica, pois de fato é inegável que o direito existe para servir a sociedade.

A Constituição Federal de 1988 ao adotar princípios e garantias fundamentais de proteção aos direitos humanos retoma a finalidade social do próprio direito, pois é importante lembrar que Justiniano já defendia em suas Institutas: “que ninguém desconhece leis estatuídas para o bem comum”.

Essa valoração do bem comum e da justiça social aliada ao princípio da dignidade da pessoa humana consiste no cerne da função social, instituto este que se encontra exaustivamente disciplinado em nossa Carta Magna e na legislação infraconstitucional, conforme segue: - Constituição Federal: artigos 5º, XXIII¹; 170, III²; 173, § 1º, I³; 182,

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

² Art. 170 . A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: III – função social da propriedade;

§ 2º⁴; 184, caput⁵; e, 185, parágrafo único⁶. – Código Civil de 2002: artigo 421⁷. – Lei 6.404/76 artigo 116⁸. – Lei 11.101/05 artigo 47⁹.

Para se conceituar função social, preliminarmente deve-se procurar o sentido literal da palavra ‘função’, que segundo Antonio Houaiss, significa: “s.f., papel a ser desempenhado, emprego, ofício (...)”¹⁰.

Logicamente, isso não esgota a busca por uma definição satisfatória, faz-se, então, necessário aplicar a este conceito gramatical uma interpretação filosófica e sociojurídica do termo, ampliando assim o axioma do desígnio em estudo.

Nesta busca pode-se explicitar que, para a ciência jurídica de forma direta, ‘função’ significa uma obrigação a cumprir, um

³ Art. 173. §1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...) I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

⁴ Art. 182, § 2º. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenamento da cidade expressa no plano diretor.

⁵ Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

⁶ Art. 185, § único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.

⁷ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

⁸ Art. 116, Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

⁹ Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

¹⁰ HOUAISS, Antonio. VILLAR, Mauro de Salles. **Minidicionário houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.p. 253.

‘poder/dever’ imposto por lei, que remete à responsabilidade.

Quanto ao vocábulo ‘social’ não resta dúvida que este se relaciona diretamente à comunidade, ao conjunto de cidadãos de um Estado, à sociedade como um todo.

Desta forma, assevera Fábio Konder Comparato:

Quando se fala em função, tem-se, em geral, a noção de um poder de dar destino determinado a um objeto ou a uma relação jurídica, de vinculá-lo a certos objetivos; o que, acrescido do adjetivo “social”, significa dizer que esse objetivo ultrapassa o interesse do titular do direito – que, assim, passa a ter um poder-dever – para revelar-se como de interesse coletivo.¹¹

Seguindo a linha do respeitável doutrinador supra, Eduardo Tomasevicius Filho extrai o significado de função social, da seguinte maneira:

(...) significa o exercício de um direito subjetivo, de tal modo que se atenda ao interesse público, não apenas no sentido de não impor restrições ao exercício desse direito, mas também no sentido de acarretar uma vantagem positiva e concreta para a sociedade. Dessa forma, entende-se a idéia de que a propriedade obriga ou que há um poder-dever de o indivíduo atender ao interesse público no exercício de seu direito subjetivo.¹²

Observa-se, assim, que as mudanças no direito constitucional brasileiro valorizam os fins sociais da norma. Notadamente, o individualismo capitalista originário é suplantado pela busca ao bem estar social, desta feita, função social nada mais é que a

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder *apud* GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.114.

¹² TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **A função social da empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais n 92, 2003, p.39.

quebra do paradigma dos interesses individuais face aos interesses coletivos.

Ou seja, função social é o exercício do poder-dever em consonância com os proveitos da sociedade, valendo destacar que não se trata de mitigar ou limitar direitos individuais e sim de adequá-los ao sistema coletivo na busca pela valorização da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, é válido ainda afirmar que a função social, face ao preceito constitucional¹³, visa à busca por uma existência digna conforme os ditames da justiça social, sendo indispensável salientar que este instituto afasta o caráter subjetivista da propriedade em si fazendo com que esta retorne aos ditames sociais aos quais está inserida – ‘o ser humano como centro da atuação do direito’.

2.1. Função Social da Empresa

De fato, a busca por uma sociedade contemporânea justa e economicamente sustentável, imprime aos novos empresários uma conscientização de que existe uma comunidade interna e externa que direta ou indiretamente, positiva ou negativamente, será afetada pelos impactos de suas decisões. (*Stakeholders*).

Portanto, para se cumprir a função social da empresa, os administradores têm a difícil missão de conciliar os interesses econômicos dos próprios sócios ou acionistas, e as consequências éticas de suas decisões, necessariamente aplicando políticas de trabalho que pugnem pela redução das desigualdades sociais.

A função social da empresa consiste em uma superação do dogmatismo tradicional individualista – lucro a qualquer preço – por uma ordem jurídica e social adequada às

¹³ Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: III - função social dos contratos;

necessidades e valores da sociedade contemporânea.¹⁴

Isso se dá, de tal sorte, que o Prof. Dr. Adalberto Simão Filho, em seu artigo intitulado “A Nova Empresarialidade”, nos diz: “Neste aspecto pode ocorrer, que as buscas não sejam tão só do lucro, mas também de resultados que podem ser econômicos ou financeiros ou de qualquer outra natureza, inclusive social”.¹⁵

Essa busca não só do lucro, como cita o brilhante autor, deve imperar de modo que as empresas contemporâneas adotem vertentes de proteção à dignidade da pessoa humana, pois somente dar retorno financeiro aos acionistas ou sócios não esgotam sua missão. Esta, deve vir acompanhada da intenção de beneficiar a todos que interagem com a organização.

Nesse diapasão, podemos interpretar o termo ‘função social da empresa’ dentro do contexto constitucional como meta traçada pela lei para que haja a diminuição das desigualdades sociais de forma a possibilitar a todos a satisfação das necessidades fundamentais básicas do ser humano.

Portanto, a funcionalização dos institutos de direito privado não é uma vitória da concepção socialista, uma vez que a empresa não passa a ser patrimônio da humanidade. Ao contrário, trata-se da harmonização do direito privado com o interesse coletivo, sempre com vistas a atingir a justiça social, na forma do artigo 170 da Constituição Federal vigente.

Em consonância com o explicitado supra, novamente recorremos ao Prof. Dr. Adalberto Simão Filho, que acertadamente comenta: “A busca destes resultados, não interfere na procura da lucratividade, pelo contrário, dependendo da forma como a questão for internalizada no seio da empresa, poderá resultar sensível acréscimo do lucro”.¹⁶

A era da Sociedade da Informação coaduna com a prática da ‘nova empresarialidade’ – empresários agindo com ética, moral e boa-fé na busca da justiça social

¹⁴ FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. *Revista Jurídica da Unifil*, Ano II – nº 2. p.67.

¹⁵ SIMÃO FILHO, Adalberto. *A nova empresarialidade*. Revista do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, Ano XVII, nº 25, 2003, p.46.

¹⁶ SIMÃO FILHO, Adalberto. Ob.cit. p.46

– pois, além da necessidade de as empresas buscarem lucro para a própria subsistência, há também a função social a cumprir.¹⁷ E hoje o mercado globalizado não deve abster-se desta responsabilidade.

É fato que a função social da empresa conduz ao que denomina-se: ‘responsabilidade social empresarial’, que pode ser interpretada pela maneira que a empresa opera com relação às expectativas da sociedade em termos de respeito à lei, aos valores éticos, às pessoas, à comunidade e ao meio ambiente.

Destaca-se que responsabilidade social empresarial vai além da postura legal, das práticas filantrópicas isoladas ou do apoio à comunidade. Significa mudança de atitude, numa perspectiva de gestão empresarial com foco na justiça social das relações e na geração de valor para todos.

Prova disso é que, na busca ao efetivo cumprimento da função social, de forma a identificar e comprovar as empresas socialmente responsáveis, foi criada em 1997, nos Estados Unidos, uma norma padrão de certificação social - a SA8000.

Esta norma têm como base legal as Convenções da Organização Internacional do Trabalho, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, cobrando-se ainda o cumprimento de leis locais.

Para a certificação, a empresa deverá cumprir requisitos que envolvem desde o trabalho infantil, trabalho forçado, segurança e saúde no trabalho, liberdade de associação e direitos coletivos até a discriminação, práticas disciplinares, carga horária de trabalho, remuneração e sistemas de gestão.

Cumpre esclarecer que a implementação e credenciamento das organizações para qualificação e certificação da SA8000 no mundo é feita pela SAI (Social Accountability International).

Os fatores que levam uma empresa a obter uma certificação social, de acordo com Marco Antonio Oliveira envolvem a possibilidade de assegurar que seus fornecedores de mão de obra e produtos mantenham uma política de responsabilidade

social perante seus colaboradores, pois a cada dia a sociedade cobra e compra produtos de empresas que respeitam o ser humano.¹⁸

Marco Antonio Oliveira, ainda enumera os benefícios levantados pelas empresas adeptas do SA8000, quais sejam:

Para a Empresa: melhoria no moral dos empregados; melhoria na qualidade e produtividade; comprovação da prática da responsabilidade social com os empregados; redução na rotatividade; melhoria na reputação da empresa; facilidade no recrutamento e na retenção de bons profissionais; melhores relações com o governo, sindicatos, ONGs e empregados.

Para os Empregados: melhor ambiente de trabalho; redução no número de acidentes; treinamento em saúde e segurança no trabalho; salários adequados às necessidades.

Para os Investidores e Consumidores: identificação de produtos feitos sob condições humanas; informações claras, com credibilidade, para decisões de compra e de investimento, baseadas em condições éticas; identificação de empresas preocupadas com a condição humana dos empregados.

Para a Sociedade: redução do trabalho infantil; mais crianças na escola; trabalhadores saudáveis; cooperação entre empresas, ONGs e sindicatos.¹⁹

Desta feita, a responsabilidade social empresarial está passando a ser vista por muitas empresas não apenas como um conjunto de iniciativas motivadas por razões de marketing, relações públicas ou filantropia, mas como um conjunto de políticas, práticas e programas que permeiam os negócios e o processo de tomada de decisões, valorizando-se cada vez mais a dignidade da pessoa humana.

¹⁸ OLIVEIRA, Marco Antonio L de. **SA8000: o modelo ISO9000 aplicado à responsabilidade social**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2003.

¹⁹ Ibidem. p.45.

¹⁷ Ibidem. p.12

As empresas que exercem a função social estão obtendo resultados positivos principalmente em relação à redução de custos operacionais, melhoria de imagem, aumento do volume de vendas e significativa melhoria dos indicadores de produtividade e qualidade.

Finalizando, ao considerar-se a empresa, como fonte geradora de riquezas, impostos, emprego e lucro, não se pode dizer que só por funcionar, ela cumpriu sua função social, uma vez que, resta demonstrado que para este tento as decisões dos empresários devem quebrar paradigmas individualistas e buscar os interesses coletivos, implementando o bem comum e a justiça social – preceito constitucional inegável.

2.1.1 A Função Social da Empresa e a Livre Iniciativa

O objetivo deste capítulo é apresentar uma interpretação teleológica do artigo 170 da Constituição Federal de 1988, comprovando de maneira verossímil que a função social, ao contrário do que muitos apregoam, convive plenamente com a ordem econômica e a livre iniciativa.

Para este feito preliminarmente cabe refletir: o que vem a ser ordem econômica no contexto legal?

Como já vimos anteriormente, a Constituição Federal de 1988 estabelece, no seu artigo 170: “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, (...)”.²⁰

Inicialmente o Ministro Eros Roberto Grau aprimora distinção necessária entre a ‘ordem econômica’ no mundo do ser, e ‘ordem econômica’ no mundo do dever ser. Assim, apregoa que a Constituição Federal deve ser interpretada teleologicamente da seguinte maneira:

As relações econômicas – ou a atividade econômica – *deverão ser (estar)* fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim delas), relações econômicas ou

atividade econômica) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.²¹

Portanto, conclui-se que a ordem econômica ou relações econômicas, como interpreta corretamente o Ministro, tem que assegurar a todos uma existência digna dentro dos ditames da justiça social. Logo, as atividades empresariais têm efetivamente que cumprir sua função social, aprimorando-se em prol da solução das desigualdades sociais.

O princípio da livre iniciativa – que assegura a todos o exercício de qualquer atividade econômica, seja na indústria, comércio ou serviço, dependendo de autorização do poder público somente algumas atividades em que haja interesse coletivo – jamais pode entrar em conflito direto com o princípio da função social, pois resta claro que a Constituição Federal garante o direito de propriedade e o livre exercício de qualquer atividade econômica, porém de forma a atender o interesse social, a valorizar o trabalho e a assegurar a todos uma existência digna.

Em relação ao mencionado acima, José Afonso da Silva se expressa desta maneira:

Assim, a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que ‘liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo’. É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário. Daí porque a iniciativa econômica pública, embora sujeita a outros tantos condicionamentos constitucionais, se torna legítima, por mais ampla que seja, quando destinada a assegurar a todos

²⁰ BRASIL. **Vade mecum**. 5 ed.atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

²¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1998**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.55-56.

existência digna, conforme os ditames da justiça social.²²

Ilustre se faz o autor, ao valorar e legitimar a convivência harmônica dos princípios em estudo (livre iniciativa e função social). Ademais, o jurista finaliza de maneira brilhante seu pensamento contemplando a importância legal de se assegurar os interesses coletivos em detrimento da busca do “puro lucro e realização pessoal do empresário” (interesses individuais).

Ante o exposto, conclui-se que o exercício das atividades empresariais tem como norteadores os princípios informadores da ordem econômica, que convivem pacífica e harmoniosamente, quais sejam: a livre iniciativa, o abuso do poder econômico, o direito do consumidor e a função social.

3. Terceiro Setor

A chamada ‘falência do Estado do bem estar social’ culminou com o nascimento de um Estado comprometido com a sociedade civil, cujo papel dominante deve ser o pleno exercício do seu poder estatal, realizando investimentos sociais, e atuando em parceria com as empresas e a própria sociedade civil na busca de soluções que eliminem as desigualdades sociais.

Lembra-se, neste momento que nossa Constituição Federal em seu artigo 3º define:

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.²³

Ao enfatizar tais princípios a Constituição da República Federativa do Brasil priorizou a adoção de medidas necessárias para o enfrentamento dos problemas sociais.

Esta nova realidade (falência do Estado do bem estar social aliada à promulgação da Constituição Federal de 1988) acabou sendo fator determinante para o surgimento “legal” do Terceiro Setor.

Segundo a cartilha da comissão do Terceiro Setor da OAB/SP “em linhas gerais, o Terceiro Setor é o espaço ocupado especialmente pelo conjunto de entidades privadas sem fins lucrativos que realizam atividades complementares às públicas, visando contribuir com a sociedade na solução de problemas sociais e em prol do bem comum”.²⁴

O fato é que o conceito de Terceiro Setor tem gerado muita controvérsia dentro e fora do mundo acadêmico, não existindo unanimidade entre os diversos autores, inclusive no tocante à sua abrangência.

De qualquer forma, o Terceiro Setor coexiste com o Primeiro Setor, que é o Estado, e com o Segundo Setor, que é o mercado. Difere do primeiro porque suas entidades são de natureza privada, e do segundo porque não visa ao lucro nem ao proveito pessoal de seus atores, mas se dedica à consecução de fins públicos.

O Terceiro Setor nasce como alternativa para responder às demandas da população por bens e serviços cujo provimento era visto como dever estatal.

Segundo Andrés Pablo Falconer:

Na década de noventa, o Terceiro Setor surge como portador de uma nova e grande promessa, a renovação do espaço público, o resgate da solidariedade e da cidadania, a humanização do capitalismo e, se possível, a superação da pobreza.²⁵

²⁴ CUNHA, Lucia Maria Bludeni. **Cartilha terceiro setor.** 2.ed. OAB/SP, 2007, p. 08.

²⁵ FALCONER, Andrés Pablo. O Terceiro Setor e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Disponível em <<http://www.almg.gov.br/bancoconhecimento/tecnico/terset.pdf>> Acesso em 13 mai 2009.

²² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.774.

²³ BRASIL. **Vade mecum.** 5 ed.atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

Deste modo, pode-se seguramente afirmar que o Terceiro Setor abarca hoje a difícil missão de suplantar problemas sociais nas mais diversas áreas da sociedade, agindo sempre dentro dos princípios éticos e morais inerentes à Administração Pública.

O atual presidente da OAB/SP Luiz Flávio Borges D'urso tece o seguinte comentário a respeito do Terceiro Setor:

O Terceiro Setor já ganhou reconhecimento pelas soluções positivas que vem encontrando para toda a sociedade brasileira. São associações, fundações, instituições e organizações, com peculiaridades jurídicas próprias na área tributária, de isenções e imunidades; na área trabalhista, com a Lei do Voluntariado e no Direito Civil, quando da constituição de uma ONG. No processo de transformação da sociedade, o Terceiro Setor vem encontrando respostas criativas para ajudar a mudar o futuro do Brasil.²⁶

Preliminarmente, o presidente da OAB/SP reconhece que o Terceiro Setor atuante exerce papel fundamental em um Estado Democrático de Direito aprimorando soluções na busca pela justiça social, e na sequência descreve as pessoas jurídicas que exercem esse papel (Associações e Fundações).

Cabe neste momento, escalonadamente, apresentar as legislações pertinentes ao Terceiro Setor, sendo no Código Civil – Lei nº 10.406/02 – artigos 44 a 52 que tratam das normas gerais; artigos 53 a 61 que tratam das Associações e; artigos 62 a 69 que tratam das Fundações.

Importante salientar que é comum nos deparar-se com as expressões ONGs, Institutos, Instituição dentre outros para denominar pessoas jurídicas ativas no Terceiro Setor, porém trata-se somente de nomenclaturas utilizadas para designar uma Associação ou Fundação.

Da leitura do artigo 53 do Código Civil busca-se uma conceituação de Associação, a

saber: “Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.”²⁷

Logo, associação: “é uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins econômicos ou lucrativos, que se forma pela reunião de pessoas em prol de um objetivo comum, sem interesse de dividir resultado financeiro entre elas (...)”.²⁸

O artigo supra, recebe críticas da doutrina em geral, pois a expressão “fins econômicos” não condiz com a realidade das Associações, que ficariam presas a exercer um múnus social sem sequer poder participar de atividades econômicas, impossibilitando-as de adquirir receitas com seu próprio esforço.

O Deputado Ricardo Fiúza primou pela alteração deste dispositivo apresentando o Projeto de Lei nº 7.160/02, sugerindo a seguinte redação: “Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para *fins não lucrativos*.²⁹

Com certeza, a alteração do dispositivo legal em comenta parece oportuno. O Deputado justifica da seguinte forma a sua sugestão: “Com isso seria facultado às associações a geração de receita, desde que o resultado da operação não seja apropriado de maneira privada e individual (...).”³⁰

As Fundações também são pessoas jurídicas de direito privado e se divergem das Associações em sua constituição e finalidade, pois se exige um patrimônio previamente destacado pelo seu instituidor para servir um objeto específico, conforme se depreende da leitura do artigo 62 do Código Civil: “Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser a maneira de administrá-la.”

Quanto ao artigo supracitado o Deputado Roberto Fiúza também propôs alteração a seu parágrafo único que limita a área de atuação

²⁷ BRASIL. **Vade mecum**. 5 ed.atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

²⁸ CUNHA, Lucia Maria Bludeni. Ob. cit. p. 09.

²⁹ TAVALERA, Glauber Moreno. **Comentários ao código civil**. Coordenação Luiz Antonio Scavone Jr... [et al]. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 205.

³⁰ Ibidem. p. 205.

²⁶ CUNHA, Lucia Maria Bludeni. Ob. cit. p. 04.

das Fundações: “A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência.

As ponderações articuladas pelo Deputado primam pela supressão do parágrafo único, uma vez que devido às rigorosas fiscalizações que as Fundações se submetem, é inconveniente limitar seus fins, tendo em vista sua forma de constituição e finalidades previamente descritas.

Ressalta-se que as Associações e Fundações que compõem o Terceiro Setor podem buscar títulos, certificados e qualificações perante o Poder Público, sendo em âmbito federal:

Título de Utilidade Pública Federal (TUPF), Fundamentação Legal: Lei nº 91/35; Decretos nº 50.517/61 e nº 3.415/00;

Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEAS), Fundamentação Legal: Constituição Federal art. 203; Lei 8.212/91; arts. 4º e 55 da Lei 8.742/93; arts. 1º, 2º e 3º do Decreto nº 2.536/98 e; Resolução CNAS nº 177/00;

Qualificação como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), Fundamentação Legal: Lei nº 9.790/99 e Decreto nº 3.100/99;

Qualificação como Organização Social (OS), Fundamentação Legal: Lei nº 9.637/98.³¹

Esses certificados/qualificações, dentro de suas peculiaridades, conferem uma série de benefícios às Instituições que os obtêm. De maneira geral pode-se citar:

- diferenciar as entidades que os possuem, inserindo-as num regime jurídico específico;
- demonstrar à sociedade que a entidade possui credibilidade;
- facilitar a captação de investimentos privados e a obtenção de financiamentos;
- facilitar o acesso a benefícios fiscais;
- possibilitar o acesso a recursos públicos, assim como a celebração

³¹ CUNHA, Lucia Maria Bludeni. Ob. cit. p. 09.

de convênios e parcerias com o Poder Público e;

possibilitar a utilização de incentivos fiscais pelos doadores.³²

Indiscutivelmente, essas certificações / qualificações exprimem benefícios as Associações e Fundações nelas credenciadas. E como vimos anteriormente, cada certificação/qualificação possui uma legislação específica que, de modo peculiar, exigem requisitos a serem cumpridos, diferenciando-se, assim, as vantagens oferecidas.

Conclui-se, portanto que o Terceiro Setor nasceu para efetivar o dever legal de se combater as desigualdades sociais, auxiliando o Estado em ações de interesse público como saúde, educação dentre tantas outras.

Dentro desta seara, inequivocamente, o Terceiro Setor cumpre a sua função social, imperando pela busca da valorização da dignidade da pessoa humana no sentido amplo da concepção.

4. A Função Social da Empresa e o Inter-Relacionamento com o Terceiro Setor

O elo entre a função social da empresa e o Terceiro Setor passa, preliminarmente, por uma nuance doutrinária de definição do que vem a ser ‘atividade econômica’, haja vista que a lei civil brasileira se omite quanto à conceituação de empresa.

Em função disso, cada vez mais se sedimenta o entendimento de que a empresa nada mais é senão a atividade desenvolvida pelo empresário³³.

Assim, para Fábio Ulhoa Coelho: “A atividade empresarial é econômica no sentido de que busca gerar lucro para quem a explora”.³⁴

Esse é o entendimento majoritário da doutrina pátria. Porém, acredita-se que esta visão puramente econômica do direito deve ser revista, de modo a adequar a visão de empresa

³² Ibidem. p. 09.

³³ BERTOLDI, Marcelo M. **Curso avançado de direito comercial**. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.54.

³⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: Direito de empresa**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 13.

contemporânea ao tempo e espaço atualmente vivenciados, qual seja: a era da Sociedade da Informação.

Como cita o Prof. Dr. Adalberto Simão Filho, a empresa se encontra em movimento. Então o conceito que a ‘Nova Empresarialidade’ entoa parece o mais adequado neste momento: “a empresarialidade não está ligada conceitualmente à busca do lucro, mas sim, ao exercício de uma atividade econômica organizada”.³⁵

Se imaginarmos que hoje existem empresas que se distanciam da obtenção de lucros e exprimem busca de resultados fica fácil considerar como certo que a atividade de natureza econômica organizada pode ou não estar vinculada à perseguição dos lucros.

Nesse diapasão, pode-se considerar que o Terceiro Setor é movimentado por Associações e Fundações que exercem atividade econômica organizada em sua gestão e visam resultados puramente sociais, e não lucros para seus associados e fundadores.

Ora: então o Terceiro Setor exerce de maneira direta a função social da empresa, pois além de gerar empregos, sua existência está condicionada à busca por justiça social, como fator primordial e único de seus resultados.

Mas, pode-se ainda considerar outra maneira do Terceiro Setor se inter-relacionar com as empresas do Segundo Setor, no exercício pleno da sua função social: quando esta segunda, através de doações ou parcerias, atinge os fins sociais de maneira indireta.

Sendo assim, fica fácil evidenciar o inter-relacionamento do Terceiro Setor com a Função Social da empresa diretamente, pois ele nasceu para cumprir esse princípio constitucional, valorizando a dignidade da pessoa humana, tendo como objeto a aplicabilidade de políticas que impõem a justiça social.

Por fim, cumpre destacar que este artigo não visa apregoar ou distanciar as empresas que estão no Segundo Setor de sua responsabilidade social econômica, em sua persecução aos lucros. Ao contrário: como se vê ao longo desse trabalho, a ‘teoria do resultado’ serve de instrumento para o setor

produtivo executar o mandamento constitucional da função social, quer direta, ou indiretamente, utilizando-se do Terceiro Setor como forma de atingir responsabilidade social e ao mesmo tempo obter lucros.

5. Considerações Finais

Ante o exposto conclui-se, portanto, que as mudanças na sociedade contemporânea exprimem a necessidade de readequação do modelo empresarial apregoado anteriormente.

O novo modelo de empresa deve buscar resultados sociais, além dos puramente lucrativos, tudo isso tendo em vista as mudanças socioeconômicas advindas da sociedade da informação.

Importante salientar que no devido cumprimento de mandamento constitucional insculpido nos direitos e garantias fundamentais, dentre os quais destacam-se a função social da empresa e a dignidade da pessoa humana, que valorizam a boa-fé e a solidariedade, o Estado Democrático de Direito Brasileiro passou a dividir responsabilidades sociais com a sociedade civil, criando as empresas de Terceiro Setor. Empresas essas que têm como objeto a implementação da justiça social auxiliando o Estado em suas funções básicas.

De fato, verifica-se que o inter-relacionamento do Terceiro Setor com a função social da empresa se dá de forma direta, pois mesmo que as Associações e Fundações possuam organização empresarial em sua gestão, jamais podem se distanciar de seu núcleo constitutivo, qual seja, implementar políticas sociais na busca da igualdade social e valorização da dignidade da pessoa humana. Válido afirmar, então, que o Terceiro Setor se inter-relaciona diretamente com a função social da empresa.

³⁵ SIMÃO FILHO, Adalberto. Ob.cit. p.13.

REFERÊNCIAS

- BERTOLDI, Marcelo M. **Curso avançado de direito comercial**. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- BRASIL. **Vade mecum**. 5 ed.atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2008
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**: Direito de empresa. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- COMPARATO, Fábio Konder apud GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CUNHA, Lucia Maria Bludeni. **Cartilha terceiro setor**. 2.ed. OAB/SP, 2007.
- FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. **Revista Jurídica da Unifil**, Ano II – nº 2.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1998**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- HOUAISS, Antonio. VILLAR, Mauro de Salles. Minidicionário houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.
- OLIVEIRA, Marco Antonio L de. **SA8000**: o modelo ISO9000 aplicado à responsabilidade social. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2003.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SIMÃO FILHO, Adalberto. **A nova empresarialidade**. Revista do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, Ano XVII, nº 25, 2003.
- TAVALERA, Glauber Moreno. **Comentários ao código civil**. Coordenação Luiz Antonio Scavone Jr... [et al]. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **A função social da empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais n 92, 2003.

RESUMO

O enfoque do presente artigo se insere dentro de uma perspectiva interdisciplinar e visa demonstrar especialmente o aspecto educacional, como também humanista desenvolvido por Immanuel Kant; que embora bastante conhecido como filósofo do direito, não foi suficientemente lido como educador.

Palavras-chave: Educação. Moral. Sistema. Direito. Immanuel Kant.

ABSTRACT

The focus of this article falls within an interdisciplinary and aims to demonstrate especially the educational aspect, as well as humanistic developed by Immanuel Kant, that although well known as a philosopher of law, was not sufficiently read as an educator.

Keywords: Education. Moral. System. Law. Immanuel Kant.

* Doutora em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito Político e Econômico – MACKENZIE/SP. Especialista em Direito Constitucional e Educacional. Professora titular de Filosofia do Direito do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/SP. Professora Pesquisadora do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/SP. Professora titular do Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* – Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/SP. Avaliadora *ad hoc* de Cursos de Graduação Bacharelado em Direito pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP/MEC, da Diretoria de Avaliação da Educação Superior – DAES. Advogada e Professora Universitária.

1. Introdução

Immanuel Kant, filósofo alemão do século 18, é figura central na história intelectual ocidental e teve enorme impacto no pensamento mediante a profunda influência de sua obra filosófica.

Kant teve enorme impacto no pensamento mediante a profunda influência de sua obra filosófica que marca a divisão entre os dois períodos mais importantes da história da filosofia moderna. Kant é um filósofo de amplo espectro. Desde sua morte, a filosofia kantiana estabeleceu-se como imprescindível ponto de orientação intelectual.

Ao formular as perguntas, fundamentais para o homem: Que posso eu saber? Que devo fazer? O que se pode esperar? Kant soube, como nenhum outro filósofo, colocar a questão do limite do conhecimento humano, indagando-se, interiormente, até onde vai à possibilidade e o poder do espírito humano de conhecer. No entanto, conforme ele mesmo assevera, “para a razão, tal exame constitui-se, em certo sentido, a mais difícil de todas as suas tarefas, a do conhecimento de si própria”.

Em muitas áreas ele se destaca. Na Filosofia, na Teoria do conhecimento, na área da Metafísica, das Ciências Naturais, da História, da Religião, das Humanidades, da crítica ao gosto (Estética), também, na questão da Moralidade, da Ética Internacional. Destacando-se, sobretudo, na Filosofia do Direito. Contudo, embora, bastante conhecido como filósofo, não foi suficiente lido como educador. De fato, as reflexões sobre o pensamento educacional de Immanuel Kant é um aspecto quase que desconhecido pelos juristas.

Em que pese à matriz do pensamento de Kant ser muito utilizada pela maioria dos agentes¹ do Direito (juristas, advogados,

juízes, promotores), e embora o estudo da contribuição teórica do pensamento de Kant seja de suma relevância para a sistemática do Direito, há uma faceta do seu pensamento que é pouco discutida, no campo das ciências sociais e pelos juristas. Ou seja, Immanuel Kant como educador.

Assim sendo, o enfoque do desenvolvido no presente trabalho, é a perspectiva educacional e humanista desenvolvida por esse filósofo nascido em Königsberg que, *hic et nunc* (aqui e agora), nos interessa, particularmente.

Segundo Kant, é na Educação que o homem deve encontrar sua perfectibilidade, por outro lado, ele entende que “a educação é o maior e o mais difícil problema ao qual o homem pode se dedicar”. Nesse sentido, Kant indaga-se sobre o aprimoramento da condição humana: “Como buscar a perfeição? Onde fica a nossa esperança?” Ele mesmo, responde: “Na educação, e em nada mais”.²

A proposta educativa kantiana, afirmava-se no passado, como uma das maiores elaborações da pedagogia iluminista, confiante nas reformas, em especial na reforma da sociedade através da Educação. Idéias que, aliás, que não podemos deixar, atualmente, de compartilhar, no curso de Direito, sobretudo, tendo em vista a necessidade de configuração mais humanista de currículo jurídico.

Por essas razões, objetiva-se demonstrar nessa obra essa faceta de Immanuel Kant desconhecida e pouco lida pelos juristas e que apresenta grande relevância não só para mundo acadêmico do Direito, mas também para aqueles que se encantaram com a Educação, como é o nosso caso. Objetiva-se ainda compreender também sua proposta pedagógica e fixar pontos em comum com a obra de J.J.-Rousseau³, já que a formação educacional de Kant deu-se através daquele escritor genebriano.

Demonstrar-se-á, aqui, que o projeto educacional de Kant é original e orgânico e atual, pois se apresenta por um rigor ético e humanista, destinado a formar um homem universal e racional, marcado pela cultura,

¹ Adota-se, aqui, a expressão agente do direito e não operador, pois entendemos como o Professor Paulo Lopo Saraiva, que operador seria um termo apto a identificar quem trabalha com máquinas. Segundo o professor Saraiva, “quem trabalha com máquinas não é operador é agente, pois não apenas o manipula como também o transforma, por meio de sua ação.” (Apud André Luiz Lopes dos Santos. **Ensino Jurídico**: uma abordagem político-educacional, São Paulo: Campinas: Edicamp, 2002. nota de rodapé nº 1, p. 5).

² KANT, Immanuel. **Sobre a Pedagogia**. Piracicaba: UNIMEP, 2002. p. 25.

³ Nesse sentido veja-se ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Emílio ou A Educação**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

pelo autocontrole, pela moral, pelo afeto, e, especialmente, pelo caráter.

Nos dias de hoje, essas qualidades e virtudes humanas se encontram em falta no mundo em que vivemos.

2. Desenvolvimento

2.1 A vida de Immanuel Kant

Immanuel Kant nasceu no século XVIII⁴, dia 22 de abril de 1724, na pequena cidade de Königsberg⁵, na Prússia Oriental, hoje Alemanha.

Sua vida tranquila transcorreu quase que inteiramente nesta pequena cidade, de onde nunca saiu. Era o quarto irmão mais velho de uma família de onze filhos. Duas de suas irmãs foram empregadas domésticas, o que certamente equivale a dizer que a família era pobre.

Seu pai, João Jorge Kant, exercia função de seleiro. Se seu pai produzia arreios e selas e, sua mãe Ana Regina Reuter, era uma mulher de sublime caráter, possuindo dotes intelectuais acima do comum entre as mulheres da sua posição social e que contribuiu muito para a disciplina moral do filho. Mulher profundamente religiosa Ana ministrou-lhe uma sólida educação moral. Com efeito, a família tinha horror a mentiras, eram trabalhadores e profundamente religiosos.

Kant teve assim, uma formação severa e de inspiração pietista⁶. Ao perder a mãe, com

⁴ Como aponta Franc MORANDI, “o século XVIII é o século das ‘Luzes’, termo ligado, por Alembert, à ideia não só de um progresso técnico e científico, mas do progresso intelectual da humanidade. Ele se baseia na inteligibilidade da natureza e numa fé na razão para resolver os problemas da humanidade. Essa concepção do progresso e os debates aos quais este século se consagra, estão ligados ao da educabilidade e de seu sentido. Educação e progresso vão lado a lado”. (Cf. MORANDI, Franc. **Filosofia da Educação**. Bauru: EDUSC, 2002. p. 79).

⁵ Registre-se que a provinciana cidade de Königsberg, contava nessa época, com uma população de cerca de cinqüenta mil habitantes.

⁶ Pietismo foi um movimento religioso nascido na Igreja luterana alemã do séc. XVII como reação ao dogmatismo da Igreja oficial. Surgiu dentro do Luteranismo, como oposição à negligência da ortodoxia luterana para com a dimensão pessoal da religião. O Pietismo influenciou o surgimento de movimentos religiosos independentes de inspiração protestante tais como o pentecostalismo, o neo-

tenra idade, aos treze anos, Kant já se encontrava fortemente imbuído das crenças morais e religiosas da família. O exemplo dos seus pais conservou-se vivo em Kant. Mais tarde, Kant recordará emocionado, que “jamais viu nem ouviu na casa paterna coisa alguma que não se conformasse com a probidade, a decência, a veracidade.”

Em 1747, após a morte do pai, Kant deixou a universidade, antes de completar seu grau acadêmico e para ganhar a vida tornou-se professor particular. Exerceu a função de preceptor por nove anos. Foi aluno na Universidade de Königsberg e nela tornou-se professor universitário⁷.

Kant teve, entretanto, uma carreira acadêmica difícil. Obteve a cátedra como titular⁸ somente em 1770, já com quase 50 anos de idade. Sua modesta remuneração, como professor segundo consta, dependia do número de inscritos em seus cursos. No entanto, mesmo diante das adversidades, sua vida foi orientada exclusivamente para as atividades de ensino e de pesquisa.

pentecostalismo e o carismatismo, todos de caráter anabatista. O Pietismo combinava o Luteranismo do tempo da reforma, enfatizando a piedade do indivíduo e uma vigorosa vida cristã.

⁷ A Universidade de Königsberg, foi fundada em 17 de agosto de 1544, por Alberto III, Margrave de Brandemburg, primeiro duque da Prússia, caracterizando-se como foi uma instituição de ensino superior, estritamente Luterana. Foi, contudo, o então Rei Sigismundo da Polônia que lhe concedeu autonomia, mediante carta em 29 de setembro de 1561, e atribuiu *licentia docendi* aos alunos graduados como mestres os quais passaram inclusive, por esta concessão e privilégio, a ser considerados nobres pelo reino polônês. Quando a Prússia foi elevada à categoria de reino (1701), a Universidade foi considerada uma fundação real, recebendo privilégios de todas sorte, dentre os quais, a autonomia. Por volta de 1750, Königsberg, seguindo o exemplo de outras universidades, instituiu assim, de forma autônoma, o ensino da língua alemã, embora continuasse a ministrar a língua latina. Registre-se que é, justamente, nesta instituição de ensino superior, que o pensador **Immanuel Kant** passa a ensinar, como primeiro filósofo a lecionar numa Universidade. Este fato, e a circunstância alicerçada no renome de Kant, fez com que Königsberg fosse lembrada como a “Universidade de Kant”, e a ele foi erigido um monumento em 1864. (Cf. LINHARES, Mônica Tereza Mansur. **Autonomia Universitária no direito educacional brasileiro**. São Paulo: Segmento, 2005. p. 42).

⁸ Registre-se que o ingresso de Kant, no mundo acadêmico, deu-se com a dissertação: *Principiorum primorum cognitionis metaphysicae nova dilucidatio*.

Conta-se que Kant dava aulas por muitas e longas horas; jantava com seus alunos em sua casa e fazia regulares passeios vespertinos, famosos por sua neurótica pontualidade⁹. Conta-se, ainda, que Kant se levantava, infalivelmente, às cinco horas da manhã, tomava chá, fumava cachimbo e trabalhava até as sete horas. Depois das atividades diurnas, saía para depois dar aulas e retornava a sua para almoçar. Seu almoço nunca era solitário, a mesa sempre havia companhia¹⁰.

Kant era um conviva agradável, apreciava bons vinhos, mas não gostava de cervejas, que segundo ele responsável por todas as doenças. Após a refeição, nunca deixava de dar o seu passeio, para caminhar, ao mesmo tempo respirar e meditar¹¹. Fisicamente, Kant era pequeno de estatura, magro, peito encolhido e ombros estreitos, e de complexão frágil. No entanto, não dava muita confiança aos médicos, e adotará por conta própria, certo regime de vida a que se atinha com escrupulosa fidelidade¹².

Tornou-se catedrático na Universidade de Universidade de Königsberg. Sofreu influência do pensamento de Rousseau, Newton, Leibniz e Hume. Foi um pensador prolífico e suas obras mais discutidas e importantes são: *Crítica da Razão Pura* (1790), *Crítica da Razão Prática* (1788), *Crítica do Juízo* (1790), *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (1785), *A Paz Perpétua e outros opúsculos* (1795), *Sobre a Pedagogia* (1803).

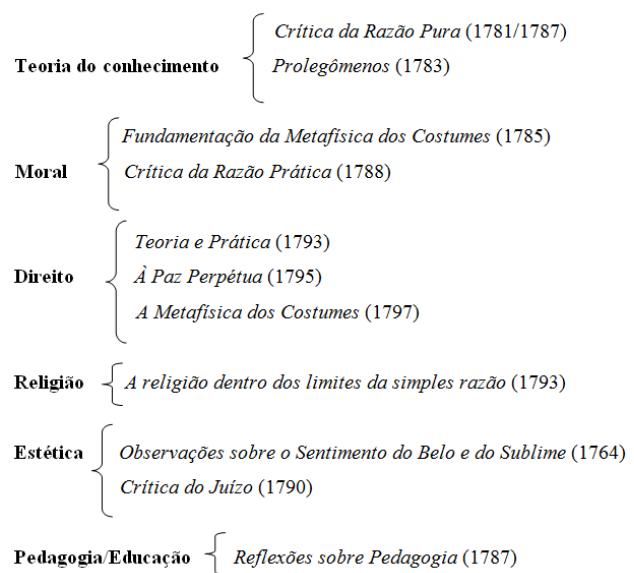
Kant não se casou nem teve filhos. No último decênio de sua vida, suas forças

começaram a declinar e, em 1796, renunciou ao magistério. Continuou a escrever, mas com dificuldade. Faleceu em 12 de fevereiro de 1804¹³. Suas últimas palavras foram: “*Es ist gut*” (Está bem!).

2.2 Principais Obras e Períodos Críticos

Se vasculharmos a matriz do pensamento que perpassa o discurso comum e a teoria jurídica mediana de nós, operadores do direito – advogados, juízes, promotores, doutrinadores –, sem que muitos de nós saibamos, estamos mergulhados numa atmosfera intelectual que, se buscada no passado histórico da filosofia, tem boa parte de sua contribuição saída de Immanuel Kant.

As principais obras de Kant, por áreas de saber podem ser, desta forma indicadas:



⁹ Nesse sentido, remetemos o leitor à obra de QUINCEY, Thomas De. **Os últimos dias de Kant**. 2003, *passim*; e à obra de PASCAL, Georges. **Compreender Kant**. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 1-18.

¹⁰ Sobre a veracidade dessas informações, vejam-se as obra de PASCAL, Georges. **Compreender Kant**. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 18; ROVIGHI, Sofia Vanni. **História da Filosofia Moderna**: da revolução científica a Hegel. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 533-656; ROUANET, Sergio Paulo. **As razões do iluminismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1987; MASCARO. Op. cit., p. 49-91.

¹¹ Idem Ibidem.

¹² Vejam-se, a esse propósito, as informações seu pitoresco e estóico modo de vida, nas obras de QUINCEY, Thomas De. **Os últimos dias de Kant**. 2003; e em PASCAL, Georges. **Compreender Kant**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 1-18.

De uma maneira geral, a obra de Kant foi marcada, conforme aponta Alysson Leandro Mascaro¹⁴, por três ou fases ou períodos muito distintos¹⁵.

¹³ Sobre o fim da vida de Kant vale à pena ler a magnífica e saborosa obra, de autoria do ensaísta inglês Thomas De Quincey que escreve sobre a vida do filósofo, a partir de testemunhos de Wasianski (1804), um dos últimos discípulos de Kant. Veja-se, assim: QUINCEY, Thomas De. **Os últimos dias de Kant**. Lisboa: Relógio D' Água, 2003.

¹⁴ MASCARO. Op. cit., p. 48.

¹⁵ Ibid., p. 41-66.

Na primeira, Kant volta-se aos temas clássicos das ciências naturais, como a Física e a Astronomia.

Numa fase posterior, Kant trata dos temas propriamente filosóficos e, na terceira e última fase, Kant elabora os pressupostos de sua metodologia filosófica. São deste último período as suas obras mais conhecidas – as grandes críticas –, a saber: *A Crítica da Razão Pura* (1781)¹⁶, *A Crítica da Razão Prática* (1788)¹⁷ e a *Crítica da Faculdade do Juízo* (1790)¹⁸.

De maneira didática, acrescentar-se-ia que, o primeiro, o período pré-crítico, se estende de 1747 a 1781, a data do marco *Kritik der reinen Vernunft*; o segundo, o período crítico, se estende de 1781 a 1784.

Senão, vejamos:

1- O Período Pré-Crítico. É desse período a primeira obra de Kant, publicado em 1747, intitulava-se *Gedanken Von der wahren Schatzung der lebendigen Kräfte* (Pensamentos sobre a verdadeira avaliação das forças vivas). Em 1775 ele publica sua dissertação de doutorado, *De Igne* (Sobre o fogo), e o trabalho *Principiorum Primorum Cognitionis Metaphysicae Nova Dilucidatio* (Nova explanação sobre os primeiros princípios do conhecimento metafísico), com o qual ele qualificou-se para a posição de "Privatdozent".

Além desses, nos quais ele expôs e defendeu a filosofia corrente de Wolff, discípulo de Leibniz, ele publicou outros tratados nos quais ele aplicou aquela filosofia a problemas de matemática e física. Ainda, nesse período, em 1770 apareceu o trabalho *De Mundi Sensibilis adque Intelligibilis Formis et Principiis*¹⁹ no qual ele mostra pela primeira vez uma tendência a adotar um sistema independente de filosofia.

Os anos de 1770 a 1780 foram gastos, como o próprio Kant nos diz, na preparação da "Crítica da Razão Pura".

¹⁶ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Coleção Os Pensadores).

¹⁷ Id. **Crítica da Razão Prática**. Lisboa: Edições 70, 2003. (Textos Filosóficos.).

¹⁸ Id. **Crítica da Faculdade do Juízo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

¹⁹ Tradução livre “Sobre as Formas e Princípios do mundo sensível e inteligível”.

2- Período Crítico. Neste período entre a nomeação e sua aposentadoria pouco antes de sua morte, - geralmente chamado seu período das críticas, porque foi quando escreveu suas duas grandes críticas, - ele publicou uma surpreendente série de trabalhos originais sobre uma grande variedade de tópicos, nos quais ele elaborou e ampliou sua filosofia.

3- Período Pós-Crítico. Nesse período o pensamento de Kant em um determinado momento pode ser compreendido como uma filosofia crítica, pois na tentativa de argumentar sobre as sistematizações lógicas das correntes filosóficas do racionalismo²⁰ e do empirismo²¹.

A Filosofia kantiana foi a última grande tentativa de resolver os problemas dos quais se ocuparam os filósofos nos séculos XVII e XVIII. Isso incluía providenciar uma fundamentação filosófica para a nova ciência, desenvolvendo a relação de uma nova visão sobre a natureza com a concepção tradicional da metafísica, da moralidade e da religião,

²⁰ Racionalismo pode ser definido como a doutrina que atribui à razão humana, a capacidade exclusiva de conhecer e de estabelecer verdade. Contrariamente ao empirismo, considera a razão como independente da experiência sensível (*a priori*), vez que ela é inata, imutável e igual em todos os homens; em oposição ao misticismo, o qual rejeita toda e qualquer intervenção dos sentidos e das emoções, pois, no momento do conhecimento a única autoridade é a razão. (Cf. JAPIASSÚ, Hilton. O racionalismo cartesiano. In: REZENDE, Antônio. (Org.). **Curso de filosofia**. 10. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 101). Registre-se que a corrente filosófica do racionalismo tem um cunho originalmente francês, em razão de seu maior expoente René Descartes, que afirma ser o único o único método da ciência o método racionalista, dedutivo, próprio da matemática, pretendendo reduzir a filosofia à matemática.

²¹ Empirismo é a doutrina ou teoria do conhecimento segundo a qual todo conhecimento humano deriva, direta ou indiretamente, da experiência sensível externa ou interna. Frequentemente fala-se do “empírico” como daquilo que se refere à experiência, às sensações e às percepções, relativamente aos encadeamentos da razão. O empirismo, sobretudo de Locke e Hume, demonstra que não há outra fonte de conhecimento senão a experiência e a sensação. As idéias só nascem de um enfraquecimento das sensações, e não podem ser inatas. Daí o empirismo rejeitar todas as especulações como vãs e impossíveis de circunscrever. Seu grande argumento: “Nada se encontra no espírito que não tenha, antes, estado nos sentidos. A não ser o próprio espírito, responde Leibniz (racionalista). (Cf. JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991, p. 80).

bem como definindo os limites de nossas capacidades para conhecer a realidade.

O que é notável no pensamento kantiano é ampla extensão dos temas dos quais seu pensamento dedica estudo cuidadoso e sistematizado. É, o caso, por exemplo, em suas reflexões sobre a questão “*O que é Esclarecimento?*”²².

O texto responde à pergunta: *Que é Esclarecimento?* e foi escrito por Immanuel Kant em 1783, seis anos antes da Revolução Francesa, movimento inspirado pelos ideais iluministas e que alterou o quadro político e social da época. Com o lema “liberdade, igualdade e fraternidade”, a revolução aboliu o regime absolutista e consolidou o poder econômico da burguesia. Testemunha dos acontecimentos revolucionários do período, Kant defende a instauração do domínio da razão e da liberdade.

No início de seu ensaio, o filósofo define o que chama de imaturidade e expõe o conceito de *aufklaerung*, termo alemão que pode ser traduzido por “iluminismo”, “esclarecimento” ou “ilustração”. Nesse ensaio, Kant aponta a essência do esclarecimento não no aprendizado ou no cultivo de nossas faculdades intelectuais, mas na coragem e na resolução de pensar por nós mesmos. Kant vai dizer que o iluminismo é a

²² *O que é Esclarecimento?* O termo em alemão pode ser traduzido por “iluminismo”, “esclarecimento” ou “ilustração”. Registre-se, ainda, que a palavra “Luzes”, em alemão, é significativa: *Aufklärung*²² designa um processo, a ação de esclarecer, de elucidar, de produzir as “luzes”. Significa buscar em si mesmo, sua própria razão, procurar enfim, por sua autonomia. Kant responde, assim, à pergunta: O que é o Iluminismo?, exortando, - na resposta, por ele dada a essa questão, e em opúsculo que leva o mesmo nome da pergunta, da seguinte forma: “O Iluminismo é a saída do homem da sua menoridade de que ele próprio é culpado”. A menoridade é por culpa própria se a sua causa não reside na falta de entendimento, mas na falta de decisão e de coragem de se servir de si mesmo sem a orientação de outrem. *Sapere aude!* Tem a coragem de te servir do teu próprio entendimento! Eis a palavra de ordem do Iluminismo”. (Cf. KANT, Immanuel. *Resposta à pergunta: O que é Iluminismo?* (1784). In: *A Paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, [Textos Filosóficos], s/d, p. 11). Em síntese, Kant entende que a natureza humana esta por fazer, e por formar-se logo, é incumbência do homem a sua própria educabilidade. Entretanto, essa incumbência é também coletiva, na medida em que o processo educativo há de ser renovado e aperfeiçoado a cada geração, sem prescindir do fato de que o homem deve ser educado no contexto de sua totalidade.

saída do ser humano da sua imaturidade (menoridade intelectual) e essa imaturidade, para ele, significa a incapacidade de a pessoa servir-se do próprio entendimento. Assim sendo, segundo Kant, o esclarecimento somente ocorre quando a pessoa tem a coragem de ser crítica, isto é, de servir-se do próprio entendimento, na procura do conhecimento e de sempre examinar o que lhe é transmitido.

Segundo Kant, o próprio homem é culpado por sua imaturidade, porque, podendo fazer uso do seu entendimento, deixa-se guiar por outras pessoas, por preguiça ou covardia. O filósofo afirma que os homens muitas vezes preferem pagar para que outros pensem em seu lugar. Para Kant, é muito cômodo ser imaturo, não se servir da crítica, porque existe muita gente que faz isso por você. Para o filósofo, as pessoas que não conquistam o esclarecimento viram massa de manobra daqueles que fazem uso utilitário de certos conhecimentos. Ainda, de acordo com o filósofo alemão, o homem prefere entregar o seu esclarecimento a tutores, que mostram aos seus “pupilos” o perigo que os ameaça caso tentem “andar” sozinhos. O pensador afirma ainda que essa intimidação é realizada por preceitos e fórmulas, e cita como exemplo a atitude das autoridades religiosas que convocam a comunidade a crer sem questionamentos.

Kant diz também que a imaturidade religiosa é a mais perniciosa de todas e isso torna o texto bastante atual, pois a nossa época é marcada por várias formas de fanatismo religioso, e isso cega as pessoas. As religiões podem infundir o medo e cegar os fiéis, que passam a ser usados por alguns, como ferramentas de poder.

Kant entende que todo indivíduo vive uma situação de menoridade no início do seu processo de formação, mas há uma hora em que ele precisa se distanciar de seus mestres, analisando criticamente o que dizem.

Segundo ele “Nós precisamos de educação, só que há um momento da nossa formação em que temos de nos servir do próprio entendimento”²³. Um exemplo atual

²³ KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: O que é Iluminismo? (1784). In: *A Paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, [Textos Filosóficos], s/d. p. 11).

seria mais ou menos como um adolescente que em determinada época tem de sair de casa para se virar na vida.

Por outro lado, para Kant, os homens só atingem o esclarecimento por meio do “uso público da razão”, que nada mais é do que a liberdade de expressão. Kant distingue o uso público do uso privado da razão. O uso privado é aquele que uma pessoa faz em uma função que lhe foi designada. Um oficial, por exemplo, precisa obedecer às regras que regem o serviço militar e, assim, faz uso privado da razão. Só que, caso ele discorde da condução de alguma tática de guerra, ele tem o direito de, diante de pessoas letradas, condecoradoras do assunto, fazer o uso público da razão. “Ou seja, exercitar a crítica”, afirma.

Percebe-se, portanto, uma imperiosa necessidade kantiana de emancipar nosso esclarecimento/conhecimento sobre as coisas e do prejuízo e de toda forma de autoridade, de que nos oferece o conforto de pensar, em conforme submissa ao que os outros pensam, sem nos conduzir, com coragem, aos nossos próprios e pensamentos.

2.3 A Educação na Filosofia kantiana

O homem não pode tornar-se homem senão pela educação.

Immanuel Kant

A relevância do estudo da contribuição teórica do pensamento de Kant não se consubstancia tanto em razão de suas contribuições para a sistemática do direito, mas em razão de um aspecto quase que desconhecido pelos juristas, e de grande interesse para esta pesquisa.

Em que pese à matriz do pensamento de Immanuel Kant ser muito utilizada pela maioria dos agentes²⁴ do direito (juristas, advogados, juízes, promotores), o que

²⁴ Adota-se, aqui, a expressão agente do direito e não operador, pois se entende, como o Professor Paulo Lopo Saraiva, que operador seria um termo apto a identificar quem trabalha com máquinas. Segundo o professor Saraiva, “quem trabalha com máquinas não é operador é agente, pois não apenas o manipula como também o transforma, por meio de sua ação.” (Apud SANTOS, André Luiz Lopes dos. **Ensino Jurídico:** uma abordagem político-educacional. São Paulo: Campinas: Edicamp, 2002. p. 5 nota de rodapé n° 1).

interessa neste trabalho é justamente analisar uma faceta do pensamento kantiano pouco discutida: a do Kant educador.

A ideia educativa proposta por Kant, em sua filosofia da educação, é a da orientação da pessoa pela autonomia de seu próprio pensamento e dirigida ao progresso humano.

Segundo Joy Palmer²⁵, “a influência de Kant no pensamento educacional pode ser particularmente verificada em autores como Pestalozzi e Herbart, principalmente em relação aos temas centrais de sua filosofia epistemológica e moral, e a eles reagiram”.

Encontra-se o delineamento de um Kant educador, na primorosa obra de Luc Vincenti “Educação e Liberdade: Kant e Fichte”²⁶. Nesse pequeno opúsculo, Vincenti²⁷ afirma que “a união da filosofia kantiana com a educação, não é algo acidental”, pois segundo esse autor, Kant confirma a afirmação progressiva de uma filosofia do sujeito que, enquanto tal, deve assumir a responsabilidade pela construção da natureza humana.

É, portanto, no âmago de uma filosofia da educação que pode enraizar-se essa instituição do sujeito, criação do homem por ele mesmo, formação, transformação de sua natureza humana. Dessa maneira, em Kant a Educação afirma-se como o lugar desse nascimento do homem, nascimento pela qual só o homem pode ser considerado responsável.

A idéia educativa proposta por Kant, em sua filosofia da educação²⁸, é a da orientação da pessoa pela autonomia de seu próprio

²⁵ PALMER, Joy A. **50 Grandes Educadores:** de Confúcio a Dewey. São Paulo: Contexto, 2005, p. 80.

²⁶ VINCENTI, Luc. **Educação e Liberdade: Kant e Fichte.** São Paulo: Editora Unesp, 1994, p. 11.

²⁷ Idem ibidem.

²⁸ Segundo Thomas Ransom Giles, o objetivo da filosofia da educação é procurar aprofundar e compreender o processo educativo tal como é vivido, para poder enfrentar as questões fundamentais desse processo. Ela pretende, sobretudo, levar aqueles que são responsáveis pela orientação do processo educativo a descobrir o sentido radical desse processo, mediante a compreensão radical daquilo que é, pois essa compreensão abre o caminho para aquilo que pode vir a ser. (In: GILES, Thomas Ransom. **Filosofia da Educação.** São Paulo: Pedagógica e Universitária, 1983. p. 29). Nesse mesmo sentido, entendemos que a filosofia da educação almeja a compreensão do processo educativo como tal, para que a escolha de objetivos e meios seja mais coerente com as necessidades fundamentais do homem.

pensamento e dirigida assim ao progresso do humano.

Luc Vincenti²⁹ corrobora essa afirmativa quando afirma que é a Kant a quem devemos remontar para o surgimento de uma responsabilidade plena e total do sujeito, não unicamente diante do conhecimento, mas também diante do mundo. Pois, segundo Vincenti, tudo o que o sujeito é tudo o que o constitui e tudo o que ele faz depende do próprio sujeito.

Para Kant³⁰, existe uma grande responsabilidade de todos nós na transformação do próprio homem, pois, a natureza humana está ainda por fazer, por transformar e a transformação é incumbência do próprio homem mediante a educação. No entanto, apesar do interesse profundo e permanente no assunto, Kant nunca escreveu um tratado sistemático sobre educação.

É, porém, na obra *Réflexions sur l'éducation* (1787) que se encontram reflexões e o perfil do pensamento de Kant sobre a Educação. Esse texto foi publicado pela primeira vez em 1803³¹, logo após a morte de Kant, por Friedrich Theodor Rink, aluno e discípulo de Kant. O texto intitula-se *Immanuel Kant über Pädagogik* (1803) e foi traduzido para o inglês, em 1960, sob o título de *Education*.

A obra segundo Franco Cambi,³² trata-se de um curso de pedagogia proferido por Kant, para os alunos da Universidade de Königsberg e apresentam um texto conciso, por vezes quase apodítico, além de apresentar exposições de princípios e enunciação de conselhos práticos.

Para a perspectiva educacional kantiana, o homem tem necessidade de cuidados e de formação desde a mais tenra idade. Por isso mesmo, o processo educativo kantiano envolve, simultaneamente e de forma integral, os seguintes componentes para o bom desenvolvimento da natureza humana:

nutrição, disciplina, instrução moral e cultura.³³

O homem na concepção kantiana deve, portanto, ser visto como ser integral, holístico e sistêmico, educado assim tanto para a disciplina quanto para a cultura, para a prudência e para os princípios; desenvolvendo, dessa maneira, suas aptidões para o dever, para o bem, para a cultura e para a socialização.³⁴

Segundo Immanuel Kant³⁵, na Educação o homem deve:

a) ser *disciplinado*: disciplinar, segundo o filósofo quer dizer procurar impedir que a animalidade prejudique o caráter humano, tanto no indivíduo como na sociedade. Portanto, a disciplina consiste em domar a selvageria³⁶;

b) tornar-se *culto*: a cultura abrange a instrução e vários conhecimentos. A cultura é a criação da habilidade e esta é a posse de uma capacidade condizente com todos os fins que almejamos. Ela, portanto, não determina por si mesma nenhum fim, mas deixa esse cuidado às circunstâncias.³⁷

c) cuidar da *moralização*: não basta que o homem seja capaz de toda a sorte de fins; convém também que ele consiga disposição de escolher apenas os bons fins. Bons são aqueles fins aprovados necessariamente por todos e que podem ser, ao mesmo tempo, os fins de cada um.³⁸

Por outro lado, a Educação deve também cuidar para que o homem se torne prudente, permaneça em seu lugar na sociedade, seja querido e tenha influência. A essa espécie de cultura pertence àquela chamada propriamente de civilidade. Essa requer, contudo, certos modos corteses, gentileza e a prudência de servir dos outros homens para os próprios fins. Ela se regula pelo gosto mutável de cada época³⁹;

O homem pode ser ou treinado, disciplinado, instruído mecanicamente, ou ser em verdade ilustrado. Kant adverte, porém,

²⁹ Idem ibidem, p. 10-11.

³⁰ KANT, Immanuel. **Le conflit des facultés**. Paris: Vrin, 1973. p. 94-5.

³¹ Conforme aponta Joy A. Palmer. (In: **50 Grandes Educadores**: de Confúcio a Dewey, p. 80).

³² CAMBI, Franco. **História da Pedagogia**. São Paulo: UNESP, 3. ed. p. 361.

³³ KANT, Immanuel. **Sobre a Pedagogia**. Piracicaba: UNIMEP, 2002. p. 25-7.

³⁴ Ibid., p. 25-7.

³⁵ Ibid., p. 25.

³⁶ KANT, Immanuel. **Sobre a Pedagogia**. Piracicaba: UNIMEP, 2002. p. 25.

³⁷ Ibid., p. 26.

³⁸ Ibid., p. 26-7.

³⁹ Ibid., p. 26.

sobre a necessidade do pensamento crítico, já que “treinam-se os cães e os cavalos, porém, também os homens podem ser treinados. Entretanto, não é suficiente treinar as crianças; urge que aprendam a pensar”.⁴⁰

Immanuel Kant⁴¹ fala em sua proposta educacional de “deveres para consigo” e “para com os outros”, da centralidade do “direito”, da “razão”, remetendo a criança e o homem a uma “educação religiosa”, a iniciá-los já na idade mais tenra a “Deus e ao dever”, e para a compreensão da “lei do dever”.

Percebe-se assim que, como a arte da Educação, a Pedagogia kantiana deve ser raciocinada de forma sistemática, visando a desenvolver a natureza humana holisticamente para essas qualidades.

Kant enxerga, portanto, o homem na sua compreensão integral, do todo humano, e não como ser humano fragmentado. Embora possa parecer que a teoria da Educação seja secundária na obra de Immanuel Kant, entende-se que ela permeia muito de sua obra, especialmente nas *Críticas*, onde é observado o funcionamento do entendimento, objeto da teoria do conhecimento e da razão humana, na perspectiva de um sujeito conchedor.

Kant se pergunta⁴²

Não sei por que os educadores da juventude não fizeram há muito tempo uso dessa razão de entrar com prazer no exame das questões práticas [...] É uma coisa na qual até mesmo a primeira juventude sente o progresso de seu julgamento.

Para Immanuel Kant, essa atividade racional, conchedora e sistemática há de ser o fio condutor de toda a Educação e a conduta moral de todo ser humano.

Registre-se que tanto Platão como em Immanuel Kant se desenvolve uma das mais influentes filosofias que lidam com a Educação: o *idealismo*⁴³. Os *idealistas*,

conforme apontam Howard A. Ozmon e Samuel M. Craver⁴⁴:

Acreditam que as ideias são a única realidade verdadeira. Não que todos os idealistas rejeitem a matéria (o mundo material); ao contrário, sustentam que o mundo material é caracterizado pela mudança, pela instabilidade e pela incerteza, ao passo que as ideias são resistentes e duradouras. Na academia platônica, os estudantes eram encorajados a lançarem-se no mundo da concepção das ideias, em vez de no mundo da percepção dos dados sensoriais.

(Sócrates). Os idealistas buscam a auto-realização, que também será buscada por realistas como Aristóteles. Os idealistas concordam que muitos dos materiais e disciplinas curriculares são, todavia, inadequados. Entretanto, o idealismo é freqüentemente considerado uma filosofia da educação conservadora, porque muito das suas realizações são dirigidas para a preservação de tradições culturais. Isso provém da preocupação dos idealistas com verdades eternas e essenciais da noção de que a educação é, sobretudo, uma questão de transmitir a herança cultural. Alguns idealistas do passado da teoria educacional são Sócrates, Platão, Santo Agostinho, Berkeley, Kant, Hegel, Harris, Froebel. Idealistas recentes são: Bradley, Croce, Gettile, Royce, T.H. Green, Hocking, Caastell. Podemos citar ainda, como exemplos de pensadores *idealistas*, Santo Agostinho (idealismo religioso), René Descartes (idealismo moderno), George Berkeley, Immanuel Kant e Georg Wilhelm Friedrich Hegel. E, contemporaneamente: Giovanni Gentile, Josiah Royce, Donald Butler, Herman Horne, dentre outros. A crítica ao idealismo aponta ainda seu enfoque abrangente, sistemático e holístico nas questões educacionais e do currículo. (Cf. LINHARES, Mônica Tereza Mansur. Ensino Jurídico: Educação, Currículo e Diretrizes Curriculares no Curso de Direito. São Paulo: Iglu, 2010. p. 120).

⁴⁴ Conforme apontam Howard A. Ozmon e Samuel M. Craver, “é preciso salientar, contudo, que os idealistas acreditam que a educação não deveria apenas enfatizar o desenvolvimento da mente, mas encorajar os estudantes a se voltarem às coisas de valor duradouro. Acompanhados por Platão, acreditam que o objetivo da educação deveria ser direcionado para a busca de ideias verdadeiras. Saliente-se ainda que outro objetivo idealista importante seja a busca do desenvolvimento do caráter, pois a busca da verdade demanda disciplina pessoal e caráter firme”. OZMON, Howard A.; CRAVER, Samuel M. **Fundamentos filosóficos da Educação**. Porto Alegre: Artmed. p. 27-30. Citam-se como exemplos de pensadores idealistas, Santo Agostinho (idealismo religioso), René Descartes (idealismo moderno), George Berkeley, Immanuel Kant e Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Mais recentemente: Giovanni Gentile, Josiah Royce, Donald Butler, Herman Horne, dentre outros.

⁴⁰ Ibid., p. 25-7

⁴¹ Ibid., p. 27.

⁴² KANT, Immanuel. **Sobre a Pedagogia**. Piracicaba: UNIMEP, 2002. p. 85-107.

⁴³ Para os *idealistas*, o pessoal é mais importante que o factual em si; o autoconhecimento é mais importante do que o conhecimento do mundo “Conhece a ti mesmo”

A dimensão do pensamento de Immanuel Kant como educador, preocupado, sobretudo, com a formação integral do homem – sua consciência moral e responsabilidade, que, segundo ele, possibilita o caminho para a reconstrução da natureza humana –, encontra-se delineada na obra “*Réflexions sur l'éducation*”⁴⁵ - ⁴⁶, que, embora pouca divulgada e pouco conhecida pelos juristas abre um farto painel para reflexão de como deve ser a Educação do ser humano.

As reflexões sobre o significado e o alcance da Educação, propugnadas por Kant⁴⁷ baseiam-se nos seguintes enunciados:

- O homem é a única criatura que precisa ser educada.
- O homem tem necessidade de cuidados e de formação.
- O homem tem necessidade de cultura, e, por esta se distingue do animal.
- O homem não pode tornar-se um verdadeiro homem senão pela educação.
- Ele é aquilo que a educação fez dele.

Kant expressa que a natureza humana está por se fazer, por formar-se. Verifica-se, assim, a incumbência extremamente importante do homem com a Educação.

A Educação para Kant⁴⁸ é assim definida:

A educação é uma arte, cuja prática necessita ser aperfeiçoada por várias gerações. Cada geração, de posse dos conhecimentos das gerações precedentes, está sempre melhor aparelhada para exercer uma educação que desenvolva todas as disposições naturais, na

justa proporção e de conformidade com a finalidade daquelas, e, assim, guia toda a humana espécie a seu destino. [...] Entre as descobertas humanas há duas dificílimas e são: a arte de governar e a arte de educar.

Dessa maneira, o processo educativo não poderá ser estagnado, pois não é esclarecido, mas a esclarecer. É, portanto, uma tarefa a ser realizada, não somente pelo próprio homem, mas uma tarefa aberta para o mundo. A Educação para Kant inscreve-se além da dimensão individual, para um caráter coletivo.

É interessante notar ainda a perplexidade que a filosofia kantiana traz ao se questionar sobre o caráter da educação do homem no sentido de sua educabilidade – passando pela questão de saber se efetivamente esse caráter educável conduz o homem, quer individualmente, quer coletivamente, a realizar a sua essência, ação e história, como ponto de partida de sua construção e re-construção –, caminho este, aliás, que também é percorrido na filosofia de Platão e de J.-J. Rousseau.

2.4 A Moral no Processo Educativo

Duas coisas enchem o ânimo de admiração e veneração sempre novas e crescentes, quanto mais freqüentemente e com maior assiduidade delas se ocupa a reflexão: o céu estrelado acima de mim e a lei moral dentro de mim.

Immanuel Kant.

Crítica da razão prática.

Kant enfatiza em toda a sua obra educacional a necessidade do desenvolvimento do caráter do homem e o compromisso da criança e do homem com o dever.

Essa preocupação é ilustrada em sua descrição de várias *máximas*⁴⁹ e de como elas deveriam produzir certos resultados através da educação.

⁴⁵ KANT, Immanuel. *Réflexions sur l'Éducation* [1803]. Paris. Vrin, 1966. Ou ainda, em obra traduzida para o português. Id. Reflexões sobre Educação. Piracicaba: UNIMEP, 2002, p. 19, 20; e também: Id. *Sobre a Pedagogia*. 3. ed. Piracicaba: UNIMEP, 2002.

⁴⁶ A perspectiva pedagógica no pensamento de Kant encontra-se trabalhada na obra: VICENTI, Luc. *Educação e Liberdade*: Kant e Fichte. São Paulo: UNESP, 1994.

⁴⁷ KANT, Immanuel. *Réflexions sur l'Éducation* [1803]. Paris. Vrin, 1966. p. 80. Nesse sentido, veja-se também a obra: *Sobre a Pedagogia*. 3. ed. Piracicaba: Editora UNIMEP, 2002.

⁴⁸ KANT. Op. cit., p. 19-20.

⁴⁹ Segundo André Lalande, (In: Lalande, A. **Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, verbete [Máximas] p. 653). Máximas são “fórmulas breves, que resumem uma regra de conduta, um princípio de lógica ou de direito, uma observação psicológica de caráter geral”. Para Kant, a máxima é a regra de conduta considerada por aquele que a adota como válida para sua própria vontade, sem referência à de outrem.

Para Kant, máxima é a regra de conduta considerada por aquele que a adota como válida para sua própria vontade, sem referência à de outrem. Uma máxima é definida assim como “um princípio subjetivo da vontade” e distingue-se do princípio objetivo ou “lei prática”⁵⁰. Enquanto esta última é válida para todo e qualquer ser racional e constitui um princípio de acordo com o qual ele deve agir. A máxima contém a regra prática que a razão determina de acordo com as condições do sujeito (frequentemente, sua ignorância ou inclinação) e é, portanto, o princípio de acordo com o qual o sujeito age.⁵¹

As máximas, portanto, devem originar-se no ser humano.

Nesse sentido, exemplifica Howard A. Ozmon⁵², no treinamento moral, devemos, desde cedo, procurar inspirar nas crianças idéias do que é certo ou errado. Assim, se desejamos estabelecer moralidade, devemos abolir a punição.

A moralidade para Kant é, portanto, algo tão sagrado e sublime, que não devemos degradá-la, nivelando-a com disciplina.

A primeira tentativa em educação moral é a formação do caráter, o qual consiste ao agir de acordo com as máximas. Inicialmente, elas são “máximas” da escola, e, mais tarde “máximas” da humanidade.

Kant expressa que a natureza humana está por se fazer, por formar-se. Logo, a incumbência e interesse, extremamente importante, do homem não só individual, mas, também, coletivamente, com a Educação.

A Educação para Kant⁵³ é assim definida:

A educação é uma arte, cuja prática necessita ser aperfeiçoada por várias gerações. Cada geração, de posse dos conhecimentos das gerações precedentes, está sempre melhor aparelhada para exercer uma educação que desenvolva todas as disposições naturais, na

justa proporção e de conformidade com a finalidade daquelas, e, assim, guia toda a humana espécie a seu destino. (...) Entre as descobertas humanas há duas dificílimas e são: a arte de governar e a arte de educar.

Assim entendido o processo educativo para Kant não poderá ser estagnado, pois não é esclarecido, mas a esclarecer. É assim uma tarefa a ser realizada, não somente pelo próprio homem, mas uma tarefa aberta para o mundo⁵⁴.

Desta forma, entende-se que a Educação para Kant inscreve-se além da mera dimensão individual apresentando, portanto, um caráter dinâmico e coletivo. Kant enfatiza, portanto, a necessidade de uma formação integral do ser humano, no sentido da verdadeira *Paidéia*⁵⁵ grega.

2.5 Sistema e Direito em Kant

Sistema é um todo articulado e não um agregado de partes externamente relacionadas. **Kant. Manual dos Cursos de Lógica em geral**

⁵⁴ Num ensaio específico que analisa a questão da crise na educação da América, Hannah Arendt afirma que o problema da educação, não é um problema específico, confinado a uma determinada fronteira histórica e nacional, é sim, um problema político de primeira grandeza, um problema de natalidade mundial, posto que a educação é a natalidade, o fato de que as pessoas nascem para o mundo. Esses recém-chegados no mundo, não se acham acabados, mas em um estado de vir a ser. (ARENKT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 221-247).

⁵⁵ Veja-se nesse sentido o magistral estudo do significado da palavra Paidéia, termo que serve de título à famosa obra de Werger Jaeger, que nos conduz à revelação de seu conteúdo. JAEGER, Werner. **Paidéia**: a formação do homem grego. São Paulo: Martins Fontes, 2003). Segundo Platão, a autêntica Paidéia é a formação do homem para sua totalidade e autonomia, na sua “arete” total. O termo Paidéia (*παιδεία*) pode ser empregado, modernamente, para designar: civilização, cultura, tradição, literatura ou educação. (PLATÃO. **Leis**. Incluindo Epinomis. Bauru, EDIPRO, 1999, 630 C8; 630 E). Cícero preferiu traduzir o termo (*παιδεία*) para o latim, usando o termo humanitas. (Apud MARROU, Henri-Irénée. **História da educação na Antigüidade**. São Paulo: E.P.U, 1990. p. 159).

⁵⁰ KANT. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Textos Filosóficos. Lisboa: Edições 70, BA 87,88.

⁵¹ Idem ibidem.

⁵² OZMON, Howard A.; CRAVER, Samuel M. **Fundamentos Filosóficos da Educação**. Costa. Porto Alegre: Artmed, 6. ed., 2004, p. 55-8.

⁵³ KANT. Idem, ibidem, p. 19-20.

O universo do pensamento de Kant mostra-se amplo e complexo, envolvendo tanto a Filosofia e a Ciência natural como a Ciência Jurídica. Ressalta-se, entretanto, que um dos seus maiores feitos foi elaborar e propor uma teoria do conhecimento, mediante a construção de um sistema⁵⁶⁻⁵⁷.

Para Kant⁵⁸ um sistema é:

A unidade de múltiplas cognições sob uma idéia. A idéia é o conceito racional da forma de um todo, na medida em que o conceito determina *a priori* o âmbito do todo e o lugar das partes em relação umas às outras.

Kant descreve a unidade sistemática como “o que eleva ao conhecimento”⁵⁹ associando, desta forma, a idéia de sistema ao conhecimento (*wissenschaft*).

Para Kant, a arte de construir a visão sistemática é arquitetônica e simétrica, e consiste em unificar um agregado de conhecimentos mediante uma idéia. Essa idéia é realizada no sistema por meio de um esquema que combina uma “pluralidade e uma ordenação das partes”⁶⁰, produzindo, assim, uma unidade orgânica.

Kant entendia que o conhecimento sistemático fosse da história, da filosofia⁶¹ da

⁵⁶ A compreensão dos fenômenos através da teoria dos sistemas é analisada por Kant, que associa a idéia de sistema ao conhecimento. Para ele, o sistema é governado por um propósito contido em seu conceito, “é um todo articulado e não um agregado de partes externamente relacionadas” que, se subtraídas, podem prejudicar o sistema, o qual crescerá organicamente. (Cf. KANT. **Manual de Cursos de Lógica em Geral**. Campinas: UNICAMP; Uberlândia: EDUFU, 2003, p. 293 § 116; Id, **Crítica da Faculdade do Juízo**. Tradução de Valério Rohden e Antônio Marques. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p.15- 41. (Introdução)

⁵⁷ Segundo afirma Alysson Leandro Mascaro, Kant foi “de todos os modernos, o que melhor construiu um sistema de filosofia e de jusfilosófica”. (MASCARO. Op. cit., p. 49).

⁵⁸ O conceito de *sistema* é apresentado em Kant, na *Crítica da Razão Pura*, p. 42; e depois em Crítica da Faculdade do Juízo. p. 15-42 (Introdução).

⁵⁹ KANT. Op. cit., p. 42.

⁶⁰ KANT. **Textos Seletos**. Petrópolis: Vozes, 1974.

⁶¹ Para Kant, a filosofia é o “sistema dos conhecimentos filosóficos ou dos conhecimentos racionais por conceitos”. KANT. **Manual de Cursos de Lógica em Geral**.

Campinas: UNICAMP; Uberlândia: EDUFU, 2003, p. 293.

educação, do direito, levaria à Ciência, pois a ciência é um todo organizado e coeso.

Hegel⁶² também compartilhava com Kant a noção de sistema, associando-a ao conhecimento. Para Hegel, a filosofia só é ciência se for sistemática e, segundo ele, “uma filosofia sem sistema não pode ser científica”⁶³.

Aliás, é muito interessante notar que Hegel refere-se freqüentemente à filosofia, sobretudo à “sua filosofia” como uma ciência (*die wissenschaft*). Para ele, essa ciência formaria um “círculo”. Assim, a ciência única formaria um círculo e cada uma das ciências particulares que aquela contivesse formaria um círculo, ao qual, por sua vez, seria dada uma totalidade, rompendo a barreira de um elemento e fundando assim outra esfera. Por conseguinte, segundo Hegel, a ciência forma um “círculo dos círculos”⁶⁴.

Para Hegel, a estrutura circular da ciência⁶⁵:

Em contraste com ciências particulares e outros sistemas filosóficos anteriores, não enfrentará o problema de onde começar: em princípio, pode-se começar em qualquer ponto, desde que se tenha tomado a decisão de filosofar, embora alguns pontos possam ser mais apropriados do que outros para um principiante.

Embora Hegel se assemelhe a Kant na formação do conhecimento pelo sistema, discorda de Kant no que tange à formação desse todo sistemático pela combinação das partes. Hegel revela, ainda, que existem

⁶² Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831). Nascido em Stuttgart, em uma família protestante da pequena burguesia, recebeu uma educação clássica e humanista, em que o latim e grego constituíram o ensinamento principal. Foi aluno bolsista da Universidade de Tübingen e seminarista, tendo estudado filosofia e teologia e se habilitado para o ensino superior com a tese *De orbis planetarum*. Foi reitor do Liceu de Nuremberg. Hegel interessou-se pela cultura grega antiga e especialmente pela filosofia de Kant.

⁶³ HEGEL. **Encyclopédia das Ciências Filosóficas em Compêndio** (1830). São Paulo: Loyola, 1995. vol. I, § 14 (O Pensamento Ocidental.)

⁶⁴ Ibid., § 15.

⁶⁵ Ibid., § 15.

interligações no sistema que lhe são intrínsecas.

Diferentemente do que pensava Kant, para Hegel não havia limites para o conhecimento, o processo que desemboca no “conhecimento absoluto” é o espírito conhecendo-se como espírito.

Para Hegel, o sistema, assim, é visto de outra maneira, de uma forma ainda mais abrangente, ou seja, pode ser entendido como o *Espírito* (que é realidade absoluta), contemplando-se a si mesmo e a seu próprio significado.

Como indivíduos investigadores (sujeito cognoscente), movem-se pouco a pouco por este “sistema”, na medida em que se tornam mais racionais, mais espíritos, mais conscientes de si mesmos e de sua importância.

É necessário observar ainda que, para entender o sistema hegeliano, ao contrário do que Kant pensava, há necessidade de um “processo dialético”, ou seja, a tese (idéia absoluta) gerando a antítese (natureza) e esta a síntese (espírito), numa marcha infinita.

Schopenhauer⁶⁶, por outro lado, criticava Kant por sua abusiva utilização de um método arquitetônico e simétrico na construção dos seus conceitos-chave, vendo nisso certa obsessão que acabava por adulterar o pensamento.

Sobre esse aspecto afirmava Schopenhauer⁶⁷

É espantoso como Kant prossegue o seu caminho sem refletir mais, seguindo a sua simetria, ordenando tudo por esta sem jamais tomar em consideração um só dos objetos assim tratados.

Schopenhauer, Nietzsche, Kierkegaard e Jasper foram críticos⁶⁸ da teoria do sistema e suas objeções apontam no sentido de que o mundo é complexo demais e o conhecimento

sobre ele é hoje demasiado vasto para ser acomodado num sistema, pois este é limitado e restritivo, restringindo a mente para outras possibilidades e descobertas que não podem ser acomodadas no sistema; argumentam, ainda, que um sistema reflete a personalidade do sistematizador e, portanto, é desprovido de fundamento, e que um sistema não pode comportar toda a reflexividade da mente humana.

No campo da Sociologia, encontramos Niklas Luhmann⁶⁹, que analisa o sistema do ponto de vista social, para ele, o sistema é *autopoietico*, do grego *auto* (mesmo) e *poien* (produzir), e, portanto, apresenta uma característica viva, significando dizer que ele mesmo tem a capacidade de produzir e elaborar a partir dele mesmo sua estrutura e os elementos de que se compõe.

Para Luhmann, entretanto, somente os sistemas psíquicos e sociais são autopoieticos, que produzem e reproduzem seus próprios elementos, dos quais são constituídos, assim se auto-reproduzem e são auto-referentes.

No caso do sistema social, diz Luhmann o traço característico é a comunicação, o qual não exclui o consenso e o dissenso.

Por outro lado, no campo da Ciência Jurídica, os defensores do sistema, a exemplo de Canaris⁷⁰, sustentam que não é possível se caracterizar e dar científicidade ao Direito sem entendê-lo de forma sistemática:

É pressuposto da praticabilidade do pensamento sistemático na Ciência do Direito e o desenvolvimento de um conceito de sistema especificamente jurídico para que o sistema possa cumprir uma função significativa na Ciência Jurídica. Isso depende de as características do conceito geral de sistemas se poderem ordenar em correspondência com os fenômenos jurídicos.

⁶⁶ SCHOPENHAUER, Arthur. *Welt als Wille..*, Anhang, Sämtliche Werke, Wiesbaden, 1949, p. 510. (Apud MARQUES, Antonio. **Organismo e sistema em Kant**. Lisboa: Editorial Presença, 1987, p. 26).

⁶⁷ Idem ibidem.

⁶⁸ Uma análise critica do sistema kantiano pode ser encontrada na obra de MARQUES. Op. cit., p. 26.

⁶⁹ Niklas Luhmann. Por que uma “teoria dos sistemas? In: **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas.** (Org.). Clarissa Baeta Neves; Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997, pp. 37-48.

⁷⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 279.

Para os jusfilósofos sistemáticos, não se pode compreender o discurso jurídico (discurso científico) sem o todo. O discurso científico deve ser, portanto, integral e sistemático, integrado ao aspecto educacional.

3. Considerações Finais

Considerando especialmente a Educação, na filosofia de Immanuel Kant, sobretudo, na obra *Réflexions sur l'education* [1803] podemos concluir que:

Kant enfatiza a necessidade de uma formação integral do ser humano, no sentido da verdadeira *Paidéia* grega. Isto porque, a educação proposta pelo filósofo prussiano caminha no sentido da formação sistêmica do homem educado para a sua totalidade. Logo, Kant não comprehende o homem de forma fragmentada e compartimentada, posto que seu projeto educacional não objetiva, tão somente, a simples instrução.

Muito ao contrário, Kant propõe a formação holística do homem, do seu despertar pela educação em todas as suas ricas dimensões e potencialidades quer sejam elas: individual, social, ou ainda, moral. Nesse sentido conclui-se que seu projeto educacional perpassa a educação mediante a aquisição da cultura, da disciplina, da civilização, da formação do caráter e da moralização. Trilha, por tudo isso, um caminho ético e, sobretudo, racional.

A educação em Kant encontra-se, portanto, relacionada, de forma indissociável, a realização da essência humana. E, embora sua obra não apresente um conteúdo sistemático relativamente à Educação, ou ainda não se apresente sob o formato de um tratado sobre a educação, como faz Jean-Jacques Rousseau na obra *Emílio ou da Educação*, sua filosófica educacional nela inspira-se e sofre sua influência. Aliás, não é demais lembrar que o *Émile* constitui-se livro de referência para qualquer reflexão filosófica sobre educação. Porém, suas preocupações transcendem a descrição da natureza humana encontrada no livro acima mencionado, posto que, ao contrário de Rousseau, Kant propõe uma “arte de educar”, ou seja, uma verdadeira obra racional educacional.

Em Kant, a idéia educativa alcança um princípio ético e racional distanciam-se, portanto, de Rousseau na medida em que propõe uma unidade sistêmica do homem; propõe uma educação racional e não natural, como entende Rousseau; a educação é dinâmica, caminha em movimento ao progresso da humanidade.

Para Kant a Educação é uma arte, uma verdadeira obra. Nesse sentido, são suas as seguintes afirmações: “A educação é uma arte, cuja prática necessita ser aperfeiçoada por várias gerações”. Assim sendo, a proposta educativa kantiana é dinâmica. É ainda, um projeto coletivo e dialético já que, atribuí à imprescindível tarefa educacional, não somente ao homem isolado, visto individualmente, mas também, ao homem coletivo que – conforme as próprias palavras de Kant –, “se aperfeiçoa a cada geração e que, de posse dos conhecimentos das gerações precedentes, está sempre melhor aparelhada para exercer uma educação que desenvolva todas as disposições naturais na justa proporção e de conformidade com a finalidade daquelas, e, assim guie toda a humana espécie a seu destino”.

Kant prevê, assim, em seu projeto educativo, o progresso e o aperfeiçoamento a cada nova geração, em direção à perfeição da realização da natureza humana. A obra educacional kantiana desenvolve-se e funde-se, portanto, nas seguintes dimensões – que objetivam sempre o “alargamento da mentalidade” educacional da humanidade: cultura, disciplina, civilização, moralização e formação do caráter do ser humano. Relativamente à disciplina, Kant lembra que a educação não termina com a domesticação. De fato, é importante, antes de tudo, que as crianças aprendam a pensar por elas mesmas.

Immanuel Kant enxerga, desta forma, um caminho de ascensão e de ascese que também o ideal platônico de educação propõe. Aliás, lembra-nos, neste ponto, a metáfora platônica da *Alegoria das Cavernas* e, nesse sentido, tanto Platão como Kant, convergem para a mesma fusão: o problema do conhecimento ao problema da educação. É que, com sua famosa *Alegoria*, Platão mostramos a idéia de que conhecer consiste em se

“libertar das correntes que nos condenam à ignorância”.

Por tudo isso, a idéia educativa em Kant permite, à saída do homem através das luzes (*Aufklärung*), de sua própria menoridade. Ora, neste aspecto, o problema do conhecimento se confunde com o problema da educação. Pois, trata-se de operar a passagem do mundo sensível ao mundo inteligível, e esse movimento dialético é um doloroso e difícil movimento de alforria da menoridade, tal qual um doloroso parto.

No pensamento kantiano a Educação é um verdadeiro movimento de conversão da sombra da ignorância da alma à luz da razão. Exige, portanto, do homem, e da educação que o homem faz dela, muitos esforços. É necessário, portanto, ter coragem para alcançar a maioridade. *Sapere audie*, como bem adverte Kant. Exige, ainda, muitas etapas pelas quais a alma deve obrigatoriamente passar elevando-se em direção ao seu aperfeiçoamento, ao mundo da razão, das idéias, da liberdade e da sua autonomia.

O homem educado por Kant é assim, redimido de sua menoridade e de sua ignorância pelas “luzes da razão” e do seu exercício corajoso e doloroso da sua própria racionalidade – através das máximas “orientar-se no seu próprio pensamento”, do “pensar por si mesmo”. Assim sendo, a conduta educativa kantiana enfim é fundadora. Fundamenta-se no imperativo categórico e ético: “O homem não pode se tornar homem senão pela educação”. O resultado de seu projeto educativo visa o aperfeiçoamento e o progresso do homem e da humanidade, somente realizar-se-á tendo em vista o cumprimento dessas máximas e da disposição aberta e consciente do homem para a cultura, para a moral, para a ética.

Percebe-se, assim, que o projeto proposto por Kant aos problemas educacionais, no século XVIII, ainda

persistem no século XXI já que a interrogação feita por Kant, sobre o que é a educação e como educar o homem ainda ecoa em nosso século. Talvez, as respostas a essas perguntas sejam diferentes. Porém, certamente a melhor compreensão desta questão passe pela reflexão sobre a educação. Não se trata, pois, de uma questão tirada do passado, já que o passado oferece-nos aqui um farto e rico repertório de como aperfeiçoar as crianças e o homem para uma melhor vida em sociedade.

Pode-se, portanto, concluir que, da leitura kantiana, compartilha-se a idéia de uma educação como discurso, mas, sobretudo, como prática, visando potencializar as qualidades do ser humano para uma conduta mais honesta da vida em sociedade.

Finalmente, no que tange a contribuição de sistema, não se pode compreender o discurso jurídico (discurso científico) sem o todo. O discurso científico deve ser, portanto, integral e sistemático, integrado ao aspecto educacional

Conclui-se ainda que a Educação em Kant é uma via de necessária, e, imprescindível de condução ao encontro ou reencontro com o ético, o social, o político, o emocional, o moral, o histórico, enfim, com o humano de todos nós e que dá ao homem e à humanidade sentido, responsabilidade e finalidade.

Conclui-se, por derradeiro, que em Kant pensar a educação significa formar e conscientizar o cidadão, humanizando-o, em todos os sentidos, quer sejam eles: moral, político, social, cultural ou emocional. Essa árdua tarefa, no entanto, como bem adverte Kant, não é individual, mas cabe ao homem, a sociedade, ao Estado e a todos nós, de forma urgente, atual e imprescindível para o enfrentamento de uma vida mais justa, digna e ética.

REFERÊNCIAS

- ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Tradução de Mauro W. Barbosa. Prefácio de Celso Lafer. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Tradução Antonio Manuel da Rocha Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CAMBI, Franco. **História da Pedagogia**. São Paulo: UNESP, 3. ed. p. 361.
- HEGEL. **Enciclopédia das Ciências Filosóficas em Compêndio** (1830). Tradução de Paulo Meneses com colaboração do Pe. José Machado. São Paulo: Loyola, 1995. vol. I, § 14 (O Pensamento Ocidental.).
- JAEGER, Werner. **Paidéia**: a formação do homem grego. Tradução de Artur M. Parreira. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991, p. 80.
- KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2003. (Textos Filosóficos.).
- _____. Resposta à pergunta: O que é Iluminismo? (1784). In: **A Paz perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70. (Textos Filosóficos.).
- _____. **Manual de Cursos de Lógica em Geral**. Campinas: UNICAMP; Uberlândia: EDUFU, 2003, p. 293 § 116.
- _____. **Crítica da Faculdade do Juízo**. Tradução de Valério Rohden e Antônio Marques. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- _____. **Sobre a Pedagogia**. Tradução de Francisco Fontanella. 3. ed. Piracicaba: UNIMEP, 2002.
- _____. **Crítica da Razão Pura**. Tradução de Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Coleção Os Pensadores).
- _____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Textos Filosóficos. Lisboa: Edições 70, BA 87,88.
- _____. **Textos Seletos**. Tradução de Raimundo Vier e Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1974.
- _____. **Réflexions sur l'Éducation** [1803]. Paris: Vrin, 1966.
- _____. **Le conflit des facultés**. Paris: Vrin, 1973. p. 94-5.
- LALANDE, André Lalande. **Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, verbete [Máximas]. p. 653.
- LINHARES, Mônica Tereza Mansur. **Ensino Jurídico**: Educação, Currículo e Diretrizes Curriculares no Curso de Direito. Apresentação de Gabriel Benedito Issaac Chalita. São Paulo: Iglu, 2010.
- _____. **Autonomia Universitária no direito educacional brasileiro**. São Paulo: Segmento, 2005.
- MARQUES, Antonio. **Organismo e sistema em Kant**. Lisboa: Editorial Presença, 1987, p. 26.
- MARROU, Henri-Iréne. **História da educação na Antigüidade**. São Paulo: E.P.U, 1990, 159.
- MORANDI, Franc. **Filosofia da Educação**. Bauru: EDUSC, 2002. p. 79.
- NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Orgs.). Niklas Luhmann. Por que uma “teoria dos sistemas? In: **Niklas Luhmann**: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: UFRGS; Goethe-Institut/ICBA, 1997. p. 37-48.
- OZMON, Howard A.; CRAVER, Samuel M. **Fundamentos filosóficos da Educação**. Porto Alegre: Artmed. p. 27-30.
- QUINCEY, Thomas De. **Os últimos dias de Kant**. Tradução de José Miguel Silva. Lisboa: Relógio D`Água, 2003.
- PALMER, Joy A. Palmer. **50 Grandes Educadores**: de Confúcio a Dewey. São Paulo: Contexto, p. 80.

- PASCAL, Georges. **Compreender Kant**. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.
- PLATÃO. **Leis**. Incluindo Epinomis. Tradução de Dalmo de Abreu Dallari. Bauru, EDIPRO, 1999, § 630 C8; 630 E.
- REZENDE, Antônio. (Org.). **Curso de filosofia**. 10. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- ROUANET, Sergio Paulo. **As razões do iluminismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. **Emílio ou Da Educação**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ROVIGHI, Sofia Vanni. **História da Filosofia Moderna**: da revolução científica a Hegel. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 533-656.
- SANTOS, André Luis Lopes dos. **Ensino Jurídico**: uma abordagem político-educacional. São Paulo: Campinas: Edicamp, 2002.
- VICENTI, Luc. **Educação e Liberdade**: Kant e Fichte. Tradução de Élcio Fernandes. São Paulo: UNESP, 1994.

RESUMO

Nosso intuito, com o presente trabalho, é efetuar uma breve análise histórica do compromisso de compra e venda no direito brasileiro, desde a edição do Código Civil de 1916, até o novo Código Civil de 2002 e apontar os eventuais avanços e retrocessos que marcam o instituto desde o seu reconhecimento e inserção no Direito pátrio.

Palavras-chave: Compromisso. Compra. Venda. Registro. Contrato.

ABSTRACT

Our intention, with the work herein, is to make a brief historical analysis of the commitment of buying and selling in the brazilian law, from the Civil Code of 1916 to the new Civil Code of 2012 and to point out the eventual advances and regressions that embraces the institute since its acknowledgment and insertion in the patriotic Law.

Keywords: Commitment. Buying. Selling. Registry. Contract.

* Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP), advogado em São Paulo, Chefe do Departamento de Humanidades e professor de Filosofia Geral e Jurídica, de Ética Profissional e de Introdução ao Direito do Centro Universitário FMU/SP.

1. Introdução

Com a edição do Código Civil de 2002 e a inserção do “direito do promitente comprador do imóvel” no elenco dos direitos reais do art. 1.225, parecem ter sido sanadas, definitivamente, as dúvidas ainda existentes sobre a natureza do compromisso de compra e venda, reconhecendo-se, inclusive, como querem alguns, uma certa autonomia do instituto perante a compra e venda propriamente dita.

Há, na doutrina pátria, aqueles que, a nosso ver acertadamente, sustentam que o compromisso de compra e venda ganhou, com o novo Código Civil, posição de destaque sobre a própria compra e venda, uma vez que, àquele, são reconhecidas garantias que, na prática, representam mais segurança ao compromissário, que ao próprio comprador.

Será, portanto, a análise desses eventuais avanços o objeto deste breve estudo sobre o compromisso de compra e venda no Direito Brasileiro.

2. Conceito

O compromisso de compra e venda é, segundo WALD (1994: p. 188)¹ denominação imprópria de contrato preliminar, pré-contrato ou promessa de contrato. Trata-se, segundo ensina, de contrato autônomo, pelo qual as partes se comprometem a realizar, na ocasião oportuna, um contrato definitivo de compra e venda.

Para Maria Helena Diniz, é o “contrato pelo qual o compromitente-vendedor obriga-se a vender ao compromissário-comprador determinado imóvel, pelo preço, condições e modos avençados, outorgando-lhe a escritura definitiva assim que ocorrer o adimplemento da obrigação; por outro lado, o compromissário comprador, por sua vez, ao pagar o preço e satisfazer todas as condições estipuladas no contrato, tem direito real sobre o imóvel, podendo reclamar a outorga de escritura definitiva, ou sua adjudicação compulsória, havendo recusa por parte do

compromitente-vendedor ou de terceiro a quem os direitos deste foram cedidos”.²

Segundo Jorge Americano, citado por Rui Geraldo Camargo Viana, em sua tese de doutorado intitulada *O parcelamento do solo urbano*, 1983, o compromisso de compra e venda é “contrato que tem por objeto obrigar as partes a fazerem futuramente outro contrato, o de compra e venda, mediante bases pré-fixadas.”³

3. Origem Histórica

Não existe, entre os autores, unanimidade quanto à origem precisa do contrato de compra e venda (em Roma, *emptio venditio*), muito menos sobre o compromisso de compra e venda. Apesar disso, é pacífico, entre os autores, que o contrato de compra e venda pertence à categoria consensual, ao lado da *locatio*, da *societas* e do *mandatum*.

Parece, entretanto, não haver, entre aqueles que cuidaram do assunto, dúvidas de que a compra e venda origina-se da *mancipatio* e da *traditio* (formas de transferência da propriedade), cujas origens remontam à época arcaica (ações da lei), em que pese o fato de terem sido, ambas, grandemente utilizadas no período clássico (processo formular).

A *mancipatio* (ato solene), era utilizada para a transferência das denominadas *res mancipi*, enquanto a *traditio*, que se constituía em simples entrega, era destituída de formalidades, sendo utilizada nas transferências das denominadas *res nec mancipi*.

Com Thomas Marky aprendemos que, na categoria das *res mancipi* situam-se os terrenos itálicos (não os provinciais), os animais de tiro e carga (como o cavalo, a vaca, o burro), os escravos e as quatro servidões prediais rústicas mais antigas, que eram via, *iter*, *actus* e *aquaeduetus*. As demais coisas eram *nec mancipi*.⁴

² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 19.ed. São Paulo:Saraiva, 2002, v. 4.

³ VIANA. Rui Geraldo Camargo. *O parcelamento do solo urbano*. tese de doutoramento defendida na USP em 1983.

⁴ MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

¹ WALD, Arnold. *Obrigações e contratos*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

A *res mancipi* era uma espécie de troca imediata, ou seja, a troca da coisa pelo preço, havendo a simples transferência da propriedade, sem o nascimento de qualquer outra obrigação para as partes. A *res mancipi* não era, portanto, como diz ALVES (1999, p. 156)⁵ venda contratual, geradora de obrigações; é, sim, translatícia da propriedade da coisa e do preço, pertencendo, por isso, à teoria dos modos de aquisição do domínio – os autores modernos dão-lhe várias denominações, como, por exemplo, venda manual, venda real.

As obrigações resultantes de tal venda seriam em virtude de culpa do vendedor. Portanto, em virtude de um delito, e não de um contrato.

O compromisso, do latim *compromissu*, é uma promessa de trato a ser cumprido, tendo a boa-fé como princípio.

O direito romano, conforme preceitua Arnold Wald, embora reconhecesse eficácia jurídica mais ampla aos contratos, que obedeciam às formalidades legais, relegava os pactos para um plano inferior, uma vez que estes últimos criavam apenas obrigações ditas naturais. Admitia, entretanto, a aplicação de sanções às partes que descumprissem os pactos.⁶

É preciso notar, entretanto, que o contrato não é criação romana. No direito arcaico (ações da lei), em institutos como a *sponsio* – fórmula de promessa – a obrigação surgia com determinados gestos, ritos ou palavras. A palavra, como ocorria na *sponsio*, vinculava o proponente, mas esta, embora fosse obrigação verbal, segundo a classificação de Gaio (século II d.C.), não poderia ser tomada como forma de contrato. Não se indaga sobre a vontade de contratar. A palavra, quando pronunciada perante a pessoa certa, no lugar certo, criava o vínculo.

É nas obrigações consensuais, como ensina LOPES (2000, p.51)⁷ que a vontade de fazer o negócio se torna relevante. Abandona-se, pois, a fórmula simples. O núcleo do direito novo das “obrigações” serão quatro

contratos consensuais: *emptio venditio*, *locatio conductio*, *mandatum* e *societas* são a grande novidade, sem ritualismo: o consenso basta, não há troca física das coisas, nem mesmo a troca fictícia, é a simples promessa.

Em nosso direito, segundo ensina VIANA (1983, p. 30)⁸, o art. 1.088 do Código Civil foi, em nosso direito, o germe do contrato preliminar, porque possibilitava a prévia contratação depois convertida em negócio definitivo, sistema que remonta às Ordenações Filipinas (livro IV, Título XIX).

4. Legislação Especial

Apesar do legislador do Código Civil de 1916 ter, na esteira do legislador português de 1603, alinhavado os contornos do contrato preliminar, coube à legislação especial disciplinar as bases do Compromisso de Compra e Venda. Assim, em apertada síntese e tomando por base a cronologia apresentada por VIANA⁹ e José Osório Azevedo Jr.¹⁰, é possível afirmar que o instituto veio retratado, pela primeira vez, no Decreto-Lei nº 58, de 17 de dezembro de 1937, que disciplinava o loteamento e venda de terrenos para pagamento em prestações.

O legislador de 1937 (o projeto do Decreto-Lei 58 é de Waldemar Ferreira e foi outorgado pelo então presidente Getúlio Vargas que, poucos dias antes havia dissolvido os partidos políticos), outorgou o Decreto-Lei nº 58, estabelecendo, na exposição de motivos, que o citado diploma tinha, entre as suas causas, (i) o grande desenvolvimento da loteação de terrenos para venda em prestações; (ii) o crescimento da má-fé e solvabilidade de empresas; (iii) a ausência de garantia e segurança das transações imobiliárias; e, (iv) o grande número de transações imobiliárias ocorridas no período, sem que o comprador tivesse possibilidade de verificar o título de propriedade.

Destacam-se, no referido diploma, os seguintes artigos:

⁸ Idem.

⁹ Idem.

¹⁰ AZEVEDO JÚNIOR. José Osório de. **Compromisso de compra e venda**. São Paulo: Saraiva. 1979.

⁵ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 6^a ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

⁶ Idem.

⁷ LOPES, José Reinaldo Lima. *i – lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

Art. 15. Os compromissários têm o direito de, antecipando ou ultimando o pagamento integral do preço, e estando quites com os impostos e taxas, exigir a outorga da escritura de compra e venda.

Art. 16. Recusando-se os compromitentes a passar a escritura definitiva no caso do art. 15, serão intimados, por despacho judicial e a requerimento do compromissário, a dá-la nos 10 dias seguintes à intimação, correndo o prazo em cartório.

§ 1º Se nada alegarem dentro desse prazo, o juiz, por sentença, adjudicará os lotes aos compradores, mandando:

a) tomar por término a adjudicação, dela constando, além de outras especificações, as cláusulas do compromisso, que devessem figurar no contrato de compra e venda, e o depósito do restante do preço, se ainda não integralmente pago;

b) expedir, pagos os impostos devidos, o de transmissão inclusive, em favor dos compradores, como título de propriedade, a carta de adjudicação;

c) cancelar a inscrição hipotecária tão sómente a respeito dos lotes adjudicados nos termos da escritura aludida no § 3º, do art. 1º. § 2º Se, porém, no decêndio, alegarem os compromitentes matéria relevante, o juiz, recebendo-a como embargos, mandará que os compromissários os contestem em cinco dias.

§ 3º Havendo as partes protestado por provas, seguir-se-á uma dilação probatória de 10 dias, findos os quais, sem mais alegação, serão os autos conclusos para sentença.

§ 4º Das sentenças proferidas nos casos dêste artigo caberá o recurso de agravo de petição.

§ 5º Estando a propriedade hipotecada, cumprido o dispositivo do § 3º, do art. 1º, será o credor citado para, no caso dêste artigo, autorizar o cancelamento parcial da inscrição, quanto aos lotes comprometidos.

Art. 17. Pagas todas as prestações do preço, é lícito ao compromitente requerer a intimação judicial do compromissário para, no prazo de

trinta dias, que correrá em cartório, receber a escritura de compra e venda.

Parágrafo único. Não sendo assinada a escritura nesse prazo, depositar-se-á o lote comprometido por conta e risco do compromissário, respondendo êste pelas despesas judiciais e custas do depósito.

Art. 22. As escrituras de compromisso de compra e venda de imóveis não loteados, cujo preço deva pagar-se a prazo, em uma ou mais prestações, serão averbadas à margem das respectivas transcrições aquisitivas, para os efeitos desta lei.

É comum, entre aqueles que se ocuparam do assunto, afirmar-se que a inserção do Decreto-Lei nº 58 no sistema legal do país deveu-se a uma necessidade de coibir abusos, principalmente dos proprietários de imóveis urbanos que, de certa forma, amparados pela norma do art. 1.088 do Código Civil de 1916, faziam uso excessivo do direito de arrependimento com o consequente desfazimento dos negócios jurídicos.

Entre os que abordaram o tema, o professor Augusto Alvim, na obra que escreveu, intitulada *Da compra e venda e da troca*¹¹, foi incisivo em afirmar que a grande valorização de imóveis ocorrida nas grandes cidades brasileiras durante as décadas de 1920 e 1930, foram a causa do loteamento de terras e terrenos.

Entretanto, lembra o mestre Alvim, pessoas “e companhias menos idôneas, não obstante findos os pagamentos, deixavam de entregar os lotes, comprados em prestações, durante anos e anos, preferindo, em lugar disso, devolver as quantias recebidas e sujeitarem-se às perdas danos.”¹²

Em que pese o fato do Decreto-Lei nº 58 ter sido publicado no auge da ditadura Vargas, não se pode negar, como ensina VIANA (1983, p. 30)¹³, que veio, em boa hora, acabar com os “*efeitos nefatos que gera aos*

¹¹ ALVIM. Agostinho. **Da compra e venda e da troca.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1961., p. 267.

¹² Idem.

¹³ Idem.

compromissários-compradores o exercício pelos loteadores da faculdade prevista no art. 1.088 do Código Civil, fonte amarga de decepções e de justificados desesperos, desfazendo, ao cabo de longos anos, a promessa avençada, com a só devolução do dobro do preço pago, são de todos conhecidos, dando azo ao surgimento da lei protetora, neutralizando a aplicação do famigerado dispositivo”.

O citado art. 1.088 do Código Civil de 1916, que foi o germe do contrato preliminar, porque possibilitava a prévia contratação depois convertida em negócio definitivo, assim dispunha:

Art. 1088 – Quando o instrumento público for exigido como prova do contrato, qualquer das partes pode arrepender-se, antes de o assinar, resarcindo à outra as perdas e danos resultante do arrependimento.

Pode-se, portanto, observar, que referido artigo 1.088 **permitia o arrependimento das partes** “*arrependimento sem direito de arrepender*”, na expressão “pitoresca” de Pontes de Miranda (a referência é de Rui Geraldo Camargo Viana em sua obra citada), o que motivou a edição do Decreto-Lei nº 58/1937.

É interessante notar, antes de analisarmos as mudanças introduzidas pelo Decreto-Lei nº 58, que ROPPO (1988, p. 54)¹⁴, depois de exaustiva análise histórica do contrato, na Europa e especialmente na Itália, faz expressa alusão ao desenvolvimento do fascismo, lembrando que, tal qual ocorre em todos os fenômenos político-sociais, aquele também não deixou no plano das estruturas jurídicas da Itália. Lembra o ilustre professor italiano, que o objetivo explícito, e programa dos responsáveis do estado fascista, foi *o de operar uma transformação radical de todo o ordenamento jurídico, que o tornasse conforme à ideologia oficial do regime e à organização das relações sociais e econômicas promovidas por este.*

¹⁴ ROPPO, Enzo. **O contrato.** Coimbra: Livraria Almedina, 1988

Lembra, ainda, o autor, que o fascismo não foi fenômeno exclusivo da Itália e que, na Alemanha, já em 1933, Hans Frank afirmava que *a loucura do individualismo e do liberalismo, daquele momento em diante não tinha mais espaço no direito alemão* e que a liberdade e a iniciativa autônoma do indivíduo deveriam submeterem-se aos interesses da comunidade nacional. Assim, de acordo com tal ideologia “o contrato não pode ser expressão da liberdade do indivíduo e meio para a satisfação dos seus interesses particulares, mas deve constituir instrumento para a realização do bem comum da nação alemã”.¹⁵

Ora, não se pode olvidar, que o Decreto-Lei nº 58 foi outorgado no auge do Estado Novo e que sua publicação ocorreu no dia 10/12/1937, uma semana após a dissolução dos partidos políticos pelo então presidente Getúlio Vargas (ocorrida no dia 03/12/1937)¹⁶ que, como se sabe, era adepto dos regimes totalitários italianos e alemães, tendo, inclusive, implantado uma ditadura do mesmo estilo, no Brasil.

Para DINIZ¹⁷, citando o verbete do professor Yussef Cahali publicado na Enciclopédia Saraiva, v. 16, p. 453, “a expansão imobiliária, com a crescente valorização da propriedade imóvel, e o processo inflacionário da moeda fizeram com que o art. 1.088 beneficiasse promitentes-vendedores inescrupulosos, pois, fundado no princípio da ampla liberdade contratual, assegurava-lhes um auspicioso meio de enriquecimento sem causa.”

É, portanto, no intuito de equilibrar tal situação, conforme destacou VIANA (1983, p. 31)¹⁸ que “o artigo 16 do Decreto-Lei nº 58 confere verdadeiro direito real ao compromisso inscrito, proteção que seu art. 22 ampliou aos relativos a imóveis não registrados e, em sucessivas alterações do texto, ambas hipóteses se igualaram”.

É preciso ressaltar, no entanto, que, em 1938, foi editado o Decreto 3.079, de 15/11/1938, que regulamentou o Decreto-Lei

¹⁵ Idem, p. 55.

¹⁶ VARGAS, Getúlio. **Diário – 1937/1942.** São Paulo: Siciliano/FGV. 1995.

¹⁷ Op. cit.

¹⁸ Idem.

nº 58 e ampliou suas disposições para amparar, também, os **imóveis não loteados** cujo pagamento fosse realizado em prestações, ou seja, “foram aplicadas ao compromissos de compra e venda em geral”¹⁹.

Vale anotar, com Bettioli²⁰, que o Ordenamento Jurídico atual não possibilitaria tal hipótese, uma vez que os regulamentos ou decretos regulamentares não são leis, no sentido técnico, pois não podem inovar a ordem jurídica, criar deveres ou obrigações. Não podem ultrapassar os limites postos pela norma legal que especificam ou a cuja execução se destinam. Não olvidemos, entretanto, que, conforme acima exposto, estamos nos referindo a um período ditatorial.

Em 09 de novembro de 1939 foi outorgado o Decreto nº 4.857, de 09/11/1939 (denominado de Lei dos Registros Públicos), que, no parágrafo único do art. 244, estabelecia:

Art. 244

Parágrafo único – Quando houver promessa de venda, quer por instrumento público, quer por instrumento particular, será este registrado ou averbado, para que possa ser transcrita a escritura definitiva de compra e venda com fidelidade e minudência.

Em 29/02/1940 foi outorgado o Decreto 5.318, que alterou a redação do citado parágrafo único do art. 244 do Decreto nº 4.857, estabelecendo, a partir de então, que:

Art. 244.....

Parágrafo único - quando houver promessa de venda, será este registrado ou averbado, para que possa ser a transcrita a escritura definitiva.

A ação de adjudicação compulsória, veio, posteriormente, regulamentada nos artigos 345 e 346 do Código de Processo Civil de 1939.

¹⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano**. 6. ed. São Paulo: RT, 2002.

²⁰ BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao direito – lições de propedéutica jurídica**. 8. ed. São Paulo: Letras & Letras.2002.

Em 11 de março de 1949 foi promulgada a Lei nº 649, que modificou o art. 22 do Decreto-Lei nº 58, ampliando sua abrangência. Assim, a partir da edição da referida Lei 649/49, toda promessa de compra e venda, sem cláusula de arrependimento, passou a configurar-se como Compromisso de Compra e Venda. Segundo DINIZ (2003, p. 567)²¹, com tal lei foi “efetivamente criado o direito real de promessa de venda e alterado o art. 22 do Decreto-Lei nº 58/37”

Isto porque o artigo 1º da citada Lei 649/49, com a modificação introduzida, posteriormente, pela Lei 6.014, de 27/12/1973 (CPC) assim estabelece:

Art. 1º - Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda e cessão de direitos de imóveis não-loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que inscritos em qualquer tempo, atribuem aos compromissos **direito real, oponível a terceiros e lhes confere o direito de adjudicação compulsória**.”

Depois, disciplinando a matéria vieram:

- a) A Lei nº 4.380, de 21/08/1964 que, em seu art. 69, regulamentou a cessão de direitos relativos a imóveis não loteados como caracterizadores de direito real oponível a terceiro; e,
- b) O Decreto-Lei nº 271, de 28/02/1967, disciplinando o loteamento urbano, porém, mantendo as disposições do Decreto-Lei nº 58.

Vale lembrar, que os loteamentos das áreas situadas fora da zona urbana continuaram sujeitando-se à Lei 4.504, de 30/11/1964, também conhecida como Estatuto da Terra.

O Decreto-Lei nº 271 é, na verdade, conforme ensina VIANA²², resultado de projeto mais amplo, denominado “Estatuto do Planejamento Integrado Municipal”, da lavra

²¹ Idem.

²² Idem.

do professor Hely Lopes Meirelles, que ordenava os loteamentos urbanos em áreas rurais. Tal projeto continha normas para: loteamentos, documentação para loteamentos, registro de loteamentos; desapropriações de áreas rurais e concessão de uso de terrenos, entre outros.

Ainda, segundo VIANA (1983, p. 31)²³, não vingou o projeto do professor Hely Lopes Meirelles e o Decreto-Lei nº 271/67 restringiu-se a disciplinar o loteamento urbano, mantendo-se, para os demais, a legislação em vigor.

Em 1969 foi promulgado o Decreto-Lei nº 745/69, que estabeleceu a necessidade de interpelação judicial ou extrajudicial para a caracterização da mora, seja o contrato inscrito ou não.

Com relação a este último diploma, aponta ainda VIANA (1983, p. 32)²⁴, que a jurisprudência ampliou seu alcance, “impondo a interpelação nos contratos inscritos e nos não inscritos, ficando estes até, de certa forma, melhor situados, com a admissão de purgação da mora em juízo, na fase de contestação da ação de rescisão.”

Em 1973 veio o Código de Processo Civil (Lei nº 6.014/73) que, em seu art. 1.218, manteve a redação dos artigos 345 e 346 do Código de Processo Civil de 1939, pelo menos de modo aparente, conforme conclui VIANA²⁵, pois estabelece o rito sumaríssimo (hoje sumário – arts. 275 a 281) para a adjudicação compulsória.

Em 19 de dezembro de 1979, com a promulgação da Lei nº 6.766, também conhecida como Lei de Parcelamento do Solo Urbano, houve a revogação do Decreto-Lei nº 271/67, e a introdução de significativas alterações no Decreto-Lei nº 58/37, como é o caso do art. 25 da referida Lei 6.766/79, que reconhece eficácia real ao compromisso de compra e venda de imóveis, quando registrados, nos seguintes termos:

Art. 25 – são irretratáveis os compromissos de compra e venda, cessões e promessa de cessão, os que atribuam direito à adjudicação compulsória e, estando registrados,

confiram direito real oponível a terceiros.

Entretanto, conforme ensina DINIZ (2002, p. 568)²⁶, citando Yussef Cahali, “a Lei 4.380/64 já havia atribuído eficácia de direito real à promessa de cessão de compromisso, desde que sem cláusula de arrependimento e com imissão de posse, inscrito o contrato no registro imobiliário.”

5. O Instituto no Código Civil de 2002.

Com o advento da Lei nº 10.406, em 10 de janeiro de 2002, denominada “Novo Código Civil”, há, pode-se afirmar, um avanço em relação ao Instituto em exame, uma vez que o legislador do novo código introduziu, no elenco dos direitos reais do art. 1.225, o **direito do promitente comprador do imóvel**.

E, um pouco adiante, mais especificamente nos artigos 1.417 e 1.418, o legislador de 2002, como que ratificando o disposto na legislação especial e o entendimento doutrinário vigente, estabeleceu:

Art. 1417. Mediante promessa de compra e venda, em que não se pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.

Art. 1418 – O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.

É interessante notar, à guisa de comparação, que o parágrafo único do art. 244 do Decreto nº 4.857, de 09 de novembro de 1939, anteriormente citado, continha

²³ Idem.

²⁴ Idem.

²⁵ Idem, ibidem.

²⁶ Idem.

disposição que, em muito se aproximava da redação dos dispositivos acima citados. Veja-se que o parágrafo único do citado art. 244 do Decreto nº 4.857/1939 assim dispunha:

Art. 244

Parágrafo único – Quando houver promessa de venda, quer por instrumento público, que por instrumento particular, será este registrado ou averbado, para que possa ser transcrita a escritura definita de compra e venda com fidelidade e minudência.

Tal dispositivo, entretanto, como se demonstrou, foi modificado com o advento do Decreto nº 5.318, de 29/02/1940, que lhe deu a seguinte nova redação:

Art. 244....

Parágrafo único: Quando houver promessa de venda, será esta inscrita ou averbada para que possa ser transcrita a escritura definitiva.

Anote-se, por oportuno, que a mudança patrocinada pelo legislador de 1940 possibilitou, para alguns, o entendimento de que apenas a escritura pública é apta a produzir os efeitos legalmente reconhecidos à promessa de compra e venda. Tal posição, entretanto, foi equacionada com o advento do Código Civil de 2002, que, tal qual o legislador de 1939, reconhece tais efeitos, tanto ao instrumento público, quanto ao particular.

Entretanto, para ter os efeitos reais reconhecidos e estabelecidos pelo novo Código, deve o Compromisso de Compra e Venda conter os seguintes requisitos: a) o compromissário deve ter cumprido com todas as suas obrigações contratuais; b) haver recusa injustificada do vendedor ou de terceiros em outorgar a escritura; c) inexistir cláusula de arrependimento; e, d) ser registrado no Cartório de Registro de imóveis competente.

6. Natureza

Se, por um lado, foram sanadas, pelo legislador de 2002, as dúvidas quanto à eficácia de direito real do compromisso de

compra e venda, por outro, ainda existe divergência, em nossa doutrina, quanto à natureza jurídica do instituto.

Para Carlos Alberto Bittar²⁷ o compromisso de compra e venda é “novo direito à categoria dos reias (restrita antes ao de gozo sobre coisas alheias e de garantia). Em face desse direito, fica o proprietário do bem sem a posse, em que é imitido o adquirente, perdendo, além disso, o direito de disposição.”

Para Washington de Barros Monteiro, em seu *Curso de direito civil – direito das coisas*²⁸, é “um novo direito real, voltado a garantir, efetivamente, aquele que se compromete a adquirir um imóvel. Trata-se, em outras palavras, de direito à aquisição para o futuro.” Para os fins do art. 1.225 é direito real, entretanto a aquisição da propriedade dependerá de novos requisitos específicos. Há, segundo ensina, inovações trazidas pelo Código, pois:

- a) o promitente comprador adquire a posse relativa direta antes do pagamento; e,
- b) o promitente vendedor permanece na qualidade de possuidor absoluto.

Para Sílvio Rodrigues, citado por Maria Helena Diniz²⁹ – “é direito real sobre coisa alheia de gozo e fruição, tendo os mesmos caracteres da enfeiteuse, da servidão, do usufruto, do uso, da habitação, uma vez que, até que o compromissário-comprador tenha o domínio, já usa e goza do bem, percebendo-lhe os frutos e extraíndo-lhe as utilidades, impedindo sua alienação válida a outrem, durante todo o tempo em que estiver pagando as prestações estipuladas.”

Para Orlando Gomes, citado por DINIZ (2002, p. 565)³⁰ é “direito real sobre coisa alheia *sui generis*, porque envolve um pouco do direito real de gozo e um pouco do direito real de garantia, reduzindo-se a uma mera limitação do poder de disposição do proprietário que o constitui e que, com seu registro, fica impedido de alienar a coisa.” O direito do compromissário é extenso, se

²⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos civis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

²⁸ 37a. ed. revista e atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf (p. 325).

²⁹ Idem, p. 564.

³⁰ Idem.

assemelha ao domínio útil. Tem o compromissário:

a) posse do bem;

b) a faculdade de uso e gozo; e, c) pode trespassar o contrato, embora ainda não seja dono do imóvel que prometeu comprar.

Para DINIZ (2002, p. 565-566)³¹ “é um direito real sobre coisa alheia de aquisição”. Segunda a ilustre professora, é óbvio “que não é direito real pleno ou ilimitado, como a propriedade, já que o compromissário-comprador não tem direito real sobre coisa própria, não é ele o dono do bem”. Para a autora, “trata-se de um direito real sobre coisa alheia, mas não se configura como direito real de gozo, apesar do direito do compromissário-comprador ser tão extenso que se assemelha ao domínio útil, já que tem a posse do imóvel, podendo dele usar e gozar. Também não é satisfatória sua inclusão nos direitos reais de garantia, destinado, tão somente, a assegurar a prestação prometida no contrato, pois os direitos reais de garantia têm outra finalidade. P. ex., o ônus real de garantia, como o hipotecário, assegura o inadimplemento da obrigação, desempenhando um papel acessório.”

Há, ainda, aqueles que, embasados na doutrina de Planiol e Ripert sustentam que é como o domínio, nos termos do Código Francês *promesse de vente vaut vente*.

7. O Compromisso de Compra e Venda como Contrato Preliminar.

Ainda há, em nossa doutrina, quem sustente que o Compromisso de Compra e Venda é contrato preliminar, portanto sujeito às regras dos arts. 462 a 466 do Código Civil de 2002.

Tal posição, entretanto, hoje minoritária, sucumbe, a nosso ver, diante da própria caracterização de contrato preliminar definida pelo legislador de 2002.

É esclarecedora sobre o tema a posição de DINIZ (2002, p. 570)³², quando ensina, com fundamento na lição de Orlando Gomes que “o compromisso ou promessa irrevogável não é um contrato preliminar porque a adjudicação compulsória só seria possível nas

obrigações de dar, e o contrato preliminar gera tão somente uma obrigação de fazer o contrato definitivo, nem o juiz teria o condão de converter tal obrigação de celebrar contrato em obrigação de dar ou entregar alguma coisa. Se ordena o compromisso a adjudicação do imóvel ao compromissário é porque está a dar, coativamente, execução específica à obrigação de dar que nasce do contrato de compra e venda. Daí a ser o compromisso uma nova modalidade de compra e venda, desaparecendo do cenário jurídico a promessa de compra e venda como contrato preliminar.

Ainda, segundo GOMES (1995, p. 246)³³, “de negócio jurídico que tivesse a natureza de contrato preliminar, não pode nascer direito real.”

Tem-se, portanto, que o Compromisso de Compra e Venda era pré-contrato até ser modificado pelas leis especiais. Hoje, entretanto, com a promulgação do novo Código, tal caracterização está superada.

É interessante notar, ainda com fundamento na doutrina de GOMES (1995, p. 241)³⁴, que o contrato preliminar de compra e venda gera a obrigação de contrair o contrato definitivo e contém implicitamente a faculdade de arrependimento. A rigor, conclui o mestre Orlando, “a parte que se recuse a concluir o contrato definitivo não está a usar, propriamente falando de uma faculdade de se arrepender, salvo se estipulou arras penitenciais”. A recusa de contratar é inadimplemento de obrigação que se resolve em perdas e danos.

Prossegue, o renomado autor, afirmando que a “promessa de venda como contrato preliminar propriamente dito desapareceu praticamente do comércio jurídico devido à superioridade manifesta do outro negócio jurídico que continua designado pelo mesmo nome, mas é nitidamente distinto, bem como em razão da tendência para a ele assimilar toda promessa que não contenha o pacto de arras penitenciais.” Seria melhor, conclui, denominar esse negócio jurídico pela expressão compromisso de venda. Concluído o compromisso ele é irretratável. Levando-se ao Registro de Imóveis, impede-se que o bem seja alienado a terceiro. Imita-se na posse do

³¹ Idem.

³² Idem.

³³ Idem.

³⁴ Idem.

imóvel e se comporta como se fora seu dono. Preenchidas as condições que o habilitam a pedir o a escritura, obtém-se, através de sentença, se a outra parte não quiser cumprir.

Para o mesmo GOMES (1995, p. 243)³⁵ a possibilidade de substituir o contrato definitivo por uma sentença; e, a atribuição ao promitente comprador de um direito real, impedem que se denomine tal negócio jurídico de contrato propriamente preliminar ou promessa de venda. É, na verdade, compromisso de venda. O consentimento já foi dado – portanto, as partes se obrigam a repeti-lo no instrumento definitivo, na escritura pública indispensável.

Concluímos, com o mestre baiano que: se a promessa irrevogável de venda fosse um contrato preliminar propriamente dito, não poderia o legislador atribuir natureza real ao direito do compromissário, restrito que seria à pretensão de exigir da outra parte a celebração do contrato definitivo, cuja inexequção daria lugar, logicamente a perdas e danos.

Outra polêmica, surgida com o advento do novo Código Civil, que parece também já estar superada, é a de que a escritura pública seria essencial à validade do Compromisso de Compra e Venda.

Aqueles que se posicionaram favoravelmente à ideia adotaram como pressuposto a regra do art. 108 do novo Código Civil que estabelece:

Não dispendo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a 30 (trinta) vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Sustentam, portanto, os defensores da ideia, a tese, segundo a qual, o instrumento particular daria margem a fraude, daí a necessidade da escritura pública.

Entretanto, conforme vem sustentando a boa doutrina, ao mesmo tempo em que o art. 108 estabelece a necessidade da escritura pública para determinados negócios jurídicos, contém, em seu corpo, a expressão: “... não

dispendo a lei em contrário...”. Ora, o artigo 1.417, que disciplina o direito do compromissário-comprador estabelece, de modo cristalino, que, “mediante promessa de compra e venda, em que não se pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público **ou particular**, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.”. Parece, portanto, restar claro, que o legislador de 2002 não privilegiou, nem o instrumento público, nem o particular, sendo ambos, no sistema do código, hábeis para a aquisição do novo direito real de que trata o inciso VII do art. 1.225.

8. Tratamento Jurisprudencial

Embora, com a promulgação do novo Código Civil pareçam estar superadas as grandes controvérsias nascidas em torno do Compromisso de Compra e Venda, é importante salientar, entretanto, que nossos tribunais tiveram papel decisivo no estabelecimento de alguns princípios que acabaram sendo adotados pelo legislador de 2002.

Destacam-se, portanto, as seguintes decisões de nossos tribunais sobre o tema :

a) Súmulas do Supremo Tribunal Federal:

Súmula 166 – é inadmissível o arrependimento no compromisso de compra e venda sujeito ao regime do DL 58, de 10/12/1937.

Súmula 167 – não se aplica o regime do DL 58, de 10/12/1937, ao compromisso de compra e venda não inscrito, salvo se o promitente vendedor se obrigou a efetuar tal registro.

Súmula 168 – para os efeitos do DL 58, de 10/12/1937, admite-se a inscrição imobiliária do compromisso de compra e venda no curso da ação.

Súmula 412 – no compromisso de compra e venda com cláusula de arrependimento, a devolução do sinal por quem o deu, ou a sua restituição em dobro, por quem o recebeu, exclui indenização maior a título de perdas e danos, salvo os juros moratórios e os encargos do processo.

³⁵ Idem.

Súmula 413 – o compromisso de compra e venda de imóveis, ainda que não loteados, dá direito à execução compulsória, quando reunidos os requisitos legais.

b) Súmulas do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 76 – a falta de registro do compromisso de compra e venda do imóvel não dispensa a prévia interpelação para constituir em mora o devedor.

Súmula 84 – é inadmissível a oposição de embargos de terceiros fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro.

Súmula 239 – o direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis.

9. Conclusão

É pacífico o entendimento de que o homem possui, desde os primórdios da civilização, duas preocupações básicas: a subsistência e a fixação da moradia.

Portanto, estando esta última, entre as principais preocupações do homem, é possível afirmar que a propriedade, além de ser uma realidade, é fator importante na organização da estrutura social vigente, nas diferentes épocas e lugares.

Observa-se, entretanto, que essa constante preocupação do homem em fixar sua moradia, foi, em certo sentido, abalada, pois, à medida que o homem desenvolveu algumas técnicas agrícolas e, mais recentemente, industriais, que lhe possibilitaram melhorar suas condições de subsistência, precisou conviver, contrapartida, com o rápido aumento da população, que, através dos tempos, se instalou densamente em pequenas áreas, possibilitando, com isto a formação de aglomerados populacionais – as cidades.

No Brasil, esse crescimento populacional, especialmente nas grandes cidades como São Paulo e Rio de Janeiro, ocorreu, de forma considerável, nas quatro últimas décadas do século XX, embora os autores que se ocuparam do tema apontem o surgimento das indústrias, nas primeiras

décadas do mesmo século XX, como a principal causa desse crescimento.

Para que se tenha uma ideia desse crescimento, lembramos que Nereu Cavalcanti, em sua excelente monografia: O Rio de Janeiro Setecentista: a vida e a construção da cidade da invasão francesa até a chegada da corte, relata que, “na entrada do século XIX a cidade do Rio de Janeiro apresenta uma economia forte, diversificada e em expansão, além de um rico patrimônio imobiliário constituído de 7.047 prédios situados em seu perímetro urbano e mais 221 em construção, o que a tornava um excelente campo para o mercado imobiliário. A vinda da Corte e sua instalação na cidade, transformando-a em sede da monarquia portuguesa, redundou em expressivas mudanças não só políticas e culturais, mas também econômicas, com reflexos importantes sobre aquele tipo específico de mercado. Como já visto, somente 39% dos proprietários possuíam mais de um imóvel. No interior dessa faixa se desenvolveria um maior interesse pelo mercado imobiliário, sobretudo para os possuidores de mais de cinco propriedades, ou seja, para a faixa correspondente a 7,6% de donos de prédios, terrenos ou chácaras. Eram estes – pessoas ou instituições – os únicos que tinham realmente condições de perceber a cidade como uma mercadoria e, como tal, passível de negociação ou exploração comercial rentável. Consistia em investimento mais atraente, que não comportava as taxações sobre o lucro que dele provinha, nem a mesma probabilidade de calote, mais amiúde praticado pelos que tomavam dinheiro emprestado. O mercado imobiliário assentava-se em quatro vetores: o da compra, venda e troca de imóveis; o da construção (que movimentava os setores de mão de obra, transporte, projetos e obrigações legais junto ao Senado da Câmara e aos fornecedores de materiais, ferramentas etc.); o locatício de prédios; e, finalmente, o vetor de arrendamento ou aforamento, sobretudo de terrenos³⁶.“.

Veja-se, à guisa de comparação, que, no último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, realizado em

³⁶ Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004, p. 276.

2000, a cidade do Rio de Janeiro possui 4.766.636 habitantes, com 1.802.347 domicílios particulares permanentes.

Foi, portanto, no cenário acima relatado, que o Código Civil de 1916 foi promulgado. Assim, parece razoável supor, que o legislador de 1916 não tinha, como de fato não teve, preocupação com o estabelecimento de regras que disciplinassem as aquisições de imóveis, para pagamento a prazo.

Entretanto, com o advento das primeiras indústrias e o crescimento populacional experimentado, não somente pela cidade do Rio de Janeiro, mas também e principalmente, por São Paulo, houve a necessidade de estabelecer-se uma legislação que, no mínimo, pudesse colocar um freio nas pessoas e companhias menos idôneas, conforme a lição de Agostinho Alvim acima citado, que vislumbravam, no mercado imobiliário, a possibilidade de enriquecimento desmedido, utilizando-se, para tal, da faculdade que lhes concedia o citado art. 1.088 do Código Civil de 1916, ou seja, “deixar de entregar os lotes, comprados em prestações, durante anos e anos, preferindo, em lugar disso, devolver as quantias recebidas e sujeitarem-se às perdas danos”.

Coube, portanto, como demonstrado, à legislação especial as primeiras tentativas de regulamentação dos negócios jurídicos que têm por objeto a compra de imóveis comprados em prestações. Vimos, entretanto, que, apesar da tentativa do legislador de 1937 em estabelecer regras disciplinando a comercialização de imóveis loteados, norma posteriormente ampliada para os imóveis não loteados, desde que ausente a possibilidade de arrependimento, subsistiram, no mercado

imobiliário, as tentativas para caracterização do compromisso de compra e venda como obrigação de fazer, que se resolve em perdas e danos, com a consequente desvantagem do compromissário comprador. Daí a edição das sucessivas leis acima apontadas, ora visando o aprimoramento e o preenchimento das lacunas deixadas pela lei anterior, ora regulamentando as novas situações vividas pela sociedade, em virtude do crescente desenvolvimento de algumas cidades brasileiras.

Vimos, também, que, nesse período, foi de fundamental importância a atuação de nossos tribunais, especialmente no que tange à fixação de entendimentos, como os exarados nas súmulas supra citadas, que contribuíram, de maneira decisiva para dar maior segurança aos compromissários compradores de imóveis para pagamento em prestações.

Chegamos, portanto, ao século XXI e às mudanças introduzidas ao instituto pelo novo Código Civil de 2002, especialmente as introduzidas pelos artigos 1.225, 1.417 e 1.418, as quais, se não trouxeram, em si, grandes novidades (a jurisprudência e a doutrina pátrias já haviam fixado os entendimentos ali exarados), serviram para consolidá-los e fixá-los, em lei, fato este que possibilita maior segurança à compra e venda de imóveis para pagamento a prazo, realizada através de compromisso de compra e venda.

Assim, concluindo, podemos afirmar que, relativamente ao compromisso de compra e venda de imóveis para pagamento em prestações, houve avanço do novo Código Civil de 2002, tanto em relação ao Código Civil de 1916, quanto em relação à legislação especial que tratou da matéria.

REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. II.
- ALVIM, Agostinho. **Da compra e venda e da troca**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961.
- AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. **Compromisso de compra e venda**. São Paulo: Saraiva, 1979.
- BARROS MONTEIRO, Washington. **Curso de direito Civil** – direito das coisas. 37a. ed., revista e atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao direito** – lições de propedêutica jurídica. 8. ed. São Paulo: Letras & letras, 2002.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Contratos civis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- LOPES, José Reinaldo Lima. **O direito na história**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ROOPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.
- VARGAS, Getúlio. **Diário – 1937/1942**. São Paulo: Siciliano/FGV, 1995.
- VIANA, Rui Geraldo Camargo. **O parcelamento do solo urbano**. tese de doutoramento defendida na USP em 1983.
- WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos**. São Paulo: Saraiva.

RESUMO

O presente artigo trata da formação e conclusão dos contratos eletrônicos, definindo-o, primeiramente, e abordando a questão terminológica de tal figura, para, posteriormente, discorrer sobre as manifestações de vontade no ambiente eletrônico, notadamente a respeito da proposta, aceitação, oferta ao público, publicidade e, por derradeiro, classificando o consentimento eletrônico.

Palavras-chave: Contrato Eletrônico. Policiação. Proposta. Oferta. Aceitação. Consentimento Eletrônico.

ABSTRACT

This article discusses the formation and conclusion of electronic contracts, defining it first, and addressing terminology in such a figure, to then discuss the manifestations in the electronic environment, especially regarding the proposal, acceptance, offer to the public, advertising and, last, classifying electronic consent.

Keywords: Electronic Contract. Proposal. Acceptance. Electronic Consent.

* Livre-Docente e Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP, Coordenador do Curso de Direito e Professor Titular de Direito Civil e de Direito do Consumidor das Faculdades Metropolitanas Unidas – UniFMU, Membro do Ministério Público em São Paulo.

** Graduado em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas – UniFMU, Congressista do 8º e 9º Congresso Nacional de Iniciação Científica/CONIC.

1. O Contrato Eletrônico

A primeira questão que se coloca é se o contrato eletrônico consistiria em um novo tipo de contrato (contrato inominado) ou apenas um novo meio, isto é, uma nova roupagem para celebrar contratos em geral.

Com efeito, trata-se apenas de um novo instrumento para que seja manifestado o ajuste entre duas manifestações de vontades convergentes para criar, modificar (regular) ou extinguir direitos.¹

Pouco importa, assim, o objeto contratual - se contrato típico ou atípico -,² o que caracteriza o contrato eletrônico é o meio³ de exteriorização das manifestações de vontade.

Assim, contrato eletrônico é aquele em que o ajuste das partes contratantes efetiva-se através do uso da informática,⁴ o que engloba desde a utilização do bom e velho *fax* à assinatura digital (criptografada).⁵

¹ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Lesão nos contratos eletrônicos na sociedade da informação: teoria e prática da jucisbernética ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 51; ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Contrato eletrônico no novo código civil e no código de defesa do consumidor**. Barueri: Manole, 2004, p. 31; MARQUES. Claudia Lima Marques. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 112.

² BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de rede de computadores peculiaridades jurídicas da formação do vínculo** Tese (Mestrado), Universidade de São Paulo Faculdade de Direito. São Paulo: USP-SP, 2000, p. 44

³ PIZARRO, Sebastião Nóbrega. **Comércio Electrónico: Contratos Electrónico e Informáticos**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 73.

⁴ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. Op. cit. p. 55: "O contrato eletrônico é o acordo de vontades entre uma oferta de bens ou serviços que se manifesta por meio de recursos audiovisuais de uma rede de telecomunicações e de uma aceitação suscetível de manifestar-se por meio de uma interatividade eletrônica. Para nós, nesse pensamento, os contratos eletrônicos são aqueles em que a manifestação da vontade seja feita necessariamente pelo uso da informática".

⁵ ANDRADE, Ronaldo Alves de. Ob. cit., p. 31: "Na nossa proposição, contrato por meio eletrônico é o negócio jurídico celebrado mediante a transferência de informações entre computadores, cujo instrumento pode ser decalcado em mídia eletrônica. Dessa forma entram nessa categoria os contratos celebrados via correio eletrônico, Internet, Intranet, EDI (*Electronic Data*

Utiliza-se da terminologia informática, pois é a mais abrangente, abordando toda a ciência da computação e seu maquinário eletrônico, cingindo-se o conceito alhures ao estado atual da tecnologia.

Por isso, desde já, destaca-se que nada impede em um futuro próximo ou distante sobrevenha outra tecnologia eletrônica que substitua a informática, de modo que, o conceito mais genérico, e até prolixo, em vista de tal suposição, seria o de que o contrato eletrônico é aquele em que as manifestações da vontade exteriorizam-se por qualquer meio de interação eletrônica.

Portanto, o *novo*, no que tange à contratação eletrônica, é a forma de contratar que se dá, necessariamente, sem a presença física das partes, de forma não presencial ou à distância, o que fez com que a doutrina italiana os denominasse como contratos "desumanizados".⁶

Mas, observa-se que, de desumanizados os contratos eletrônicos "não têm nada". Com efeito, as vontades exteriorizadas no ambiente eletrônico, inclusive, nos contratos intersistêmicos⁷ em que o computador é programado para que apenas a exteriorize de forma automática, ainda assim, pressupõe uma conduta humana. O ser humano é quem manuseia a máquina, a qual exprimirá a sua vontade, e não o contrário.

Logo, no final, o que prevalece é a vontade humana, servindo, como dito, a informática e seu maquinário eletrônico, apenas como instrumento para a sua exteriorização.

Até porque, caso assim não fosse, não haveria contrato, pois o *consensus* é indispensável para a existência do contrato,⁸ razão pela qual não se adota a nomeclatura

Interchange) ou qualquer outro meio eletrônico, desde que permita a representação física do negócio em qualquer mídia eletrônica, como CD, disquete, fita de áudio ou vídeo."

⁶ OPPO, Giorgio. Apud MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.65

⁷ Esta forma de contratação é analisada de forma detalhada no item infra 4.1.

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Contratos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 27.

contratos desumanizados, mas, tão somente, contratos eletrônicos.

1.1. Terminologia: Contratos Informáticos, Contratos Telemáticos Ou Contratos Eletrônicos?

De início, importante destacar que, pelo menos na bibliografia consultada, há uma pequena divergência quanto à conceituação das nomenclaturas *contratos informáticos*, *contratos telemáticos* ou *contratos eletrônicos*.

Para CÍNTIA ROSA PEREIRA NUNES DE LIMA, com escólio na lição de Newton de Lucca, contrato eletrônico seria o gênero, do qual haveria duas subespécies: contratos informáticos e contratos telemáticos.⁹

O seu entendimento é de que os contratos informáticos seriam os contratos que, independentemente da forma de contratação, teriam como objeto um bem ou serviço da informática, enquanto que os contratos telemáticos caracterizar-se-iam pelo meio em que se dá a contratação – “algum meio que conjugue telecomunicação e informática” –, pouco importando, assim, o bem mediato da operação jurídica.

Enquanto que para o professor SÉRGIO IGLESIAS NUNES DE SOUZA, os três substantivos compostos teriam suas diferenças, acolhendo integralmente o conceito alhures de contratos informáticos, divergindo apenas quanto à definição de contratos telemáticos e eletrônicos.

Acrescenta referido autor que, os contratos telemáticos também se caracterizariam pelo objeto da contratação – “bens informatizados” -, sendo que a contratação também teria que se dar pela utilização da informática, o que denotaria a diferença em relação aos contratos eletrônicos, que se caracterizariam pela forma da contratação, mas não pelo objeto da operação econômica.¹⁰

⁹ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Validade e obrigatoriedade dos contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e dos termos e condições de uso (browse-wrap): - Um estudo comparado entre Brasil e Canadá.** Tese (Doutorado), Universidade de São Paulo Faculdade de Direito. São Paulo: USP-SP, 2009, p. 443

¹⁰ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. Ob cit., p. 55/57.

Portanto, para este doutrinador não haveria gênero e sub-espécie, mas sim três figuras distintas.

Com todo respeito, os contratos telemáticos não precisam, necessariamente, ter como objeto bens informáticos.

Ora, o vernáculo telemática, como bem observado pelo próprio professor SÉRGIO IGLESIAS NUNES DE SOUZA, com base nos ensinamento de Aurélio Buarque de Holanda, trata-se, apenas, de uma ciência que conjuga o uso do computador e da telecomunicação, o que, portanto, não se restringe à operações econômicas sobre bens de consumo informáticos.

Por outro lado, o vernáculo eletrônico é abrangente, a ponto de acobertar bens informáticos e a telecomunicação através do uso do computador, já que ambos derivam de tal ramo da ciência.

Acontece que, a terminologia contratos eletrônicos encontra-se já consagrada, como sinônimo de contrato telemático.

Por isso que, sem tomar partido, tal como sem preciosismo terminológico exacerbado, ousa-se divergir de tais ensinamentos, para fins de terminologia deste trabalho.

Assim, contratos eletrônicos ou telemáticos seriam as avenças formadas através do uso da informática, por interação eletrônica, sendo, portanto, expressões equivalentes. Enquanto que, os contratos informáticos caracterizar-se-iam pelo objeto da avença – bens de consumo da informática, independente da forma de contratação utilizada.¹¹

2. A Formação e a Conclusão dos Contratos Eletrônicos

2.1 As Declarações de Vontade e sua Exteriorização no Ambiente Eletrônico

Como ensina DARCY BESSONE “a formação de todo o contrato se baseia no

¹¹ O mesmo entendimento foi adotado por MALHEIROS, Clóvis Veiga Laranjeira. **Comércio Eletrônico no Âmbito do Direito do Consumidor.** Tese (Mestrado), Faculdade Autônoma de Direito. São Paulo: FADISP-SP, 2009, p. 15 e 48.

consentimento”,¹² confirmando, assim, como assevera a professora Maria Helena Diniz,¹³ de que, realmente, o *consensus* é elemento de existência dos contratos.

É o encontro de vontades, isto é o fusionamento de vontades conjugadas a respeito de um fim desejado, que irá formar o vínculo contratual.¹⁴ Trata-se, nada mais, nada menos, do denominado princípio do consensualismo¹⁵ ou do consentimento,¹⁶ pelo qual é suficiente, tão somente, o acerto de vontades para a deflagração do nexo contratual.

E, por assim ser, óbvio que deve haver a vontade de duas ou mais pessoas para fins de contratação, mas, mais do que isso, este “fenômeno psíquico” deve ser exteriorizado, “tem de ganhar corpo e vulto”,¹⁷ exprimindo-se este ânimo de contratação, que são as declarações de vontade.

Somente assim leva-se à outra parte ciência ou conhecimento a respeito da intenção de contratação e, por conseguinte, do pretendido ajuste para se alcançarem efeitos jurídicos. Enquanto, a intenção de contratação fizer parte, apenas, do mundo das “idéias” é um nada jurídico, por isso essencial que seja exteriorizada, a fim de que cumpra o seu papel de nascedouro de uma relação jurídica.

¹² ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Do contrato – Teoria geral.** Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 147.

¹³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. v. 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.** São Paulo: Saraiva: 2009, p. 36: Todo o contrato requer o acordo de vontades das partes contratantes ou o consentimento, que não constitui somente um requisito de validade, mas também um pressuposto de existência, de tal sorte que sem o mútuo consenso, expresso ou tácito, não haverá qualquer vínculo contratual.

¹⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos.** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 55.

¹⁵ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil, v. 3: Contratos.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 38: “De acordo com o princípio do consensualismo, apenas há contrato mediante a declaração de convergente de vontades acerca do objeto da avença e do seu respectivo conteúdo”.

¹⁶ GOMES, Orlando. **Contratos.** 26. ed. 2^a tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 37: “No Direito hodierno vigora o princípio do consentimento, pelo qual o acordo de vontades é suficiente à perfeição do contrato”.

¹⁷ TELLES, Inocêncio Galvão. **Manual dos contratos em geral.** Coimbra: Coimbra, 2002, p. 125.

Diversos podem ser os meios de materialização da indigitada manifestação de vontade, devendo esta, apenas, ser *inteligível*, de tal modo que, a parte a quem ela é dirigida possa interpretá-la adequadamente.

Pouco importa, destarte, se tal manifestação dar-se-á verbalmente, por escrito, por telefone, por correspondência epistolar ou, ainda, por meio de *interação eletrônica*, através do uso da informática, de modo que necessária, somente, a sua *identificação e absorção*.

Assim sendo, diante da multiplicidade dos recursos tecnológicos, torna-se imprescindível a existência de “compatibilidade técnica entre os sistemas computacionais utilizados para a transmissão e recepção das declarações”.¹⁸

Logo, as declarações de vontade no ambiente eletrônico, com força no princípio do consensualismo,¹⁹ são plenamente válidas para a formação do vínculo contratual, desde que sejam, ao menos, *inteligíveis*, pressupondo, assim, uma compatibilidade técnica entre os sistemas utilizados para a troca de informações.²⁰

2.2 Proposta no Código Civil

Este ato é o que dá impulso para o processo de formação dos contratos. A própria experiência cotidiana mostra-nos que, primeiro, deve haver uma provação (ato unilateral) para que, *a posteriori*, sobrevenha um ato bilateral.

¹⁸ BARBAGALO. BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de rede de computadores peculiaridades jurídicas da formação do vínculo.** Tese (Mestrado), Universidade de São Paulo Faculdade de Direito. São Paulo: USP-SP, 2000, p. 57.

¹⁹ Não se ignora os contratos reais, pelos quais somente com a entrega da coisa é que se reputa concluído o contrato, o que, entretanto, configura exceção, pois a regra, pelo princípio do consensualismo, é de que o simples ajuste ou acerto de vontades já deflagra o nexo contratual.

²⁰ PIZARRO, Sebastião Nóbrega. Ob cit., p. 77: “Fundamental para a validade da manifestação de vontade emitida por meios electrónicos, é a compatibilidade técnica entre os sistemas utilizados. O destinatário da declaração de vontade tem de possuir os meios capazes para receber e entender a declaração enviada.”

Como assevera PAULO NADER, “o acordo de vontades, dado fundamental ao contrato, não se alcança sem um *iter*”.²¹ Necessário, como *conditio sine qua non*, que alguém tome a iniciativa para originar o diálogo contratual, o que se dá por meio da *proposta* ou da *policitação*, pelos menos conforme disposição legal.²²

A depender dos elementos dessa provocação, este ato configurar-se-á como uma proposta ou apenas negociação preliminar.

Será proposta, se a provocação detiver todos os elementos essenciais²³ da visada avença, sendo precisa e completa²⁴ e, ainda, tendo esta manifestação de vontade, séria intenção de contratar.²⁵

Caso contrário, se o ato não se revestir dos elementos essenciais do contrato projetado²⁶ e, ainda, se a sua intenção revelar-se, apenas, com o intuito de sondagem, de discussão,²⁷ enfim, de “entendimentos destinados à sua melhor formulação”,²⁸ caracterizar-se-á como negociação preliminar.

²¹ NADER. Paulo. **Curso de direito civil, v. 3: Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 52.

²² A secção II do Código Civil, que trata a respeito da Formação dos Contratos, tem como seu primeiro dispositivo, o artigo 427 que regulamenta, justamente, a proposta, não havendo previsão a respeito das negociações preliminares.

²³ NADER. Op. Cit., p.54

²⁴ GOMES. Op. Cit., p. 73: “Exige-se que seja inequívoca, precisa e completa, isto é, determinada de tal sorte que, em virtude da *aceitação*, se possa obter o acordo sobre a totalidade do contrato. Deve conter, portanto, todas as cláusulas essenciais, de modo que o consentimento do oblato implique a formação do contrato”

²⁵ ASSIS, Araken de. **Comentários ao código civil brasileiro, v. 5: do direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 163: “Por outro lado, a proposta a proposta deve se revelar séria, revelando o inequívoco propósito de contratar em seus termos. Acompanhado de protesto geral e específico, e de restrições à força vinculativa prevista no artigo 427, se transmudará em simples convite à oferta (*invitatione ad offerendum*).”

²⁶ Esta expressão é utilizada ao inverso, “projeto do contrato”, por ARAKEN. Op. cit., p. 161.

²⁷ FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 285.”(...) como as negociações pressupõem ainda uma situação imatura, na medida em que as partes discutem eventual e o contrato, as mesmas não são movidas por uma vontade de contratar, mas apenas por uma vontade de discutir”.

²⁸ GOMES. Op. Cit., p. 72.

Esta fase de “pontuação”,²⁹ no mais das vezes, sempre precede a formulação da proposta, haja vista a complexidade das relações contratuais, que reclamam uma fase-prévia de discussões a respeito do programa obrigacional, para daí ser formulada a proposta de contratação que reunirá todos os elementos da avença.

Em vista, justamente, desses elementos que diferenciam a proposta da tratativa preliminar, é que decorre o efeito *vinculante* presente na primeira, que é o “divisor de águas” para a segunda.

Cabe ressaltar que o artigo 427 do Código Civil utiliza o tempo verbal “obriga” e não o “vincula”. Contudo, a doutrina, a qual se filia o presente estudo, critica tal terminologia, ante o próprio conceito de contrato e de políciação.

Ora, como visto, contrato é oriundo de consentimento e, assim sendo, impossível, apenas, uma declaração de vontade obrigar,³⁰ criando, por exemplo, um dever de dar uma coisa, de fazer ou não fazer algo (*interpretação strictu sensu do vernáculo obrigar de acordo com título I – Modalidades das Obrigações, do Livro I – Obrigações do Código Civil*).

Se assim fosse, como bem pondera Darcy BESSONE “a única fonte das obrigações voluntárias passaria a ser a declaração unilateral. E seria contraditório falar-se em formação de contrato, quando a tese propugnada a excluiria, para dar lugar a declarações unilaterais paralelas, das quais nasceriam todas as obrigações dos declarantes”.³¹

Até por isso, define-se proposta como sendo uma declaração de vontade unilateral *receptícia*,³² a qual depende de uma declaração posterior para, enfim, surgir uma

²⁹ NADER. Op. Cit., p.52

³⁰ ASSIS. Op. Cit., p. 168: “De acordo com o artigo 429, a proposta “obriga” o proponente. O verbo “obrigar” é altamente impróprio. O proponente ainda não deve e, portanto, tampouco se encontra obrigado em razão de simples oferecimento de proposta ao destinatário. Na verdade, o proponente fica vinculado à sua manifestação de vontade de contratar, ou seja, a manter a proposta.”

³¹ BESSONE. Op. Cit., p. 168.

³² GOMES. Op. Cit., p. 73; DINIZ. Op. cit., p. 49.

obrigação,³³ de sorte a formar o vínculo contratual, que corresponde à aceitação do solicitado à polícia.

O efeito vinculante da proposta está adstrito, assim, não por sua obrigatoriedade, isto é firmar o contrato, tanto que a polícia poderá ser objeto de retratação, mas à sujeição do policial a se responsabilizar por eventuais perdas e danos a serem suportadas pelo oblat que tinha “fundada expectativa de realização de negócio”.³⁴

Nesse sentido, é a definição de vinculação da proposta, pois, como visto, nunca será o proponente obrigado a contratar e, do mesmo modo, a proposta nunca será irrevogável,³⁵ salvo os casos em que a proposta já venha acompanhada de cláusula de irrevogabilidade.

Por isso que, salvo a única hipótese alhures, a proposta será sempre revogável, podendo ou não acarretar a responsabilização do proponente pelo prejuízo suportado pelo policial, a depender do enquadramento legal da retratação (vide: 2ª parte do artigo 427 e os incisos do artigo 428, ambos do Código Civil).

Desta feita, necessário delimitar o momento em que a proposta vincula seu proponente.

Por ser uma declaração receptícia, óbvio, que a polícia só vinculará seu emissor, no momento em que esta for de *conhecimento*³⁶ do seu destinatário, criando-lhe, assim, uma justa expectativa de contração.

Ora, o fundamento que embasa o efeito vinculativo da proposta é a “estabilidade das

relações sociais”³⁷ e, assim, a relação contratual só terá seu nascedouro, quando a proposta chegar ao conhecimento do oblat, momento no qual a semente da bilateralidade estará semeada.³⁸

Pois bem. Pouco importa assim, o meio utilizado para iniciar o diálogo contratual, necessário apenas que seu destinatário compreenda a intenção de contratar, o que poderá ocorrer por meio dos recursos tecnológicos da informática (*e-mail, chats, skype* etc...), caracterizando-se, assim, como uma *proposta eletrônica*.

O projeto de Lei 4.906/2001, que visa regulamentar o comércio eletrônico, prevê em seu artigo 11³⁹ que a oferta pode ser expressa por “mensagens eletrônicas”.

A problemática da proposta eletrônica cinge-se, ao momento de sua eficácia e, por conseguinte, do seu efeito vinculante.

CÍNTIA ROSA PEREIRA DE LIMA tratou do assunto. Para a jurista há de se verificar as seguintes variáveis da proposta: se é ou não corpórea⁴⁰ e, por conseguinte, se é ou não instantânea.⁴¹

Sendo instantânea e corpórea, como, por exemplo, na utilização do MSN, a proposta seria vinculativa, desde a sua exteriorização, pouco importando, o efetivo conhecimento pelo destinatário.⁴²

³⁷ DINIZ. Op. Cit., p. 53.

³⁸ Como visto a expedição da polícia configura apenas uma manifestação unilateral de vontade, de modo que, apenas, quando é recebida pelo seu destinatário é que, enfim, poderá haver bilateralidade no que concerne a tal ato jurídico.

³⁹ Art. 11: Na celebração de um contrato, a oferta e sua aceitação podem ser expressas por mensagem eletrônica.

⁴⁰ Corpórea seria a materialização da vontade de contratar, como, por exemplo, ocorre nos chats, em que os caracteres da exteriorização da vontade podem ser armazenados. A *contrarium sensu*, não corpórea seria em relação àqueles casos em que a exteriorização de vontade não pode ser armazenada, materializada, como ocorre nos casos de conversação de voz, *skype*.

⁴¹ O vernáculo já é auto-explicativo. Proposta instantânea seria aquela em que o contato com o oblat é imediato, isto é súbito, como no MSN. Enquanto que não instantânea, seria o caso em que o contato é intervalado, necessitando de um espaço de tempo não só para a comunicação da polícia, como também para a própria contratação. Veja: LIMA. Op. Cit., p. 412-414.

⁴² LIMA. Op. Cit., p. 475.

³³ Em sentido análogo: MARQUES. *Contratos*. Op. Cit., p. 721: “O que significaria exatamente esta vinculação: seria sinônimo de obrigação contratual principal? Não: apesar de o art. 427 do CC/2002 utilizar o verbo obrigar, não podemos confundir os efeitos da proposta clássica com os efeitos do contrato em si. O proponente não fica obrigado a efetuar a prestação principal. Esta obrigação contratual principal só nascerá após a aceitação, quando da formação do contrato.”

³⁴ GONÇALVES. Op. Cit., p. 74.

³⁵ BESSONE. Op. Cit., p. 165: “O proponente poderá revogá-la, ainda que respondendo pelo prejuízo decorrente da revogação, e, revogando-se, impedirá a formação do contrato, porque o acordo de vontades deve ser atual e não se poderá realizar quando, ao ser manifestada a aceitação, a proposta já houver sido destruída pela revogação.”

³⁶ GOMES. Op. Cit., p. 75.

Não sendo corpórea, mas instantânea, como na utilização de conversação de voz, seria necessário o efetivo conhecimento do oblato.⁴³

E, ainda, quando fosse corpórea, mas não instantânea, *verbi gratia*, por e-mail, o seu efeito vinculante dar-se-ia, desde o momento em que a proposta ingressasse no sistema de informação do oblato, não sendo assim, necessário seu conhecimento, mas, apenas, a sua acessibilidade.⁴⁴

De modo diverso, ao que parece, o Projeto de Lei 4.906/2001 adotou de forma indistinta, para qualquer “tipo” de mensagem eletrônica (entenda-se proposta eletrônica), que seus efeitos valerão a partir do aviso de seu *recebimento*.

Pelo que se depreende da análise dos artigos constantes do capítulo III, da seção V do Projeto – Do Aviso de Recebimento –, toda a eficácia das mensagens eletrônicas e, até, a sua própria *existência* (vide: artigos 19, inciso II, e 20 do projeto de Lei 4.906/2001)⁴⁵ estão condicionadas ao aviso de recebimento a ser informado pelo destinatário.

Não obstante a terminologia “aviso de recebimento”, a qual induz, em uma primeira análise, atrelar-se a eficácia da proposta apenas a sua acessibilidade, a verdade é que, na prática, a aludida “ferramenta” está mais em consonância com efetivo conhecimento da mensagem do que à sua acessibilidade.

Ora, como sabido, o aviso de recebimento só é expedido no momento em que o destinatário visualiza a mensagem,

oportunidade na qual, por exemplo, em sede da utilização do Microsoft Outlook, é facultado ao destinatário optar pelo envio ou não de tal confirmação.

Até por isso, seria mais adequado falar-se em confirmação de leitura e, não de aviso de recebimento, pois tal confirmação ocorre posteriormente à acessibilidade da mensagem eletrônica, notadamente quando o seu destinatário a visualiza, razão pela qual o efeito vinculativo da proposta eletrônica está condicionado, ao que parece, para as disposições do anteprojeto, ao seu efetivo conhecimento.

Vale destacar, entretanto, que o regramento acima estabelecido é *supletivo*, eis que, o artigo 10⁴⁶ da mencionada lei, prevê que as partes poderão, mediante comum acordo, alterarem as disposições da lei a respeito da comunicação eletrônica, de modo a prevalecer a autonomia privada.

À guisa de conclusão comunga-se, das disposições do citado anteprojeto, tal como da posição de Orlando Gomes⁴⁷, de que a eficácia da proposta, pelo seu próprio conceito, está condicionada ao efetivo conhecimento da mesma, isto é da sua *real recepção*.⁴⁸

Contraditório seria suscitar tese diferente, quando a própria natureza do efeito vinculante da proposta está entrelaçada à *confiança*⁴⁹ despendida no oblato a respeito da contração, o que só acontece, por óbvio, quando este tem o conhecimento efetivo da proposta.

⁴³ *Idem*. Op. Cit., p. 476.

⁴⁴ *Idem*. *Ibidem*. Op. Cit., p. 477.

⁴⁵ Art. 19. No caso de o remetente não declarar que os efeitos da mensagem eletrônica estão condicionadas à recepção de um aviso de recebimento e tal aviso não for recebido pelo remetente dentro do prazo estabelecido ou pactuado, ou, inexistindo este, o remetente poderá, em um prazo razoável: I – notificar o destinatário declarado que nenhum aviso de recebimento foi recebido e estipulando um prazo adequado à efetivação dessa providência; II – caso o aviso de recebimento não seja recebido dentro do prazo a que se refere o inciso I, o remetente poderá, notificando o destinatário, tratar a mensagem como se ela nunca tivesse existido.

Art. 20. A recepção, pelo remetente, do aviso de recebimento enviado pelo destinatário gera a presunção de que aquele que tenha recebido a mensagem eletrônica pertinente.

⁴⁶ Art. 10. Nas relações entre as partes que geram, enviam, recebem, armazenam ou, de qualquer outro modo, processam mensagens eletrônicas, as disposições deste capítulo poderão ser alteradas, mediante comum acordo.

⁴⁷ GOMES. Op. Cit., p. 75.

⁴⁸ Poder-se-ia cogitar que *recepção* seria equivalente à acessibilidade. Por isso que, fala-se em real recepção, sendo necessário que a proposta adentre na esfera de conhecimento e não apenas na sua esfera de controle, o que difere, portanto, de acessibilidade.

⁴⁹ ASSIS. Op. Cit., p. 169: “O princípio da força vinculativa da proposta se entrosa com o princípio da boa-fé. É a solução preferível, *de lege data*, e bem fez o art. 427 em adotá-la. A oferta instiga uma legítima expectativa no destinatário. Sua retirada arbitrária e inopinada, no correto alvitre de Silvio Rodrigues, “representaria uma fonte de insegurança, capaz de causar prejuízo ao outro... que de boa-fé, acreditou na seriedade da proposição a ele apresentada.”

Imagina-se, suscitar a responsabilização pelos danos decorrentes da revogação da proposta, quando esta, embora tenha se mostrado acessível, não tenha chegado ao conhecimento do solicitado, seria afrontar toda a estrutura da força vinculativa da proposta.

Por isso que, não obstante a mudança dos meios intimativos de contratação, ainda assim, prevalece toda a estrutura da formação dos contratos, notadamente quanto ao efeito vinculativo da proposta, até, pelo menos, que sobrevenha legislação específica a tratar de maneira díspare a matéria, o que, observe-se, efetivamente, não decorre do anteprojeto de Lei 4.906/2001.

2.3 A Oferta ao Públco no Código Civil

O elemento inicial do contrato pode ser direcionado a um número determinado de pessoas, configurando-se como proposta, ou a um número indeterminado de pessoas, caracterizando-se como oferta ao público.

Frisa-se que, a distinção não está atrelada à quantidade de pessoas que são atingidas pela políciação, um número reduzido ou massificado, mas, mais precisamente, quanto ao aspecto de os solicitados serem determinados ou indeterminados.

Assim, *verbi gratia*, será considerada proposta o envio de uma série de e-mails para um *mailing list*,⁵⁰ enquanto que será considerado como oferta, um anúncio em uma revista ou em jornal.⁵¹

A referida diferenciação, entre proposta e oferta, é fruto da inovação do Código Civil, eis que, em relação ao artigo 429⁵² do Código Civil não havia dispositivo correspondente no diploma civil de 1916.

E, ao contrário de outras legislações, a oferta ao público, desde que revestida dos elementos essenciais do contrato e, do

contrário não resultar de suas circunstâncias e dos usos e costumes, vincula o ofertante, não sendo apenas um mero convite a contratar.⁵³

A *contrarium sensu*, se a manifestação ao público não contiver todos os elementos essenciais do contrato, haverá verdadeira *invitatio ad offerendum*, como acontece com um anúncio publicitário que não está, na grande maioria das vezes, acompanhado de tais questões pontuais contratuais.

Vale dizer que, este regramento não engloba as relações de consumo que, como veremos no tópico infra, dispõem de regulamento especial.

A oferta, assim como a proposta, também poderá ser revogada, desde que tal ressalva conste da oferta realizada e, ainda, seja veiculada pelos mesmos meios da veiculação da oferta (*exegese* do artigo 429, p. único, do Código Civil).

Posto tal panorama, cabe realizar o enquadramento geral da oferta eletrônica.

Pois bem. Assim como na proposta, o conceito do instituto jurídico sob análise é o mesmo, sendo que a sua peculiaridade consiste no meio em que é propagada a intenção de contratar.

Assim, os meios eletrônicos que possibilitam uma divulgação a um número indeterminado de pessoas serão considerados como meio de envio de oferta eletrônica, como por exemplo, os *webs sites*, as revistas digitais ou virtuais.

A questão importante a que se coloca é que, como já destacado acima, eventual revogação da proposta deve ser concretizada pelo mesmo meio de veiculação da proposta.

Assim, se feita por meio de um determinado *web site*, o aviso de retratação deve ser concretizado naquele mesmo sítio da *internet* e, o mais importante, a possibilidade de tal retratação tem que constar na própria oferta, sob pena de a revogação ser ilegítima.

Caso contrário, estar-se-á despendendo uma legítima confiança nos destinatários da

⁵⁰ Consiste no envio de um grande número de mensagens eletrônicas ou mesmo correspondências, oferecendo um bem, produto ou serviço.

⁵¹ ASSIS. Op. Cit., p. 184.

⁵² “Art. 429. A oferta ao público equivale a proposta quando encerra em os requisitos essenciais do contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos.”

⁵³ No Canadá, por exemplo, a políciação a um número indeterminado de pessoas não vincula o ofertante, eis que, trata-se apenas de um “*invitation to treat*”, de sorte que a pessoa que é atingida pela oferta é que será o proponente na contratação, já que, repita-se, trata-se apenas de um convite à contratação. Vide: LIMA. Op. Cit., p. 391.

oferta pela conclusão do contrato, de sorte que, a retratação resultará em perdas e danos, podendo o ofertante ser responsabilizado nesse tocante.

Conclusivo mais uma vez, é o princípio da confiança. Se, na própria oferta ressalva-se a possibilidade de sua revogação fica, por conseguinte, maculada uma justa expectativa de contratação, pois o destinatário sabe, desde logo, tal possibilidade. Entretanto, vale observar, que a revogação da oferta deve ser veiculada pelo mesmo mecanismo de sua divulgação, devendo ter um alcance igual ou maior do citado ato do início do contrato, sob pena de ser ilegítima.

2.4 A Oferta no Código de Defesa do Consumidor

Ab initio, importante destacar que o diploma consumerista não estabeleceu a exposta diferença entre proposta e oferta, equivalendo tais expressões.

Assim, no termos do Código de Defesa do Consumidor, não haverá diferença se o movimento inaugural do contrato é direcionado a um número indeterminado ou determinado de pessoas, pois em ambos os casos haverá oferta.

E, o Código Civil difere ainda mais do Código de Defesa do Consumidor no tocante à abordagem da formação dos contratos.

Assim, observa-se do artigo 30 do diploma consumerista, que acaba por *ampliar* o conceito de oferta, já que a trata como toda e qualquer informação ou publicidade suficientemente precisa que veiculada *obriga* o fornecedor e *integrará* o contrato a ser celebrado.⁵⁴

Pouco importa, assim, se a oferta, no âmbito das relações consumeristas, trará os elementos essenciais do contrato, já que toda e qualquer informação ou publicidade vincula o ofertante, bastando ser precisa sobre algum elemento da contratação.

A própria figura da publicidade reclamava um regramento no sentido alhures,

eis que, como sabido, a propagação de idéias que se estabelece na sociedade atual alcança um nível de massificação enorme, de sorte que, cada vez mais, a divulgação de um produto ou um serviço representa uma linguagem concisa e rápida, a qual impede encerrar todos os elementos da contratação.⁵⁵

Tal constatação é de fácil percepção, eis que, a aventada publicidade caracteriza-se, na verdade, mais por um *marketing*, que visa incutir a idéia no consumidor a adquirir um bem de consumo, do que pela “preocupação em evidenciar todos os elementos essenciais do contrato”.⁵⁶

Por isso que, toda e qualquer publicidade representará uma oferta e, por consequência, integrará o futuro contrato a ser celebrado.

Assim, o consumidor poderá exigir aquilo que foi publicizado no momento da conclusão do contrato e, ainda, mesmo que não ressalvado no instrumento contratual, também poderá dela se beneficiar durante a execução do contrato.⁵⁷

⁵⁵ MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 154: “Por outro lado, a oferta ao público apenas obriga quando encerra os requisitos essenciais do contrato. Esta exigência, embora obedeça o lógica contratual do direito civil tradicional, naturalmente que não aparece adequada à realidade dos contratos de massa, assim como o fenômeno da publicidade e sua linguagem às vezes muito fluída, de duplo sentido, sem precisão e caráter determinável inerentes à noção da proposta contratual formal e determinada. Daí porque, nos contratos de consumo, a definição de oferta não mais exigirá a determinação de um ato específico com informações precisas sobre todos os elementos do contrato.”

⁵⁶ LIMA. Op. Cit., p. 384.

⁵⁷ Esclarecedor é o exemplo de NUNES, Antonio Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor: com exercícios*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 396: “Suponhamos que uma construtora faça anúncio de venda de apartamentos, que já são entregues com armários embutidos no quarto. Atraído o consumidor, ele adquire o imóvel mediante escritura pública da qual não consta que o bem está sendo entregue com os armários embutidos. E, de fato, recebendo as chaves e tomando posse, o consumidor percebe a falta de armários. Como fica a relação?”

O outro sentido disposto no art. 30, ao expressar “integra o contrato que vier a ser celebrado”, é o de que, uma vez feita a oferta, todos os elementos que a compõem, desde já, integram o contrato a ser celebrado,

⁵⁴ MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman V. MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Como bem observado pela professora Cláudia Lima Marques⁵⁸, já era chegada a hora em que o ordenamento jurídico daria relevância para o fenômeno, tão difundido, da publicidade, a ponto de proteger a confiança que dela deriva.

O fato social da contratação já não está, há muito tempo, atrelado ao modelo da contratação previsto pelo Código Civil em que, necessariamente, o elemento inicial do contrato, para vincular o ofertante ou proponente, deveria encerrar todos os elementos essenciais do contrato.

Ainda que não estejam previstos todos os elementos do contrato, o *marketing*, a publicidade, ou somente uma informação prestada pelo vendedor, divulgando, de modo suficiente e preciso, algumas ou alguma condição contratual, por si só, já despendem confiança no solicitado, pelo menos no que tange a aquele aspecto *pontual* do contrato.

Deste modo, por ser de rigor, deve haver um alargamento do efeito vinculante da proposta ou da oferta, para que toda e qualquer confiança incutida a alguém, por mais que seja advinda de um simples contato social e/ou negocial, seja protegida, já que é apta a deflagrar um vínculo jurídico, aquele da justa expectativa quanto aquele elemento precisamente divulgado.

Tal inovação, vale dizer, é digna de aplausos e está em consonância com os métodos atuais de contratação, notadamente aqueles utilizados em sede do ambiente eletrônico, no qual a comunicação e os contatos sociais são tão *fluídos*.

Atualmente, os *e-mails*, os *links*, as “janelas” que, automaticamente, abrem-se ao acessar um domínio na internet, representam a atual linguagem da publicidade e que, portanto, devem ser tidos como ofertas, de

mesmo que quando de sua assinatura, o fornecedor omita algum ou alguns elementos que dele constavam. Não resta dúvida de que, no caso do exemplo, a construtora está obrigada a cumprir a oferta, instalando os armários embutidos, exatamente como fora anunciado.”

⁵⁸ A Autora, de forma brilhante, traça todo o panorama do alargamento do campo obrigacional, o que o faz, com base, na construção doutrinária alemã, notadamente a do catedrático da Universidade de Tubigen, Johannes Koendgen. MARQUES. **Contratos**. Op. Cit., 729 e seguintes.

sorte que as informações suficientes e precisas ali veiculadas vincularão o ofertante.

Se no passado com maior intensidade eram os anúncios na rede de televisão aberta e no rádio, hodiernamente, de forma mais incisiva, são as apontadas técnicas em que consiste o novo modelo de publicidade.

Esta atuação dos fornecedores de bens de consumo acarreta, invariavelmente, confiança nos consumidores, frente à *aparência*⁵⁹ criada que representarão ofertas de consumo, sendo, portanto, elemento decisivo para a formação dos contratos eletrônicos.

Neste cenário, mais do que nunca, é imprescindível a aplicação do regime jurídico consumerista para regular a formação dos contratos eletrônicos, notadamente quanto ao efeito vinculativo da publicidade propagada nos ambientes eletrônicos, a fim de proteger a confiança⁶⁰ despendida nos consumidores, viabilizando, assim, o próprio comércio eletrônico.

Sob esta premissa é que devem ser visualizados os contatos sociais no âmbito da contratação eletrônica. Especialmente as publicidades e informações veiculadas que consistirão, nos termos do artigo 30 do código de Defesa do Consumidor, uma oferta a que estará vinculado o prestador de serviços ou de produtos.

⁵⁹ LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 375-376: “A confiança é necessária porquanto ela está na base do funcionamento do sistema especializado, indestrinçável e anônimo, consistindo no lubrificante das relações sociais. Em virtude disso, deve ter respaldo jurídico, tanto por meio de presunções quanto mediante imputações de responsabilidade, utilizando para isso a regra da aparência jurídica.

Por esta razão, sustentamos que no plano conceitual é necessário utilizar a noção de aparência jurídica para justificar a existência de oferta contratual de bens e serviços e a noção de confiança para aferir a aceitação. Esses instrumentos têm importância decisiva no momento da formação do consentimento contratual em matéria de responsabilidade por danos e no plano da lei aplicável.”

⁶⁰ Esta é a conclusão de Cláudia Lima Marques que já é perceptível na introdução de sua obra tão festejada: MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: (um estudo dos negócios jurídicos do consumo no comércio eletrônico)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 31-50.

E, as consequências do efeito vinculante da oferta também são díspares. Enquanto que, no Código Civil a recusa indevida em dar cumprimento à oferta resulta em perdas e danos, no Código de do Consumidor é facultado ao consumidor optar entre o cumprimento forçado da obrigação, aceitar outro produto ou serviço equivalente ou, ainda, rescindir o contrato com direito à restituição da quantia eventualmente antecipada, mais perdas e danos.⁶¹

Percebe-se, ante o exposto, que há dois regimes jurídicos bem distintos sobre a oferta ao público, aquele para as relações de consumo e aquele para as relações privadas civis e empresariais, regulados, respectivamente, pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo Código Civil.⁶²

Logo, no caso concreto, deverá ser auferido se a relação jurídica encampa uma relação de consumo ou não, para daí proceder ao regramento da formação do contrato eletrônico.⁶³

⁶¹ SOBRINHO, Mário de Camargo. In: **Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo.** MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.). CHINELATTO, Silmara Juny (Coord.). 3. ed. Barueri: Manole, 2010, p. 342.

⁶² SENISE. Manual. Op. Cit., p. 123.

⁶³ Verifica-se uma classificação das relações jurídicas formadas no ambiente eletrônico que auxilia a respeito da investigação de sua natureza jurídica e, por conseguinte, do regramento a ser a ela aplicado. SIMÃO FILHO, Adalberto. **Proteção dos consumidores nos contratos celebrados via internet.** In **Direito dos Contratos II.** Org. JABUR, Gilberto Haddad. São Paulo: Quartier Latin, 2008: i)B2B Business to business: Trata-se de negócio jurídico praticado entre empresários na sua linha ou cadeia de produção específica. Utiliza-se o site como meio para a compra e venda de produtos ou serviços específicos da linha da empresa prestadora, comercializadora ou fabircante ou para o relacionamento entre o distribuidor e a sua rede de representantes ou agentes empresariais. ii) B2C Business to Consumer: São negócios jurídicos de escopo diverso que efetivamente envolvem um consumidor como destinatário final do produto ou dos serviços. Estes sites são voltados para a venda ou prestação de serviços no varejo. iii) C2C Consumer to consumer: São sites que envolvem tão-só a relação de consumidor para consumidor. Em alguns destes sites, se possibilita a conversação entre pessoas (*chat*) ou a exposição de imagens e vídeos entre pessoas consumidoras (*Orkut-youtube*) e, em outros, são praticados negócios jurídicos por consumidores e para consumidores. Há quem discipline e ordene estes sites e disponibilize os serviços organizatórias aos

2.5 A Publicidade

A publicidade como uma forma de oferta, tal como de um contato social negocial, já foi abordada no item supra, cabendo, agora, discorrê-la sob a ótica dos deveres alocados nos artigos 36 e 37 do Código de Defesa do Consumidor.⁶⁴

Por isso que, como bem salientado por PAULO VASCONCELOS JACOBINA, o controle da publicidade “tem uma característica muito forte na tutela de direitos difusos”,⁶⁵ visto que deixa ter seus reflexos no que pertine às partes contratuais, passando a ter seus reflexos sobre pessoas indeterminadas, a uma pluralidade de consumidores.

O próprio conceito de publicidade induz à conclusão acima tecida.

Como nos ensina a doutrina, a publicidade é uma forma de comunicação para o fim de estimular ou influenciar o público ao ato de consumir.⁶⁶

Ocorre que, essa estimulação não pode ser concretizada de maneira a ferir valores éticos e morais, notadamente aqueles elencados no Código de Defesa do Consumidor, para que, a todo e qualquer

consumidores. Esta é outra relação jurídica (...) Estas são algumas das operações realizadas em ambiente virtual e, originariamente, para que se possa detectar a aplicabilidade do código de consumidor, tem-se operações B2C como destinatários finais. Para qualquer outro tipo de operação, há que se investigar a sua natureza jurídica e se está presente o conjunto de elementos autorizadores da relação de consumo com vistas à adoção de normas de natureza consumerista.”

⁶⁴ A abordagem metodológica é de MIRAGEM, Bruno. Op. Cit., p. 160-161: “Para o direito do consumidor, a publicidade terá relevância basicamente em três situações. A primeira, quando se apresenta como veículo, como forma, de uma oferta de consumo, hipótese em que produz efeito de vinculação do fornecedor que a promove, na condição de negócio jurídico unilateral. A segunda quando viola os deveres estabelecidos pelo CDC, caracterizando-se como uma das figuras típicas de publicidade ilícita, previstas na norma do artigo 37 deste diploma, como publicidade enganosa ou publicidade abusiva. E a terceiro, quando se apresente como espécie de contato social de consumo”

⁶⁵ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor.** Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 89.

⁶⁶ MIRAGEM. Op. Cit., p. 159; PASQUALOTTO, Alberto. **Os efeitos obracionais da publicidade no código de defesa do consumidor.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 25.

custo, cumpra seu desiderato econômico, em prejuízo da vulnerabilidade do consumidor.

Preceitua o artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor que a publicidade “deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”.

Trata-se do princípio da identificação da publicidade que consiste em assegurar ao consumidor o direito de percepção de que aquela comunicação promove o ato de consumo, não estando isenta da sua finalidade de influenciá-lo a consumir.⁶⁷

Como bem salienta BRUNO MIRAGEM, nada mais é do que uma “norma que deriva da boa-fé objetiva, estabelecendo deveres de lealdade e transparência entre as partes”.⁶⁸

Refuta-se, assim, a chamada publicidade clandestina que se efetua, no exemplo clássico das novelas, em que um personagem utiliza-se de um serviço ou produto, associando este bem de consumo aquele personagem idealizado.⁶⁹

Veda-se, com isso, também a denominada publicidade dissimulada consubstanciada em reportagens, textos redacionais travestidos⁷⁰ de publicidade, em que não se tem a imparcialidade que se espera de uma abordagem jornalística ou crítica.

No ambiente da sociedade da informação, com toda certeza, é muito difícil o controle desta última prática ilícita de publicidade, visto que diversos são os *sites* que divulgam, diariamente, as experiências da utilização de um serviço ou de um produto.

LORENZETTI identifica, além desses textos redacionais ou jornalísticos, outra espécie ilícita de publicidade, a denominada publicidade oculta. Em *chats*, comunidades de redes sociais, enfim, em um grupo de notícias, pode-se infiltrar como um consumidor um

⁶⁷ MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman V. MIRAGEM, Bruno. **Comentários**. Op. Cit., p. 728: “A idéia básica do art. 36 é proteger o consumidor, assegurando-lhe o direito de saber que aqueles dados e informações transmitidos não o são gratuitamente e, sim, têm uma finalidade específica, que é promover a venda de um produto ou a utilização de um serviço.

⁶⁸ MIRAGEM. Op. Cit., p. 163.

⁶⁹ *Idem*. Op. Cit., 165.

⁷⁰ PASQUALOTTO. Op. Cit., p. 86.

titular de um produto ou serviço, opinando bem sobre seu produto e mal sobre o da concorrência.⁷¹

Percebe-se que, também, especialmente no ambiente eletrônico, as opiniões e críticas tecidas sobre bens de consumo poderão ser objeto de uma publicidade ilícita, visto que a análise daquele produto ou serviço não será imparcial e, principalmente, terá o desiderato de influenciar o ato de consumir.

Tudo isto se agrava, quando se tem na *internet* o auxílio do anonimato, o que só propiciará ainda mais o desafeto pelo princípio da identificação da atividade publicitária.

O Código de Defesa do Consumidor, ainda no seu artigo 37,⁷² também estabelece limitações sobre a publicidade, proibindo a enganosa e abusiva.

A publicidade enganosa é aquela que tem como característica principal ser suscetível de induzir⁷³ ao erro o consumidor, de modo que esta publicidade, seja por comissão ou omissão, deixa de observar o direito básico do consumidor ao acesso à informações claras, precisas e adequadas.

Assim, exemplificativamente, o consumidor poderá ter uma percepção errônea acerca das características, quantidades, propriedades, origem ou preço, sobre os produtos e serviços.

Toda vez que o anúncio publicitário tiver capacidade de indução em erro a respeito de

⁷¹ LORENZETTI, Ricardo L. Op. Cit., p. 396-396.

⁷² Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedade, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§2º É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que se incite a violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§3º Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.”

⁷³ MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman V. MIRAGEM, Bruno. **Comentários**. Op. Cit., p. 737.

dado essencial⁷⁴ sobre o produto ou serviço será considerado como uma publicidade enganosa.

Vale esclarecer que, é desnecessário que a publicidade leve o consumidor efetivamente a erro. Ou seja, é necessário, tão somente, que seja apta para tal fim, o que se aufera mediante um juízo abstrato e não concreto, sendo o dano ao consumidor um *mero plus*.⁷⁵

É proibida, ainda, a denominada propaganda abusiva que “fere os valores sociais, que fere a própria sociedade como um todo”,⁷⁶ já que a incitação à violência, ou qualquer tipo de discriminação, afronta a solidariedade e a harmonia de um grupo de pessoas.

Em sede do ambiente eletrônico este último tipo de publicidade ilícita ganha uma periculosidade ainda maior, visto que a disseminação da comunicação e das informações abusivas é muito rápida e de abrangência global.

Ademais, o acesso é facilitado, já que, por mais que as autoridades tentem inibir a sua exposição, diversos são os mecanismos para sua divulgação (*sites, redes sociais, chats, messenger, e-mail etc...*), tornado praticamente impossível o seu controle no que toca a acessibilidade.

Conclui-se, destarte, que, mais do que nunca, a publicidade ganha papel de destaque na sociedade atual, visto que a sua difusão alarga-se no ambiente eletrônico, mantendo-se *in totum* a proteção estabelecida pelos artigos 36 e 37 do *Codex consumerista*, já que se acredita até que as publicidades ilícitas terão maior freqüência.

3. A Aceitação e os Comportamentos Conclusivos no Ambiente Eletrônico

Como já assinalado, imprescindível para a formação dos contratos o consentimento.

⁷⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 243: “É considerado essencial aquele dado que tem o poder de fazer com que o consumidor não materialize o negócio de consumo, caso o conheça”.

⁷⁵ *Idem*. p. 240.

⁷⁶ MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman V. MIRAGEM, Bruno. **Comentários**. Op. Cit., p. 738.

Logo, a proposta, por si só, não dá ensejo ao aludido negócio jurídico, razão pela qual se conceitua como uma declaração de vontade receptícia.

Nessa ordem dos fatores é que surge a aceitação, como verdadeira *reação* do pollicitado, para que, enfim, conclua-se ou não o contrato.

A reação do pollicitado pode ser negativa, isto é uma recusa, o que fulminará, por óbvio, a formação do vínculo jurídico contratual, haja vista a inexistência de consenso.

Todavia, pode ser uma reação positiva,⁷⁷ aderindo o pollicitado às condições explanadas na pollicitação, o que deve ocorrer de maneira integral,⁷⁸ pois uma aceitação parcial ou condicional,⁷⁹ que não a equivalha ou a reflita por completo, será considerada uma contraproposta, nos termos do artigo 431 do Código Civil.

Assim, a aceitação, é o ato jurídico que gerará a conclusão do contrato, reunindo as vontades das partes contratantes, respectivamente, proposta e aceitação, que fusionadas transparecerão o consentimento.

A aceitação, tal como a proposta, é declaração receptícia de vontade, visto que, somente com seu efetivo conhecimento pelo ofertante é que estará *lacrado* o laime contratual.

Até porque, assim como na proposta, quando se trata de contração entre ausentes, possível será a retratação, desde que chegue antes ou simultaneamente ao conhecimento do proponente ou ofertante.

Por isso, entenda-se que, o efetivo conhecimento, e não apenas a chegada ou a acessibilidade da proposta da aceitação, é que não empregará legitimidade à retratação, notadamente no ambiente eletrônico, quando tal exercício seria estéril, caso considerada a segunda assertiva, ante a fluidez com que se efetivam as relações negociais.

⁷⁷ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos I: Conceito, Fontes e Formação**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 123.

⁷⁸ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil. v. III. Fontes das obrigações: contratos**. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1964, p. 97

⁷⁹ RIZZARDO, Arnaldo. Op. Cit., p. 54.

E, a aceitação, assim como a proposta, também poderá se efetivar por meio da *linguagem da sociedade da informação*, notadamente por meio eletrônico, hipótese na qual se caracterizará *aceitação eletrônica*.

A aquisciência do oblato, isto é a aceitação, não precisa ser, literalmente falando-se, uma declaração de vontade, mas, como dito, uma reação positiva à políciação, como por exemplo, qualquer comportamento conclusivo da contratação.⁸⁰

Por exemplo, no comércio eletrônico o consumidor pode, por simples atos, tais como os de “tocar símbolos, ícones, fazer clicks – *point and click agreements*”,⁸¹ que são os famosos “concordo”, “aceito”, exteriorizar a sua aceitação à políciação.

Do mesmo modo, o início da execução do contrato, como por exemplo, no caso de uma compra e venda, em que o consumidor já efetua o pagamento pela aquisição do bem, colocando o número do seu cartão de crédito na página da eletrônica,⁸² ou ainda, já usufruindo o bem ou o serviço, como nos casos dos programas de computadores – objeto dos *downloads*, são todos estes comportamentos sociais, atos conclusivos que revelam a aceitação da políciação.

Nestes casos não há declaração de vontade dirigida ao oblato,⁸³ mas, tão somente, como dito, um comportamento ou um ato conclusivo que representa a concordância do oblato frente à políciação, permitindo, assim, a formação do liame contratual.⁸⁴

⁸⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança**. Op. Cit., p. 71

⁸¹ Idem., p. 271.

⁸² RIBEIRO, Luciana Antonini. **Contratos Eletrônicos**. Tese (Mestrado), Universidade de São Paulo Faculdade de Direito. São Paulo: USP-SP, 2003, p. 138.

⁸³ GOMES. Op. Cit., p. 77: “Dentre as modalidades de aceitação da oferta ao público sem declaração de vontade destinada à conclusão de um contrato, destaca Larenz o ato da utilização efetiva da prestação prometida genericamente, que conduz à constituição da relação contratual, por ele mesmo denominado do comportamento social típico.”

⁸⁴ PASQUALOTTO. Op. Cit., p. 43: A declaração de vontade é vista como ato de autodeterminação privada, capaz de produzir efeitos jurídicos. Esses efeitos, porém, podem ser atingidos igualmente por comportamentos concludentes segundo as concepções gerais, destituídos de consciência da declaração, mas animados por uma vontade natural. Tais

Creia-se que, no atual estágio da sociedade, em que, como dito, as relações procedem-se de maneira mais *fluída*, será mais rotineira a formação do vínculo contratual tornar-se concretizada por um comportamento ou um ato conclusivo, posto que o ambiente eletrônico assim induz.

À guisa de conclusão cabe, assim, destacar que, a formação dos contratos engloba, ante o todo exposto neste capítulo, uma seqüência de atos complexos que possibilitam, ao final, o consentimento das partes e, por conseguinte, a celebração do contrato, o que não é diferente na contratação eletrônica, sendo díspare apenas quanto aos meios utilizados.

4. O Consentimento Eletrônico e sua Classificação

Os contratos eletrônicos, como visto, nada mais são do que um novo modelo de contratação, em que as partes utilizam-se dos meios eletrônicos para reunir suas respectivas vontades.

Posta tal prática, pode-se qualificar o consentimento, assim como se fez aos contratos, como eletrônico – consentimento eletrônico.

As variações como se sucedem, nesse segmento – o consentimento –, tornam possível classificá-lo em subespécies, o que se passa a fazer.

4.1. Consentimento Eletrônico Intersistêmico

A prática contratual pode se efetivar por meio de sistemas pré-programados, pelos quais as partes utilizam-se do computador apenas como um ponto convergente de vontades preeexistentes.⁸⁵

O ambiente eletrônico serve, assim, para explanar um consentimento já preteritamente consolidado, o qual é executado *a posteriori*.⁸⁶

comportamentos, objetivamente considerados, suscitam a proteção da confiança que para o declarante gera a sua própria declaração, correspondendo a uma vontade negocial.

⁸⁵ BARBAGALO, Erica Brandini. Op. Cit., p. 47.

⁸⁶ BOIAGO JÚNIOR, José Wilson. **Contratação eletrônica: Aspectos jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2010,

O maior exemplo, desta prática, é a utilização do *Electronic Data Interchange* – EDI, como salienta SHEILA DO ROCIO CERCAL SANTOS LEAL, em que se opera:

a troca de dados estandirizados entre sistemas computacionais de informações estruturadas e acordadas previamente pelos usuários (geralmente empresas).
(...)

Com sua utilização permite-se às empresas desenvolver um processo automatizado de dados que gera, transmite, recebe e processa informação comercialmente estruturada, tudo eletronicamente, em substituição aos tradicionais documentos em papel.⁸⁷

Esse tipo de contratação é, normalmente, utilizada entre empresas para relações comerciais de atacado,⁸⁸ por serem situações em que os sistemas pré-programados, automaticamente, processam os pedidos de compra e de saída das mercadorias, enviando ainda, a fatura da operação comercial, encerrando, enfim, um verdadeiro “gerenciamento de produção e distribuição dos bens.”⁸⁹

Tal prática, sem dúvida, faz com que a operação comercial seja mais veloz e, ainda, os custos operacionais sejam diminuídos,⁹⁰ tornando-se assim um modelo atrativo de contratação.

À guisa de conclusão, a proposta e aceitação da operação contratual são, não obstante frutos de uma atividade humana pretérita, executadas e levada a efeito por *sistemas computacionais*, razão pela qual, sem dúvida, o consentimento pode ser qualificado como *intersistêmico*.

p. 88: “Nesses contratos, os computadores são apenas utilizados como um ponto para integralizar e convergir as vontades dos contratantes previamente estipuladas, geralmente em contratos escritos, e os agentes limitam-se apenas a executar o que ficou anteriormente pactuado entre ambos.”

⁸⁷ LEAL. Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 17.

⁸⁸ *Idem*. Op. Cit., p. 82.

⁸⁹ LIMA. Cíntia Rosa Pereira de. Op. Cit., p. 462.

⁹⁰ BOIAGO JÚNIOR. José Wilson. Op. Cit., p 89.

4.2. Consentimento Eletrônico Interpessoal

Neste modelo de contratação o ambiente eletrônico não é utilizado como “forma de comunicação de vontade já concebida”,⁹¹ mas como um meio para que as partes interajam e acabem por formar o consentimento contratual.

O vínculo contratual não é “lacrado” ou executado pela interação de dois sistemas pré-programados, mas pela própria atuação da vontade humana, sendo que, todo o *iter*⁹² contratual perpetra-se pelos meios eletrônicos e não apenas a sua exteriorização e/ou execução, diferindo-se, portanto, substancialmente, do consentimento eletrônico intersistêmico.

O maior exemplo é a contratação por meio do correio eletrônico, dos *real chats*, ferramentas estas que podem ser utilizadas desde as negociações preliminares à efetiva formulação da proposta e aceitação.

Por assim ser, o consentimento eletrônico é interpessoal, posto que o ambiente eletrônico é manuseado com um meio para a formação do consentimento e, não, apenas, para a sua execução.

4.3. Consentimento Eletrônico Interativo

A contratação, nesta hipótese, deriva de uma interação “entre uma pessoa e um sistema aplicativo previamente programado”⁹³ e, não como abordado alhures, entre os sistemas – consentimento intersistêmico – ou a interação entre duas pessoas.

Na prática, este modelo de contratação funciona como uma oferta ao público, haja vista que o computador oferece continuamente, através da *world wide web*,

⁹¹ BARBAGALO, Erica Brandini. Op. Cit., p. 48.

⁹² MALHEIROS, Clóvis Veiga Laranjeira. Op. Cit., p. 44: “Nesse caso, as partes se utilizam dos meios eletrônicos em toda a tratativa do início ao fim, e se o objetivo for também referente ao envio do *software*, até mesmo a execução poderá ser via comunicação eletrônica, embora não seja obrigatória que isso ocorra.”

⁹³ LEAL. Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 86

produtos ou serviços a pessoas indeterminadas.⁹⁴

Assim, quem tem interesse no bem ofertado acessa a página eletrônica, seguindo as instruções por ela fornecidas,⁹⁵ estabelecendo a comunicação necessária para o acesso às condições contratuais e, porventura, para a concretização da formação do vínculo contratual.

Como conclui ERICA BRANDINI BARBAGALO:

Dessa forma, através da interação com um sistema computacional, a parte que o acessou tem conhecimento da disposição do proprietário deste sistema em se vincular, originando na pessoa que acessa a vontade de integrar o vínculo. Portanto, o computador interligado à rede, utilizado desse modo, atua como auxiliar no processo de formação de vontade.⁹⁶

Fala-se em auxiliar no processo de formação de vontades, pois, é por meio da aludida interação que o programa computacional irá indicar os campos a serem preenchidos, os dados a serem informados, onde o internauta deve “clicar” para que, enfim, manifeste a sua aceitação.

A um só tempo o programa computacional, portanto, não só exterioriza a vontade de contratar do ofertante, como também, interage com o ofertado para que seja estabelecido o vínculo contratual, razão pela qual só poderia o consentimento, sob análise, ser qualificado como interativo.

5. Conclusão

O presente trabalho buscou demonstrar como se efetiva a formação e a conclusão dos contratos eletrônicos, tentando trazer aspectos pontuais e peculiares deste novo iter da contratação, mas, sem o preciosismo de esgotar o tema, o qual, vale dizer, tem guardada em nosso ordenamento jurídico, cabendo ao interprete e aplicador da lei, tão somente, amoldar este novo fato social às normas existentes que permitam regrá-lo, notadamente em vista dos princípios contratuais do consensualismo e da confiança.

94 BARBAGALO, Erica Brandini. Op. Cit., p. 51: “Esse é o mais peculiar dos modos de contratar via computador. Por esse meio de utilização, uma pessoa interage com um sistema destinado ao processamento eletrônico de informações, colocado à disposição por outra pessoa, sem, que esta esteja, ao mesmo tempo, conectada e sem que tenha ciência imediata de que o contrato foi efetuado. Esse é o exemplo mais comum de conclusão de contrato via Internet, através do *World Wide Web*, do qual derivam as compras de produtos ou contratação de serviços pela rede de computadores, mediante acesso aos chamados *Web sites*, que se compõem do que se usou denominar “páginas eletrônicas”

95 MALHEIROS, Clóvis Veiga Laranjeira. Op. Cit., p. 4

96 BARBAGALO, Erica Brandini. Op. Cit. p. 51

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos I: Conceito, Fontes e Formação.** Coimbra: Almedina, 2008.
- ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Do contrato – Teoria geral.** Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Contrato Eletrônico no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.** Barueri: Manole, 2004.
- ASSIS, Araken de. **Comentários ao código civil brasileiro, v. 5: do direito das obrigações.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de rede de computadores peculiaridades jurídicas da formação do vínculo.** Tese (Mestrado), Universidade de São Paulo Faculdade de Direito. São Paulo: USP-SP, 2000.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. **Manual de direito do consumidor.** 3. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BOIAGO JÚNIOR, José Wilson. **Contratação eletrônica: Aspectos jurídicos.** Curitiba: Juruá, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. V. 3: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais.** São Paulo: Saraiva, 2009.
- FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual.** Curitiba: Juruá, 2008.
- JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor.** Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- GOMES, Orlando. **Contratos.** 26. ed. 2^a tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2.008.
- TELLES, Inocêncio Galvão. **Manual dos Contratos em Geral.** Coimbra: Coimbra, 2002.
- LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet.** São Paulo: Atlas, 2007.
- LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Validade e obrigatoriedade dos contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e dos termos e condições de uso (browse-wrap): - Um estudo comparado entre Brasil e Canadá.** Tese (Doutorado), Universidade de São Paulo Faculdade de Direito. São Paulo: USP-SP, 2009.
- LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil, v. 3: Contratos.** São Paulo: Saraiva, 2009.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil. v. III. Fontes das obrigações: contratos.** São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1964.
- LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MALHEIROS, Clóvis Veiga Laranjeira. **Comércio Eletrônico no Âmbito do Direito do Consumidor.** Tese (Mestrado), Faculdade Autônoma de Direito. São Paulo: FADISP-SP, 2009.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman V. MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor.** 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.010.
- MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008
- NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 3: Contratos.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- NUNES, Antonio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor: com exercícios.** São Paulo: Saraiva, 2004.
- PASQUALOTTO, Alberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Contratos.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.
- PIZARRO, Sebastião Nóbrega. **Comércio Electrónico: Contratos Electrónico e Informáticos.** Coimbra: Almedina, 2005.
- RIBEIRO, Luciana Antonini. **Contratos Eletrônicos.** Tese (Mestrado), Universidade de São Paulo Faculdade de Direito. São Paulo: USP-SP, 2003.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SIMÃO FILHO, Adalberto. **Proteção dos consumidores nos contratos celebrados via internet.** In: **Direito dos Contratos II.** Org. JABUR, Gilberto Haddad. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- SOBRINHO, Mário de Camargo. In: **Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo.** MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.). CHINELATTO, Silmara Juny (Coord.). 3. ed. Barueri: Manole, 2010.
- SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Lesão nos contratos eletrônicos na sociedade da informação: teoria e prática da jucisbernética ao Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2009.

ENSAJO

* Mestre, Professor do Curso de Relações Internacionais da UniFMU e do Curso de Direito da UniFMU. Advogado.

1. Introdução

Em razão de certas circunstâncias absolutamente acidentais¹, o subscritor do presente artigo teve a oportunidade de colaborar com o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados – ACNUR, e com o Centro de Acolhida para os Refugiados da Cáritas Arquidiocesana de São Paulo, acompanhando os processos administrativos que tinham por finalidade o deferimento ou a negativa, por parte do Estado brasileiro, das solicitações de refúgio no nosso país.

Nesse trabalho o papel se resumia em colher os depoimentos dos solicitantes para então, com base em estudos sobre a situação objetiva do país de origem, da Convenção de 1951 e da Lei 9.474/97, realizar um parecer técnico apontando para a acolhida ou não do pedido examinado, com o viés de auxiliar a decisão proferida pelo CONARE – Comitê Nacional para os Refugiados, órgão responsável pelas decisões.

Essa função colocou o subscritor diante de duas realidades; ambas cruéis: de um lado, o sofrimento, a dor e a saudade de pessoas que perderam absolutamente tudo, tendo seus lares invadidos, os parentes e os amigos mortos ou desaparecidos e, de outro, a falta de conhecimento da sociedade brasileira e mais especificamente da comunidade jurídica, sobre uma população tão frágil e necessita de auxílio, que, no Brasil, já alcança um número médio de três mil pessoas².

No entanto, essas duas realidades se fazem amenizar por dois outros motivos bastante louváveis: a força e a esperança com que os refugiados encaram a sua nova vida e o interesse que o tema provoca na sociedade, toda vez que mencionado.

Esse interesse é constatado sempre que tenho a oportunidade de fazer palestras sobre o assunto, ou durante as aulas que ministro nos cursos de Relações Internacionais e de Direito da FMU.

¹ Muito colaborou para esse “acidente”, o grande jurista e amigo pessoal Pedro Boholometz de Abreu Dallari, a quem dedico este artigo.

² http://www.onu-brasil.org.br/agencias_acnur.php, acesso em 1º de janeiro de 2009.

Ninguém fica imune a essa realidade. Todavia, a maior parte tanto das falas, quanto dos artigos sobre o tema versam sobre a definição do termo refugiado, bem como as hipóteses de concessão do refúgio.

Pouca importância se dá a outro assunto diretamente relacionado ao tema em exame: as cláusulas de exclusão.

As cláusulas de exclusão impedem a concessão do refúgio. Em outras palavras, a pessoa que se insira nas hipóteses exclusivas, ainda que se qualifique como refugiado, *não poderá receber proteção internacional*, em virtude de expresso impeditivo legal.

Assim essas pessoas estariam desamparadas da proteção que confere a Convenção de 1951 e, no Brasil, a Lei nº 9474/97.

Mas, que exclusões são essas? E quais as consequências fáticas e jurídicas da constatação de tais impedimentos?

Tais são as perguntas que tentaremos responder mediante o presente trabalho.

Todavia, antes de chegar ao centro do que se pretende discutir e principalmente em vista do pouco conhecimento que as pessoas em geral têm do refúgio, é necessária uma breve abordagem histórica e também da sua definição. A isso, então.

2. Breve Histórico do Refúgio

O refúgio como hoje definido é criação ocorrida no século passado. Todavia, a humanidade sempre se preocupou com a questão da perseguição injusta. Prova disso é a menção bíblica da possibilidade de que pessoas falsamente acusadas se “refugiassem” em cidades específicas, onde nada de mal poderia ser-lhes feito, até que provassem sua inocência:

⁴¹ Então destinou Moisés três cidades na banda de aquém do Jordão para o Oriente, ⁴² Para que se refugie aquele que sem querer tiver morto a seu próximo, e sem que tivesse sido seu inimigo um ou dois dias antes e possa acolher-se a qualquer dessas cidades; ⁴³ foram estas: Bosor no deserto, situada na campina da tribo de Rúben: e Ramot em Galaad, que é a tribo de

Gad: e Golan em Basan, que é da tribo de Manasses³.

Portanto, a idéia central do que veio a se chamar de refúgio já estava presente no Antigo Testamento: proteção a quem fosse perseguido injustamente.

A acepção atual do surgiu no início do século passado, embora, já no Sec. XIX, já houvesse instrumento internacional que conferia proteção a quem necessitasse.

A região pioneira nesse sentido foi a América Latina. De fato, o primeiro instrumento internacional que previa proteção internacional foi o Tratado Sobre Direito Internacional Penal (Montevidéu, 1889), ao qual se seguiram a Convenção sobre Asilo (Havana, 1928) e a Convenção sobre Asilo Político (Montevidéu, 1939)⁴.

Já na Europa, em 1920, um grande contingente de pessoas teve de abandonar a antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

A assistência a esses refugiados era realizada, em princípio, pela Cruz Vermelha. Mas, o enorme contingente de necessitados forçou aquela entidade a solicitar ajuda da antiga Liga das Nações⁵.

Essa intervenção criou, em 1921, o Alto Comissariado para os Refugiados Russos, entregue à responsabilidade de Fridtjof Nansen.

Fridtjof Nansen era uma dessas personalidades heróicas, cujo pulso firme, a inteligência e a luta incansável persuadiu a comunidade internacional que não apenas os russos necessitavam de proteção internacional. O refúgio, infelizmente, já era um fenômeno

“globalizado”, antes mesmo de tal termo fazer parte do nosso dia-a-dia.

Em 1924 a possibilidade de conceder-se refúgio foi estendida aos armênios, e em 1926 foi assinado o “Acordo para a expedição de certificação de identidade para os refugiados russos e armênios⁶”.

Embora tais acordos fossem estimulados pela Liga das Nações, o trabalho em relação à proteção de refugiados era independente e a organização internacional não se responsabilizava por sua atuação.

Isso apenas começou a ocorrer em 1929. Isso porque a previsão do Alto Comissariado Para os Refugiados Russos – órgão responsável pela proteção dos russos e armênios – tinha um mandato com validade até 1931, ocasião em que seria extinto. Portanto, *era necessário um período de transição, no qual se estudaria a possibilidade de criação de um outro órgão encarregado da temática dos refugiados⁷*.

Assim, em 1930, foi criado o “Escritório Nansen para os Refugiados” em homenagem a Fridtjof Nansen que faleceu naquele mesmo ano.

Como dito linhas atrás, a necessidade de conferir-se proteção internacional já era globalizada. Não bastava mais conferir-se proteção aos russos e aos armênios. De fato, o crescimento do nacional-socialismo na Alemanha e na Áustria, também originou um outro contingente de refugiados.

Com isso foi criado, em 1936, o Alto Comissariado para os Refugiados Judeus Provenientes da Alemanha.

Todavia, tanto esse Comissariado, como o Escritório Nansen tinham, em sua criação, a previsão de data para o encerramento de suas atividades para 1938.

O problema é que o número de refugiados não parava de crescer. E o fenômeno se espalhava como um rastilho de pólvora para as mais diversas regiões.

Visto que de nada adiantava fixar-se um termo extintivo para órgãos que tinham por finalidade proteger pessoas em situações que, longe de se extinguirem, apenas aumentavam em número e intensidade, a Liga das Nações

³ Bíblia Sagrada, Cap. 4, V. 41ss – Deuteronômio, Primeiro Discurso de Moisés.

⁴ SAN JUAN, César Walter e MANLY, Mark. El Asilo y la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina: Análisis crítico del dualismo “asilo-refugio”. In FRANCO, Leonardo (coord.). **El Asilo y la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina**. Siglo Veintiuno Editores Argentina, ACNUR e Universidad Nacional de Lunas: Buenos Aires, 2003, p.22.

⁵ JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo, São Paulo: 2003, p. 55.

⁶ Liliana Lyra Jubilut. Op. Cit p. 56.

⁷ Liliana Lyra Jubilut. Op. Cit, p. 57.

criou o Alto Comissariado da Liga das Nações para os Refugiados, em 1938.

Esse Comissariado durou até 1946, ocasião em que a Liga das Nações foi oficialmente extinta.

2.1. O Surgimento da Convenção de 1951

O Alto Comissariado da Liga das Nações para os Refugiados foi extinto em 1946 e a Convenção que trata do tema, atualmente, é de 1951.

Obviamente que esse período, no qual aconteceu a 2ª Grande Guerra, não cessou o fenômeno – mas sim, aumentou o contingente de refugiados. Assim, entre o período de extinção da Liga das Nações e o advento da Convenção de 1951, foi criado o Comitê Intergovernamental para os Refugiados.

Esse Comitê durou até 1947, quando, já sob responsabilidade das Nações Unidas, foi criada a Comissão Preparatória da Organização Internacional para os Refugiados.

Mais uma vez havia a necessidade da criação de um órgão responsável pelos refugiados, o que veio a ocorrer em 1950, com a concepção do ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados.

Curiosamente, como em todos os órgãos originados com o objetivo de proteger refugiados, o ACNUR não escapou de um marco temporal extintivo.

De fato, o mandato do ACNUR foi inicialmente estabelecido para o período de três anos.

Todavia, em razão da necessidade de existência de proteção a refugiados, já que as guerras e perseguições não costumam respeitar os limites temporais atribuídos pela comunidade internacional, o mandato do ACNUR é renovado a cada cinco anos.

3. A Definição do Termo Refugiado

Em 28 de julho de 1951, foi firmada a Convenção de 1951 que dispõe sobre o Estatuto dos Refugiados que ainda está em vigor em função do Protocolo de 1967.

Diz a Convenção de 1951:

A. Para os fins da presente Convenção, o termo refugiado aplicar-se-á a qualquer pessoa:

(1) Que tenha sido considerada refugiada em aplicação dos Arranjos de 12 de Maio de 1926 e de 30 de Junho de 1928, ou em aplicação das Convenções de 28 de Outubro de 1933 e de 10 de Fevereiro de 1938 e do Protocolo de 14 de Setembro de 1939, ou ainda em aplicação da Constituição da Organização Internacional dos Refugiados. As decisões de não elegibilidade tomadas pela Organização Internacional dos Refugiados enquanto durar o seu mandato não obstam a que se conceda a qualidade de refugiado a pessoas que preencham as condições previstas no (2) da presente secção;

(2) Que, em consequência de acontecimentos ocorridos antes de 1 de Janeiro de 1951, e receando com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país no qual tinha a sua residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude do dito receio, a ele não queira voltar.

A Convenção de 1951 é bastante peculiar no sentido de que normatiza fatos passados, o que é incomum em termos de legislação, haja vista que as normas costumam ter eficácia *a partir* do momento que entram em vigor.

Contudo, a realidade de então era diferente. Fazia-se necessário dar proteção às pessoas que foram obrigadas a abandonar seus países de origem em razão dos acontecimentos descritos do histórico do presente trabalho, bem como a quem se viu obrigado a sair de sua terra natal em função da Segunda Grande Guerra.

É marcante a negativa da comunidade internacional em negar a perenidade do refúgio. Como vimos, até 1967, todos os

pactos estabelecidos delimitaram o funcionamento dos órgãos responsáveis pela proteção de refugiados no tempo (e não era diferente com o ACNUR).

A Convenção de 1951, embora seja aplicada até hoje, tem essa característica.

Presumimos que era uma crença, talvez inocente, talvez hipócrita, que concebia uma humanidade sem guerras, perseguições, injustiças e, em vista disso, sem refugiados.

O que se pretendia na ocasião era tentar remediar e uniformizar tanto as pessoas que deveriam receber a proteção internacional, como os direitos que lhes deviam assistir nos países que subscreveram a Convenção.

A respeito do tema, é paradigmático o entendimento de Luis Varese, que foi representante do ACNUR no Brasil. Em uma palestra conferida em razão do “Dia Mundial do Refugiado”, disse Varese que o ACNUR, quando foi criado:

(...) contava como uma centena de colaboradores e representação em alguns países do mundo. Hoje em dia, o ACNUR conta com representações em quase todos os Estados do globo, além de milhares de funcionários direitos, sem contar um número imensurável de colaboradores indiretos, voluntários, funcionários de ONGs etc. Se a história contada fosse de uma empresa privada, estar-se-ia narrando um caso de sucesso. Como se trata de uma agência com finalidade humanitária, a história narra um fracasso. Fracasso da Comunidade Internacional⁸.

As palavras do grande internacionalista peruano, acrescentaríamos que esse fracasso é da própria humanidade que teima em perseguir, ainda no início do séc. XXI, aos que considera, por uma razão ou por outra, diferentes.

A Convenção, todavia, não está adstrita ao reconhecimento de refúgio a qualquer pessoa que tenha sido forçada a abandonar o

⁸ VARESE, Luis. **Palestra proferida no dia mundial do refugiado.** Comunicação informal, São Paulo: 20 de junho de 2003.

seu país antes dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951.

Isso porque, em 1967, finalmente, foi assinado o um Protocolo, o Relativo ao Estatuto do Refugiado *“que considerou como refugiadas pessoas que sofreram perseguições em qualquer época e originárias de qualquer região da Terra”*⁹.

Dessa forma, é possível definir refugiado como a pessoa que:

(...) receando com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país no qual tinha a sua residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude do dito receio, a ele não queira voltar.

Vejamos, passo a passo, como é possível considerar alguém merecedor de proteção internacional nos termos da Convenção de 1951.

A Convenção de 1951 conceitua o que é um refugiado iniciando, para a definição de refugiado que a proteção deverá ser conferida a alguém que tem uma perseguição.

Isso significa que o primeiro elemento a ser considerado é subjetivo. O solicitante de refúgio deverá expressar um temor em manter-se em seu país de origem (ou, se for apátrida, temor em se manter no país de residência habitual).

Esse temor tem base em uma perseguição. Segundo o Dicionário Aurélio, perseguição é: “[De perseguir+ão] S.f. 1. Ato ou efeito de perseguir; persecução. 2. Tratamento injusto e cruel infligido com

⁹ SILVA, Fernando Fernandes da. **A Proteção do Refugiado no Ordenamento Jurídico Brasileiro.** Revista Trimestral de Direito Público, nº 29, ano 2000, São Paulo: Malheiros Editores, p. 183.

encarniçamento: as perseguições sofridas pelos Cristãos¹⁰.

Nesse sentido, o solicitante de refúgio deve expressar o temor de sofrer um tratamento injusto e cruel.

Expressado o temor de perseguição, o próximo passo é estabelecer quem é o “perseguidor”, tendo em vista que nessa relação fazem-se necessário dois atores: o perseguido e o perseguidor – não há como perseguir a si mesmo.

O agente perseguidor para fins da definição de refugiado não é necessariamente estatal. O Estado pode ser e é agente de perseguição. Mas, o particular também pode ser enquadrado como perseguidor. Nesse sentido, o Manual de Procedimentos e Critérios a Aplicar para Determinar o Estatuto de Refugiado:

A perseguição está normalmente relacionada a acção das autoridades do país. **Também pode advir de segmentos da população** que não respeitam os padrões estabelecidos nas leis do país em causa. A título de exemplo podemos citar a intolerância religiosa que vai até a perseguição num país em que, apesar de laico, fracções significativas da população não respeitam as convicções religiosas dos outros. Quanto actos discriminatórios graves e outros actos ofensivos são cometidos por populares, **podem ser considerados como perseguição se forem conhecidos e tolerados pelas autoridades, ou se as autoridades recusam, ou são incapazes, de oferecer uma protecção eficaz**¹¹.

Portanto, o primeiro elemento é a expressão de um medo. Não se pode *forçar*¹²

¹⁰ FERREIRA, Aberto Buarque de Holanda. **O Dicionário da Língua Portuguesa**. 3^a ed., revista e ampliada, Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1999, p. 1552, grifos do original.

¹¹ Alto Comissariado das Nações Unidas Para os Refugiados. **Manual de Procedimentos e Critérios a Aplicar para Determinar o Estatuto de Refugiado**. Lisboa: ACNUR, 1996, p. 17/18, grifamos.

¹² Há uma cena do filme “Terminal” bastante interessante nesse sentido. Ao personagem de Tom Hanks é oferecida a oportunidade de solicitar refúgio,

ninguém a ser refugiado. O segundo elemento é o perseguidor. Há a necessidade de precisar quem é o responsável pela perseguição.

O terceiro passo é estabelecer se o relato do solicitante de refúgio tem indícios de veracidade, posto que o “temor de perseguição” deve ser sentido *com razão*. Ou seja:

A este elemento receio – que é um estado de espírito e uma condição subjetiva – é acrescentada a qualificação ‘com razão’. Isto implica que não é só o estado de espírito da pessoa interessada que determina o estatuto de refugiado, mas que esse estado de espírito esteja baseado numa situação objectiva¹³.

Ou seja, o *estado de espírito* do solicitante *deve estar baseado numa situação objectiva*. Importante salientar que, nesse passo, saímos de um campo subjetivo – expressão do temor – para um campo objetivo: a constatação de que o relato que noticia o medo seja *comprovado*, por uma situação objectiva – a situação objectiva do país de origem.

Isso quer dizer que as palavras do solicitante de refúgio devem refletir indícios de veracidade no atual estado em que se encontra o país de sua origem. Um exemplo pode aclarar essa assertiva.

Suponha-se que alguém solicite refúgio porque teme ser perseguido em função de suas opiniões políticas. Feito isso, deve se estudar a situação do país. O solicitante pode ter vindo de um Estado autocrático que tem por costume eliminar oposicionistas ao regime (categoria em que se enquadra o nosso hipotético solicitante). Nesse caso, a *situação objectiva* confirmaria o relato.

Assim, para que seja conferida proteção internacional necessário se faz confirmar (ou ao menos obter indícios) que o relato sobre o temor de perseguição (elemento subjetivo) esteja configurado no local de onde vem o solicitante, o que se obtém mediante o estudo do relato de conjuntura do país de procedência.

para que ele possa sair da área internacional. Ele recusa a oferta, para desespero e raiva do agente de imigração.

¹³ Op. Cit., p. 18.

Note-se que esse estudo deve ser realizado a partir de fontes que possam, com alguma isenção, dar informações confiáveis sobre o país. Obviamente as fontes oficiais devem ser desprezadas, pois nenhum Estado se assumirá como assassino ou torturador de pessoas.

Assim, temos os primeiros elementos que definem o termo. É necessário que se expresse um temor de perseguição e que esse temor seja *fundado*, na situação objetiva do país de origem.

Configurada essa situação, necessário se faz perquirir se a perseguição é considerada pela Convenção, como *injusta*. E perseguição injusta para a Convenção de 1951 é aquela que se dá em virtude de *raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas*.

Analisemos cada uma delas.

4. Perseguição

4.1. A Perseguição em Virtude da Raça (Etnia)

O conceito de “raça” para determinar uma etnia é amplamente utilizado. Não concordamos com essa definição. Entendemos que raça é a raça humana e, nos dias atuais, asseverar-se que alguém é perseguido por sua “raça” já se configura, desde logo, em um elemento de discriminação. As diferenças entre os humanos da mesmíssima raça são puramente étnicas.

Portanto, recomendamos, onde se lê “raça”, leia-se etnia.

A perseguição em virtude da origem étnica é responsável por atos verdadeiramente hediondos na história da humanidade. Lembremos o exemplo de Ruanda, considerando o maior genocídio da História, no qual milhões de Tootsies foram aniquilados.

Para ficarmos na África, mais atual o massacre a que é submetida a população negra de Darfur, no Sudão (embora a Comunidade Internacional não reconheça ainda como genocídio), por uma milícia árabe denominada Janjaweed¹⁴.

¹⁴ Em pedidos de refúgio de pessoas originárias da região de Darfur, o subscritor já se deparou com casos

No contexto de perseguição em virtude de “raça”, o temor de perseguição expresso por um solicitante de refúgio se liga às suas raízes étnicas. Na maioria das vezes são grupos minoritários que vivem em Estados cuja maioria não suporta a sua existência, como no caso de Darfur ou como no caso dos Curdos do Iraque.

Muitas vezes, esses grupos perseguidos podem ser até majoritários, mas estão em desvantagem econômica e política. Assim, ainda que em maior número dentro de um território, não tem força política suficiente para combater a perseguição.

Portanto, a Convenção de 1951 considera injusta uma perseguição que se dê em função da etnia da pessoa, ainda que o Estado no qual exista essa etnia considere permitida tal perseguição. Ela injusta frente a uma Convenção Internacional e os Estados parte não podem simplesmente recusar um pedido de refúgio utilizando como elemento de conexão a norma interna do país de origem que preveja a perseguição por etnia em seu sistema jurídico. Lembremos que a “solução final” que levou milhares de judeus, ciganos e homossexuais à morte, foi debatida e concebida juridicamente.

O pedido não pode ser rechaçado, ainda, caso a perseguição não seja efetivada pelas autoridades do país. Assim, pode ser considerado refugiado alguém que seja perseguido por grupos particulares (como é no caso do Sudão).

Nessa hipótese é preciso verificar se o Estado de origem é condizente, omisso, ou não tem condições materiais de combater os perseguidores.

4.2. A Perseguição em Virtude da Religião

A perseguição em virtude da religião ocorre, em geral, nos Estados Teocráticos que admitem apenas uma religião oficial. Dessa

nos quais os relatos informavam que, apesar de serem muçumanos, os solicitantes eram perseguidos simplesmente pelo fato de serem negros; razão pela qual acreditamos que o problema em Darfur está mais próximo da perseguição em função da etnia do que em razão da religiosidade.

forma, os que não comungam do credo oficial são proibidos de fazer parte de uma comunidade religiosa, ou de celebrar seus cultos.

Em Estados laicos, essa perseguição se dá geralmente por grupos religiosos intolerantes.

Esse tipo de perseguição não só autoriza a concessão de refúgio segundo a Convenção de 1951, como viola frontalmente a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e, ainda, o Pacto relativo aos Direitos Civis e Políticos.

Isso porque os dois últimos documentos prevêem a liberdade de direito ao pensamento, de consciência e *de religião*.

Quanto à religião, há previsão não só da liberdade do exercício de determinado credo, mas ainda a liberdade de mudar de religião e a livre manifestação em público ou privado do ensino, prática, culto e cumprimento dos rituais.

O impedimento dessas práticas ou a intolerância relativa a elas ensejam a possibilidade de concessão de refúgio.

4.3. A Perseguição em Virtude da Nacionalidade

O Manual de Procedimentos e Critérios a Aplicar para Determinar o Estatuto de Refugiado, traz a seguinte noção sobre como deve ser interpretada a nacionalidade para fins de concessão de refúgio:

(...) o termo ‘nacionalidade’ não deve ser entendido apenas no sentido de ‘nacionalidade jurídica’, ‘cidadania’, vínculo que une um indivíduo ao Estado. Refere-se também à integração num grupo étnico ou lingüístico e pode, ocasionalmente, sobrepor-se ao termo ‘raça’. A perseguição por motivos de nacionalidade pode constituir em atitudes e medidas adversas dirigidas contra uma minoria nacional (étnica, lingüística) e, em determinadas circunstâncias, o facto de pertencer a essa minoria pode, por si só, fundamentar o receio de perseguição¹⁵.

¹⁵ Manual... p., 19.

Não concordamos com essa posição.

Partindo do pressuposto de que raça é apenas a raça humana, somos forçados a entender esse primeiro motivo como etnia.

Assim, tanto o grupo majoritário, como os grupos minoritários, estariam protegido nos termos da Convenção, ainda que nacionais no sentido jurídico.

Aceitar a perseguição em função da raça e admitir a perseguição de etnias minoritárias em função da nacionalidade (como ligação entre grupos distintos independente do direito substancial de reconhecimento da nacionalidade originária) é, no nosso entender, um elemento discriminatório que deve ser combatido.

Dessa forma, entendemos que a perseguição motivada pela nacionalidade se configura no direito de não mudar de nacionalidade, que engloba as possibilidades de não adquirir e não perder a nacionalidade originária¹⁶.

Essas hipóteses se verificam “principalmente nos casos de cessão e anexação de território de uma para outra soberania, geralmente como consequência de guerra e subsequente tratado de paz¹⁷”.

Como exemplo, podemos citar o caso de um território estatal anexado, por outro país.

Os nacionais que viveriam no território anexado poderia ser forçado a mudar de nacionalidade, ou poderia ter perdido a sua nacionalidade originária ou, ainda, poderia ser perseguido simplesmente por ser nacional do território anexado. Em todas essas suposições é possível a concessão de refúgio.

4.4. A Perseguição em Virtude de Filiação em Certo Grupo Social

Segundo o Manual de Procedimentos a filiação em certo grupo social é:

Normalmente, um certo ‘grupo social’ integra pessoas de origem, modo de vida e estatuto social

¹⁶ DOLINGER, Jacob. **Curso de Direito Internacional Privado – Parte Geral**. 7ª ed. Revisada e Atualizada, Renovar: Rio de Janeiro, 2003, p. 162.

¹⁷ Idem, p. 163.

similares. O receio de ser perseguido por esta razão, pode com freqüência coincidir com o receio de perseguição por outros motivos, tais como: raça, religião ou nacionalidade¹⁸.

Pertencer a determinado grupo social, portanto, equivale a modos de vida, origem ou estatutos sociais parecidos. Isso quer dizer muita coisa, o que não é adequado em termos de definição.

Todavia, se isso é ruim para a ciência, é ótimo sob o ponto de vista prático.

O rol de hipóteses da Convenção de 1951 pode ser visto como taxativo ou enunciativo.

Não podemos esconder a realidade de que o mundo, principalmente os países mais desenvolvidos, tem fechado as portas para os refugiados. Nesse sentido, embora seja uma teratologia, uma vez que se trata de norma de proteção a direitos fundamentais, a tendência dos Estados é interpretá-lo como taxativo.

Nesse contexto, a solução para alargar o reconhecimento do refúgio está em utilizar a filiação a determinado grupo social, como fundamento para a sua concessão.

É o caso, por exemplo, de meninas africanas que têm seus órgãos genitais mutilados para que não sintam prazer na relação sexual. Ou da crença, difundida em alguns países da África subsaariana de que estuprar uma mulher virgem faz curar a AIDS. Ou ainda, dos homossexuais que sejam perseguidos em função de sua opção sexual.

No Brasil tivemos a oportunidade de defender a concessão de refúgio com base na filiação a determinado grupo social de caixeiros viajantes (os mascates) colombianos, pelo fato de que, em suas viagens, tinham de atravessar várias áreas do país. Dessa forma, eram confundidos com espiões.

Ainda defendemos os casos de parentes de oposicionistas a regimes ditatoriais, notadamente os africanos, nos quais não somente se assassina o oposicionista, como também toda a família, independente de posições políticas.

Eis a razão pela qual a verdadeira “indefinição” do que seja filiação a certo

grupo social é interessante sob o ponto de vista da proteção internacional.

4.5. A Perseguição em Virtude de Opiniões Políticas

A proteção internacional baseada em opiniões políticas se dá, geralmente a pessoas que têm opiniões divergentes do governo, notadamente em regimes políticos autocráticos, notadamente os totalitários ou sultânisticos¹⁹, uma vez que tais regimes são intolerantes quanto a qualquer tipo de oposição.

Nesse caso, geralmente as autoridades locais saíam ou desconfiavam de tais opiniões. Mas essa ciência não é essencial para o reconhecimento da condição de refugiado:

Como indicado anteriormente, a perseguição ‘em virtude de opiniões políticas’ implica que o requerente tenha opiniões que exprimiu ou que tenham chegado ao conhecimento das autoridades. Pode, no entanto, também, haver situações em que um requerente não tenha dado qualquer expressão às suas opiniões. Contudo, devido à firmeza das suas convicções, pode ser razoável pressupor que mais cedo ou mais tarde será levado a exprimi-las, e, por isso, entrará em conflito com as autoridades. Quando isso pode ser razoavelmente pressuposto pode considerar-se que o requerente tem o receio de perseguição em virtude das suas opiniões políticas²⁰.

4.6. A Definição de Refugiado e a Lei 9.474 de 22 de Julho de 1997

O Brasil, além de ter subscrito a Convenção de 1951, editou lei própria sobre o tema.

¹⁹ Para saber mais sobre essas modalidades de regime autocrático cf. LINZ J. Juan e STEPAN Alfred. **Transição e Consolidação da Democracia – A Experiência do Sul da Europa e da América do Sul.** Editora Paz e Terra: s/l, s/d.

²⁰ Manual..., p., 21.

¹⁸ Op. Cit., p. 20.

É uma legislação moderna e inovadora que estende a possibilidade de reconhecimento de refúgio.

Em que pese as inúmeras inovações, restringiremos, agora, a nossa análise à definição de refugiado contida na legislação brasileira²¹.

A Lei 9.474/97 define refugiado em seu art. 1º:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Os incisos I e II do art. 1º repetem, os termos da Convenção de 1951. Todavia, a legislação insere mais uma possibilidade de concessão de refúgio no inciso III do artigo em comento: a *grave e generalizada violação de direitos humanos*.

Esse fundamento legal pelo qual poderá ser concedido o refúgio é traz premissas totalmente diferentes das razões estabelecidas na Convenção de 1951.

De fato, não há, em nenhum nível, qualquer subjetivismo ou característica pessoal do solicitante que o faça ser perseguido: trata-se de constatação apenas objetiva.

O temor deve ser expresso pelo solicitante. Todavia, não se faz necessária uma característica pessoal para fins de concessão de refúgio. Se atentarmos para a definição de refugiado consonte a Convenção de 1951, perceberemos que, para o deferimento da

proteção internacional é necessário que além do temor (que é subjetivo) é preciso que o interessado expresse que o temor se dá em razão de uma característica própria da sua personalidade (o que também é subjetivo).

Assim, o refúgio é concedido em função de determinado distintivo próprio de cada um. “Sou perseguido em função de *minha etnia*. Ou em razão da *minha religião*”.

Para a *grave e generalizada violação de direitos humanos*, esse elemento próprio não é levado em consideração. Para a concessão do refúgio nessa hipótese basta a constatação de que o país de procedência encontra-se inserido nesse contexto.

Certo é que a dita *grave e generalizada violação de direitos humanos* é interpretada restritivamente.

Assim, um país será considerado um local que sofre *grave e generalizada violação de direitos humanos* se estiver em total conflito interno.

Dessa forma é possível assegurar o *status* de refugiado a pessoas que se encontrem em países que estejam em guerra civil e que o mero fato da permanência em tal território seja um risco para a vida do solicitante.

Isso traz uma questão de extrema importância. Se o refúgio com base na *grave e generalizada violação de direitos humanos* não necessita de nenhum elemento subjetivo, não há, também, a necessidade de que haja perseguição.

Ora, se o mero fato de uma pessoa correr risco de vida por estar em um determinado território, quem é o perseguidor? A bala perdida de uma guerra civil sem limites?

Essa constatação é importante porque permite o alargamento da definição de refugiado. Entende-se que a *grave e generalizada violação de direitos humanos* é motivo de concessão de refúgio apenas em situação de guerra civil em virtude de que o refúgio sempre era concedido ou em função da fuga de Estados autocráticos (que impedem a consagração dos direitos humanos de primeira geração, como a livre expressão do pensamento) ou de Estados em guerra.

Entretanto, é de rigor asseverar que a lei não menciona que a *grave e generalizada violação de direitos humanos* tem por princípio proteger a pessoa oriunda de um país

²¹ Em momento posterior, analisaremos a mesma lei no que tange às cláusulas de exclusão.

em guerra. Essa é uma acepção histórico-interpretativa que limita a consagração de um direito fundamental (o direito à vida) a uma situação que não está expressamente prevista em lei.

É regra de hermenêutica que onde a lei não restringe, é vedado ao intérprete restringir.

É possível então que a *grave e generalizada violação de direitos humanos*, por não necessitar de elemento subjetivo – e, por isso, carecer da necessidade de *perseguição*, seja motivo bastante para a concessão de refúgio em hipóteses na quais não haja guerra, mas exista somente risco à vida.

5. Asilo e Refúgio

Muito se pergunta se há diferenças entre asilo e refúgio, ou se são sinônimos.

Essa confusão se deu principalmente pelo fato de que as Convenções Latino-americanas tratarem o tema como “asilo” e na Europa ser denominado “refúgio”.

Essa mistura terminológica passou a ser evidente, principalmente na década de 1980:

época que coincide con la gran crisis de refugiados en América Central, en cuyo contexto, por primera vez, se realiza una reflexión sobre la convergencia de los sistemas internacional y americano de protección a los refugiados²².

Os autores do texto acima concluíram que as acepções do uso dos vocábulos são as seguintes:

- Asilo como instituição exclusivamente latino americana, e refúgio como instituição universal;
- Asilo e refúgio como sinônimos;
- Refúgio como uma simples “tradução” ao idioma espanhol do termo asilo;
- Asilo como proteção a indivíduos e refúgio como proteção a grupos.

²² Leonardo Franco. *Op. Cit.*, p. 179.

- Refúgio como mínima proteção em casos de afluência de pessoas em grande escala²³.

Para Fernando Fernandes da Silva, a diferença é a seguinte: enquanto refúgio é proteção internacional, sendo que a pessoa considerada refugiada não pode sofrer nenhum tipo de constrangimento ou ser encaminhada ao seu país de origem (onde sofrerá perseguição), ainda que não se encontre no território do país que concedeu o refúgio, o

Asilo é o termo que indica o lugar oferecido pelo Estado à pessoa que sofre perseguições de outro Estado por motivos políticos. O principal efeito do asilo é a imunidade conferida ao beneficiário que impede a ação do Estado perseguidor. Esta imunidade é circunscrita ao território do Estado concedente²⁴.

Ademais, o asilo, ao contrário do refúgio, possui as suas regras estabelecidas em pactos regionais na América Latina, como a Convenção sobre o Asilo Diplomático de 1954 e a Convenção sobre Asilo Territorial do mesmo ano. Dessa maneira, é possível distinguir asilo de refúgio com base nos seguintes tópicos:

- a) do ponto de vista das fontes, a disciplina jurídica do asilo obedece a tratados internacionais distintos daqueles aplicados ao refúgio (...);
- b) do ponto de vista do local, o asilo pode ser concedido no Estado de origem do solicitante – p. ex., concessão de asilo nas legações diplomáticas, enquanto o refúgio é concedido em território não pertencente ao país de origem do solicitante;
- c) do ponto de vista da extensão, o asilo é geralmente concedido para a pessoa que sofre perseguições políticas, mas pode haver outros motivos sem que se atenda a critérios objetivos, pois é ato soberano e discricionário do Estado-concedente; e o refúgio, segue critérios objetivos que

²³ SAN JUAN, César Walter e MANLY, Mark. Op. Cit., *passim*.

²⁴ Op. Cit., p. 181.

obrigam o Estado a concedê-lo, quando observadas tais condições – vale dizer a pessoas que possuem um fundado temor de perseguição de ameaça à vida por motivos de raça, nacionalidade, religião, grupo social ou opiniões políticas; d) do ponto de vista da supervisão, não há organização internacional que fiscalize o cumprimento da aplicação do asilo, ao passo que no refúgio o ACNUR exerce esta tarefa, além de monitorar a implementação de políticas de assistência; e) do ponto de vista da assistência, o asilo, salvo de o Estado estabelecer, não produz nenhuma política de assistência, enquanto o refúgio, nos termos das convenções universais sobre o tema, prevê várias políticas de assistência, entre elas a chamada ‘integração local’²⁵.

6. As Cláusulas de Exclusão

As cláusulas de exclusão estão previstas nas seções D, E e F do Artigo 1 e dispõem regras que serão aplicadas a pessoas que não podem receber proteção internacional, “ainda que preencham os requisitos definidos no Artigo 1, Secção A²⁶”.

A previsão em diferentes “alíneas”, não é aleatória, mas proposital. De fato, em cada uma delas está previsto um grupo específico de pessoas que não podem se beneficiar do refúgio. A leitura do artigo em análise aclarará a questão:

D. Esta Convenção não será aplicável às pessoas que actualmente beneficiam de proteção ou assistência da parte de um organismo ou instituição das Nações Unidas que não seja o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados”.

“Quando essa proteção ou assistência tiver cessado por qualquer razão, sem que a sorte dessas pessoas tenha sido definitivamente resolvida, em conformidade com as resoluções respectivas aprovadas pela

Assembléia Geral das Nações Unidas, essas pessoas se beneficiarão de pleno direito do regime desta Convenção”.

E. Esta Convenção não será aplicável a qualquer pessoa que as autoridades competentes do país no qual estabeleceu residência considerem com os direitos e obrigações adstritos à posse da nacionalidade desse país”.

F. As disposições desta Convenção não serão aplicáveis às pessoas acerca das quais existam razões ponderosas para pensar:

Que cometem um crime contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a Humanidade, segundo o significado dos instrumentos internacionais elaborados para prever disposições relativas a esses crimes;

Que cometem um grave crime de direito comum fora do país que deu guarida, antes de neste serem aceitos como refugiados;

Que praticaram actos contrários aos objectivos e princípios das Nações Unidas.

Em resumo, não poderão ser considerados refugiados, ainda que se enquadrem na definição do termo quem:

- Já se *beneficia* de proteção ou assistência das Nações Unidas;
- Não *necessite* de proteção internacional;
- Não *mereça* proteção internacional

Antes da analise de cada uma dessas determinações, é mister aclarar que as possibilidades de exclusão são enumeradas em rol exaustivo. De fato, as legislações que cuidam das cláusulas de exclusão, basicamente repetem o que a Convenção de 1951 determina.

Assim é, por exemplo – nos países membros do MERCOSUL: na Bolívia (Decreto Supremo nº 19.640 de 04 de julho de 1983²⁷), no Brasil (Lei 9474/97²⁸), Paraguai

²⁷ Articulo 3 – El presente Decreto no será aplicable a aquellas personas sobre las cuales existan fundados motivos para considerar que hayan cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados sobre la materia, que hayan cometido un grave delito comum, fuera del territorio

²⁵ Fernando Fernandes da Silva. Op. Cit., p. 183, grifos do original.

²⁶ Manual... p. 34.

(Lei 1.938 de 02 de julho de 2002)²⁹. Argentina e Uruguai não possuem regras próprias sobre cláusulas de exclusão, aplicando tão somente as contidas na Convenção de 1951³⁰.

Em termos regionais a única Convenção que adiciona mais uma determinação àquelas contidas na Convenção de 1951 é a da União Africana que, no art. I(5) determina a impossibilidade de se considerar como refugiadas pessoas “culpadas de atos

boliviano, y antes de ser admitidas en él; o que Sean cupables de actos contrarios a las finalidades y principios de la Carta de las Naciones Unidas.

²⁸ Art. 3º. Não se beneficiarão da condição de refugiado os indivíduos que:

I – já desfrutem de proteção ou assistência por parte de organismos das Nações Unidas que não o Alto Comissariado para os Refugiados – ACNUR;
II – sejam residentes no território nacional e tenham direitos e obrigações relacionados a nacional brasileiro;
III – tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas;
IV – sejam considerados culpados de atos contrários de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas.

²⁹ Articulo 8 – Las disposiciones de la presente ley no se aplicarán a las personas que reciban actualmente protección o asistencia de un organismo u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de Las Naciones Unidas para los Refugiados.

(...)

Articulo 9 – Esta ley no será aplicable a las personas a quienes las autoridades del país donde hayan fijado su residencia reconozcan los derechos e obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país.

Articulo 10 – Las dispicaciones de esta lei no serán aplicables a persona alguna respecto a la cual existen motivos fundados para considerar:

- a) que cometido um hecho punible contra la paz, de guerra o contra la humanidad, tipificados como tales em los tratados internacionales vigentes que hayan sido aprobados o ratificados por la República del Paraguay;
- b) que há cometido um grave hecho punible común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida como el como refugiado; y
- c) que há sido considerado culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de la Organización de las Naciones Unidas.

³⁰ DUBLANC, María Laura Gianelli. El Asilo y la Protección Internacional de los Refugiados em América Latina. Estudio comparativo de las legislaciones nacionais. In FRANCO, Leonardo. **El Asilo y la Protección Internacional de los Refugiados em América Latina**. Siglo Veintiuno Editores Argentina, ACNUR e Universidad Nacional de Lunas: Buenos Aires, 2003, p. 214 e 217.

contrários aos propósitos e princípios da Organização da União Africana”.

Todavia: “As the OAU Convention complements the 1951 Convention, the latter phrase should be read as subsumed within Article 1F(c) of 1951 Convention, given the closer connection between the OAU’s and the UN’s purposes³¹”.

Assim, como os princípios da Carta das Nações Unidas e da União Africana são bastante similares, a inclusão de mais uma possibilidade de exclusão no estatuto da União Africana é, na prática, irrelevante.

5.1. A Exclusão de Quem já se Beneficia de Proteção das Nações Unidas

Não será contemplado com o refúgio quem já se beneficiar da proteção das Nações Unidas, exceto se essa proteção for dada pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR).

O texto do artigo em comento soa estranho, mas a razão dessa exclusão é bastante simples de entender.

O ACNUR muitas vezes trabalha em campos de refugiados que na maioria das vezes se encontram nas fronteiras de países em conflito. Essas pessoas que vivem nos campos de refugiados já recebem proteção de organismo das Nações Unidas – o ACNUR.

Todavia, nessa hipótese, nada impede que a pessoa saia do campo de refugiados e obtenha o estatuto em um determinado país.

O que exclui o direito à proteção é se a pessoa já recebe assistência de outro organismo das Nações Unidas que tenha por escopo a proteção de pessoas cujas situações se definam como a de refugiados.

Exemplificando, os coreanos não podiam ser considerados refugiados nos termos da Convenção de 1951, porque existia uma agência própria, no âmbito das Nações Unidas, com a mesma finalidade. Tratava-se

³¹ **Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees**. ACNUR, Protection Policy and Legal Advice Section, Departament of International Protection. Genebra: 2003, p. 4.

da Agência das Nações Unidas para a Reconstrução da Coréia (UNKRA – sigla em inglês para United Nation's Korea Reconstruction Agency).

Nessa mesma linha, não podem receber refúgio nos termos da Convenção de 1951, os palestinos, pois para tais pessoas também há agência específica, o Organismo de Obras Públicas e Socorro aos Refugiados da Palestina no Próximo Oriente (UNRWA – sigla em inglês para United Nation's Relief and Works Agency for Palestine Refugees).

Todavia, nesse caso é importante destacar que aos palestinos apenas será negado refúgio por aplicação da cláusula de exclusão ora em análise se:

No que se refere aos refugiados da palestina, é de notar que o UNRWA só opera em certas zonas do Médio Oriente e que unicamente aí é prestada proteção e assistência. Por isso, um refugiado que se encontre fora dessa zona, não se beneficia da referida assistência e pode ser considerado para a determinação do estatuto do refugiado de acordo com os critérios da Convenção de 1951³².

Em outras palavras: se o palestino não estiver nas áreas de competência o UNRWA, receberá o refúgio normalmente, se enquadrado na definição de refugiado.

5.2. Aqueles que Não Necessitam de Proteção Internacional

A redação do Artigo 1, E da Convenção de 1951 parece um tanto confusa:

E. Esta Convenção não será aplicável a qualquer pessoa que as autoridades competentes do país no qual estabeleceu residência considerem com os direitos e obrigações adstritos à posse da nacionalidade desse país.

Mas a nota de rodapé nº 19 do Manual de Procedimentos é bastante elucidativa quanto ao caso em questão:

Ao elaborar esta cláusula de exclusão, os redactores da Convenção tinham em mente principalmente os refugiados de origem alemã que chegaram à República Federal da Alemanha, aos quais foi reconhecido terem os direitos e as obrigações inerentes à nacionalidade alemã³³

Ou seja, não se considera necessário conceder proteção internacional a pessoas que, em um determinado país tenham os mesmos direitos dos nacionais.

É bom salientar que esses direitos se circunscrevem aos mesmos direitos dos natos. É que na maioria dos sistemas jurídicos, o nato não pode ser expulso ou deportado. Essa é a similaridade de direitos imposta para que se exclua a pessoa da proteção na qualidade de refugiado – ela não precisa da proteção porque é considerada como nacional – originariamente – daquele país.

Não é fato bastante para negar-se o refúgio se o estrangeiro tem direitos de cidadania (políticos). No Brasil, por exemplo, os nacionais de Portugal podem exercer diretos políticos, desde que haja reciprocidade (art. 12, II, § 1º da Constituição Federal). Mas, nesse caso, apenas se permite ao nacional português a *participação política*.

O art. 12, II, § 1º da Constituição Federal não equivale o nacional português ao brasileiro nato – o qual por mandamento constitucional é impedido de ser expulso, deportado ou extraditado do país (art. 5º, LI da Constituição Federal).

Dessa forma, temos que o nacional português, no Brasil, não se insere na cláusula de exclusão ora analisada, podendo receber o *status* de refugiado em solo brasileiro.

³² Manual, p. 35.

³³ Op. Cit., p. 35.

5.3. Aqueles que Não Merecem Proteção Internacional

Como acima visto, o termo refugiado se define pelo fato de a sociedade internacional considerar alguém perseguido *injustamente*. Nesse diapasão, impede o benefício da proteção internacional àqueles que tenham cometido atos que também considera *injustos*.

Não é incomum que as pessoas que a Convenção considera não merecedoras da proteção internacional sejam exatamente os perseguidores de ontem.

Casos ocorrem em que regimes ditatoriais caem para dar lugar a outros regimes ditatoriais. Os *perseguidores* de ontem passam a ser os *perseguidos* de hoje.

Seja por essa razão, seja por outros motivos, a depender dos atos que realizaram, estarão impedidos de serem reconhecidos como refugiados. E a Convenção enumera que *não merecem* refúgio os que cometeram crimes contra a paz, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e crimes graves “não-políticos”.

Os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade encontram-se previstos em uma série de tratados internacionais. De fato:

Several instruments exist today which define or elaborate on the notion of “crimes against peace, war crimes and crimes against humanity... The most recent international effort to define these crimes is found in the Statute of the International Criminal Court (ICC).

Outros instrumentos internacionais importantes nas definições de tais crimes são³⁴:

- A Carta do Tribunal Militar Internacional de 1945 (a Carta de Londres³⁵);

- A Convenção de 1948 para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio;
- A Convenção de 1949 de Genebra para a Proteção de Vítimas de Guerra;
- A Convenção Internacional de 1973 para a Supressão e Punição do Crime de Apartheid
- O Protocolo Adicional de 1977 à Convenção de Genebra de 1949, Relativo à Proteção de Vítimas de Conflitos Armados Internacionais (Protocolo Adicional I);
- O Protocolo Adicional de 1977 à Convenção de Genebra de 1949, Relativo à Proteção de Vítimas de Conflitos Armados Internacionais (Protocolo Adicional II);
- A Convenção de 1984 contra a Tortura e outras formas de Tratamento Cruel, Inumano e Degradeante³⁶;
- O Estatuto Internacional para a Punição de Pessoas Responsáveis por graves Violações das Leis Humanitárias Internacionais Cometidas no Antigo Território da Iugoslávia desde 1991 (ICTY Statute);
- O Estatuto do Tribunal Criminal para a Punição das Pessoas Responsáveis por Genocídio e outras graves Violações das Leis Humanitárias Internacionais Cometidas no Território de Ruanda e Cidadãos Ruandenses Responsáveis por Genocídio e outras Violações Cometidas em Territórios dos Estados Vizinhos, entre janeiro e dezembro de 1994 (ICTR Statute).

³⁴ Tendo em vista que o Estatuto de Roma que criou o Tribunal Penal Internacional é o instrumento mais recente e que basicamente “compilou” todas as ações que podem ser consideradas como crimes de guerra e crimes contra a humanidade dos outros instrumentos, basearemos a tipificação de tais condutas no referido Estatuto.

³⁵ O Tribunal Militar Internacional ficou conhecido mundialmente como Tribunal de Nuremberg.

³⁶ Em relação à tortura, instrumentos regionais também são importantes para definir e punir esse crime, como a Convenção Inter-americana para prevenir e punir a tortura e a Convenção Européia de 1987 para Prevenir a Tortura e outras formas de Tratamento Inumano e Degradeante.

Como se vê, não há um único instrumento internacional para definir o que são crimes contra a humanidade ou crimes de guerra. A exceção é o crime contra a paz que cuja tipificação encontra-se exclusivamente na Carta de Londres³⁷³⁸.

5.3.1. Os Crimes Contra a Paz

Segundo o art. 6 do Estatuto do Tribunal Militar Internacional, configura crime contra a paz:

nomeadamente, planejamento, preparação, desencadeamento ou prosseguimento de uma guerra de agressão, ou uma guerra em violação aos tratados internacionais, acordos ou garantias, ou a participação num plano concertado ou numa conspiração para levar a cabo qualquer dos atos anteriores.

Como se depreende da leitura do artigo acima, o sistema adotado pelo Estatuto para definir os crimes contra a paz é o da *tipificação de condutas*. Em outras palavras, como na maioria das normas e sistemas de direito penal, o Estatuto do Tribunal Militar Internacional não é composto de normas *proibitivas*, mas *descritivas* de uma ação, a qual, se realizada, importará em uma consequência (sanção).

Nesse sentido, o art. 6 do referido Estatuto pode ser estudado no mesmo contexto das normas penais do direito brasileiro que adota idêntico sistema.

³⁷ **Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees.** ACNUR, Protection Policy and Legal Advice Section, Departament of International Protection. Genebra: 2003, p. 10.

³⁸ O art. 6º do Estatuto do Tribunal Militar Internacional, instituído para o julgamento de criminosos de guerra dos países do Eixo Europeu também menciona os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade. Todavia, da mesma forma que os outros instrumentos internacionais, traz um rol enunciativo que necessita ser interpretado em conjunto com os demais instrumentos internacionais para uma definição precisa.

Assim os *núcleos* do tipo dos crimes contra a paz podem ser divididos, já na primeira parte do artigo 6 em elementos preparatórios: *planejar, preparar*, e elementos ativos: *desencadear ou prosseguir* – uma guerra de agressão.

A princípio o texto parece incoerente, haja vista que toda guerra importa em uma agressão. Dessa forma, faz-se necessário qualificar o que o direito internacional entende por *agressão*.

Esse vocábulo foi definido pela Resolução 3312 (XXXIX) de 1974 da Assembleia Geral das Nações Unidas da seguinte maneira:

(...) the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any manner inconsistent with the Charter of the United Nations³⁹.

Portanto, a primeira parte do artigo 6 do Estatuto do Tribunal Militar pressupõe o *planejamento, preparação, desencadeamento ou prosseguimento* de uma guerra em desacordo com a Declaração das Nações Unidas.

Mas esses elementos também podem tipificar o crime contra a paz se a guerra for promovida em desacordo com outros Tratados e Convenções internacionais, sejam eles multilaterais ou bilaterais.

Duas considerações são importantes para qualificar o agente agressor. A primeira é que o Estado beligerante seja parte das Nações Unidas ou do Tratado que preveja a agressão como violação ao direito internacional⁴⁰.

A segunda é:

³⁹ “o uso de força armada de um Estado contra a soberania, integridade territorial ou independência política de outro Estado, de qualquer forma que não autorizada pela Carta das Nações Unidas” – tradução livre do autor.

⁴⁰ Isso, por óbvio, se o agressor for um *Estado*. Se for uma entidade similar, ou *State-like entity*, não. Isso porque uma *State-like entity* não tem soberania, logo não pode fazer parte das Nações Unidas ou de tratados internacionais.

It's evident that crimes against peace can only be committed in the context of planning or waging of a war arm conflict. As wars or armed conflicts are only waged by States or States-like entities in the normal course of events, a crime against peace can only be committed by individuals in a high position of authority representing a State or State like entity⁴¹.

Em resumo, o crime contra a paz é o que a doutrina chama de crime de “mão própria”, ou seja, um delito criminal que só pode ser cometido por certa categoria de pessoas. Não se perca de vista que o crime contra a paz exige, para a sua configuração, que a agressão se dê por parte de um Estado ou entidade similar. Nesse sentido, tal agressão apenas poderá ter início por decisão de pessoa com patente ou poder para determinar o início da guerra.

Mas não só o *planejamento* e a *preparação* do conflito configuram atos preparatórios que tipificam o crime contra a paz. A *participação* de planos ou a *conspiração* no sentido de deflagrar a guerra ou perpetuá-la também configuram tal crime.

Assim, se a uma autoridade de um determinado país tenha cometido crime contra a paz e, seja por esse motivo específico, seja por outra razão, passe a sofrer perseguição considerada *injusta* e se insira na definição de refugiado consoante a Convenção de 1951, não poderá receber proteção internacional por expressa proibição contida nas cláusulas de exclusão – a Convenção determina que tal pessoa *não merece* a referida proteção.

⁴¹ “É evidente que crimes contra a paz só podem ser cometidos no contexto de desencadeamento ou preparação de uma guerra ou conflito armado. Como guerras ou conflitos armados são apenas desencadeados por Estados ou entidades similares a Estados normalmente, um crime contra a paz só pode ser cometido por indivíduos que tenham autoridade na representação do Estado ou entidade similar ao Estado”. **Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees.** ACNUR, Protection Policy and Legal Advice Section, Departament of International Protection. Genebra: 2003, p. 11, tradução livre do autor.

5.3.2. Os Crimes de Guerra

A guerra é o emprego da força armada para submeter à vontade de uma parte à outra que usa desse instrumento. É meio violento “com que se perturba transitoriamente o estado de paz e cuja finalidade consiste em estabelecer a supremacia da vontade de um dos contendores sobre o outro⁴²”.

Ora, o uso da força para submeter a vontade já é, desde logo, uma violação a um direito, razão pela qual muito se discutiu (e se discute) se há efetivamente a possibilidade de se estabelecer um direito de guerra.

Todavia, como lembra Accioly:

A cultura humana reagiu, contudo, contra essa conclusão e chegou a firmar o princípio de que a guerra é um apelo à força, mas não à força sem freio ou sem normas, isto é, que a guerra deve ser feita dentro de certos limites, deve obedecer a certos preceitos, que impeçam crueldades inúteis e criem um conjunto de relações jurídicas, não só entre os beligerantes, mas também entre êstes e os neutros⁴³.

Assim e infelizmente, pelo fato de a guerra ser até hoje uma calamidade muito recorrente, tentou-se estabelecer um *mínimo* de normas que violariam o que se denominou por direito humanitário, ou seja, o impedimento do uso da força sem limites e a realização de atos desnecessariamente cruéis. São os denominados crimes de guerra.

Várias condutas humanas podem configurar crimes de guerra. As vítimas podem tanto ser civis que não participem do conflito ou militares rendidos ou que tenham deposto, voluntariamente, as armas.

O art. 8º do Estatuto de Roma descreve uma série de condutas que podem ser consideradas como tais. Em função do enorme rol do artigo em comento é mais simples excepcionar a conduta, de tal sorte que não será crime de guerra o combate contra alvos ou postos militares, desde que não seja à traição e

⁴² ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público.** 9ª Ed., Editora Saraiva, São Paulo: 1970, p. 297.

⁴³ Op. Cit., p. 300.

a proibição de qualquer tratamento desumano aos militares.

O direito humanitário, não se restringe, contudo, aos militares, mas, principalmente à população civil vedando explicitamente o ataque ou o tratamento degradante de não combatentes tais como estupro, utilização de civis para combater forçadamente contra seu país, proteção dos adolescentes com a proibição de combatentes menores de 15 anos, dentre outras previsões⁴⁴.

⁴⁴Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por crimes de guerra:

a) As violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos seguintes atos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente:

- i) Homicídio doloso;
- ii) Tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas;
- iii) O ato de causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde;
- iv) Destrução ou apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por quaisquer necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária;
- v) O ato de compelir um prisioneiro de guerra ou outra pessoa sob proteção a servir nas forças armadas de uma potência inimiga;
- vi) Privação intencional de um prisioneiro de guerra ou de outra pessoa sob proteção do seu direito a um julgamento justo e imparcial;
- vii) Deportação ou transferência, ou a privação ilegal de liberdade;

viii) Tomada de reféns;

b) Outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no quadro do direito internacional, a saber, qualquer um dos seguintes atos:

- i) Atacar intencionalmente a população civil em geral ou civis que não participem diretamente nas hostilidades;
- ii) Atacar intencionalmente bens civis, ou seja, bens que não sejam objetivos militares;
- iii) Atacar intencionalmente pessoal, instalações, material, unidades ou veículos que participem numa missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária, de acordo com a Carta das Nações Unidas, sempre que estes tenham direito à proteção conferida aos civis ou aos bens civis pelo direito internacional aplicável aos conflitos armados;
- iv) Lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas accidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa;

- v) Atacar ou bombardear, por qualquer meio, aglomerados populacionais, habitações ou edifícios que não estejam defendidos e que não sejam objetivos militares;
- vi) Provocar a morte ou ferimentos a um combatente que tenha deposto armas ou que, não tendo meios para se defender, se tenha incondicionalmente rendido;
- vii) Utilizar indevidamente uma bandeira de tréguas, a bandeira nacional, as insígnias militares ou o uniforme do inimigo ou das Nações Unidas, assim como os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, causando deste modo a morte ou ferimentos graves;
- viii) A transferência, direta ou indireta, por uma potência ocupante de parte da sua população civil para o território que ocupa ou a deportação ou transferência da totalidade ou de parte da população do território ocupado, dentro ou para fora desse território;
- ix) Os ataques intencionais a edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares;
- x) Submeter pessoas que se encontrem sob o domínio de uma parte beligerante a mutilações físicas ou a qualquer tipo de experiências médicas ou científicas que não sejam motivadas por um tratamento médico, dentário ou hospitalar, nem sejam efetuadas no interesse dessas pessoas, e que causem a morte ou façam perigar seriamente a sua saúde;
- xi) Matar ou ferir à traição pessoas pertencentes à nação ou ao exército inimigos;
- xii) Declarar que não será dado abrigo;
- xiii) Destruir ou apreender bens do inimigo, a menos que as necessidades da guerra assim o determinem;
- xiv) Declarar abolidos, suspensos ou não admissíveis em tribunal os direitos e ações dos nacionais da parte inimiga;
- xv) O fato de uma parte beligerante obrigar os nacionais da parte inimiga a participar em operações bélicas dirigidas contra o seu próprio país, ainda que eles tenham estado ao serviço daquela parte beligerante antes do início da guerra;
- xvi) Saquear uma cidade ou uma localidade, mesmo quando tomada de assalto;
- xvii) Utilizar veneno ou armas envenenadas;
- xviii) Utilizar gases asfixiantes, tóxicos ou similares, ou qualquer líquido, material ou dispositivo análogo;
- xix) Utilizar balas que se expandem ou achatam facilmente no interior do corpo humano, tais como balas de revestimento duro que não cobre totalmente o interior ou possua incisões;
- xx) Empregar armas, projéteis, materiais e métodos de combate que, pela sua própria natureza, causem ferimentos supérfluos ou sofrimentos desnecessários ou que surtam efeitos indiscriminados, em violação do direito internacional aplicável aos conflitos armados, na medida em que tais armas, projéteis, materiais e métodos de combate sejam objeto de uma proibição geral e estejam incluídos num anexo ao presente Estatuto, em virtude de uma alteração aprovada em conformidade com o disposto nos artigos 121.^º e 123.^º

- xxi) Ultrajar a dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes;
- xxii) Cometer atos de violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez à força, tal como definida na alínea f) do n.º 2 do artigo 7.º, esterilização à força e qualquer outra forma de violência sexual que constitua também um desrespeito grave das Convenções de Genebra;
- xxiii) Aproveitar a presença de civis ou de outras pessoas protegidas para evitar que determinados pontos, zonas ou forças militares sejam alvo de operações militares;
- xxiv) Atacar intencionalmente edifícios, material, unidades e veículos sanitários, assim como o pessoal habilitado a usar os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, de acordo com o direito internacional;
- xxv) Provocar deliberadamente a inanição da população civil como método de fazer a guerra, privando-a dos bens indispensáveis à sua sobrevivência, impedindo, nomeadamente, o envio de socorros, tal como previsto nas Convenções de Genebra;
- xxvi) Recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades;
- c) Em caso de conflito armado que não seja de índole internacional, as violações graves do artigo 3.º comum às quatro Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos atos que a seguir se indicam, cometidos contra pessoas que não participem diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto armas e os que tenham ficado impedidos de continuar a combater devido a doença, lesões, prisão ou qualquer outro motivo:
- i) Atos de violência contra a vida e contra a pessoa, em particular o homicídio sob todas as suas formas, as mutilações, os tratamentos crueis e a tortura;
 - ii) Ultrajes à dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes;
 - iii) A tomada de reféns;
 - iv) As condenações proferidas e as execuções efetuadas sem julgamento prévio por um tribunal regularmente constituído e que ofereça todas as garantias judiciais geralmente reconhecidas como indispensáveis.
- E ainda:
- i) Atacar intencionalmente a população civil em geral ou civis que não participem diretamente nas hostilidades;
 - ii) Atacar intencionalmente edifícios, material, unidades e veículos sanitários, bem como o pessoal habilitado a usar os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, de acordo com o direito internacional;
 - iii) Atacar intencionalmente pessoal, instalações, material, unidades ou veículos que participem numa missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária, de acordo com a Carta das Nações Unidas, sempre que estes tenham direito à proteção conferida pelo direito internacional dos conflitos armados aos civis e aos bens civis;
 - iv) Atacar intencionalmente edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à

Em suma, os crimes de guerra tipificam ações que envolvam violações ao direito humanitário que são previsões as quais, em conflitos armados, visam proteger os não-combatentes, sejam militares ou civis, restringindo as ações de guerra ao próprio contexto bélico⁴⁵.

Indagação interessante e que já foi motivo de apreciação jurisdicional é se os

benefícios, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares;

v) Saquear um aglomerado populacional ou um local, mesmo quando tomado de assalto;

vi) Cometer atos de violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez à força, tal como definida na alínea f) do n.º 2 do artigo 7.º, esterilização à força ou qualquer outra forma de violência sexual que constitua uma violação grave do artigo 3.º comum às quatro Convenções de Genebra;

vii) Recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou em grupos, ou utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades;

viii) Ordenar a deslocação da população civil por razões relacionadas com o conflito, salvo se assim o exigirem a segurança dos civis em questão ou razões militares imperiosas;

ix) Matar ou ferir à traição um combatente de uma parte beligerante;

x) Declarar que não será dado abrigo;

xi) Submeter pessoas que se encontrem sob o domínio de outra parte beligerante a mutilações físicas ou a qualquer tipo de experiências médicas ou científicas que não sejam motivadas por um tratamento médico, dentário ou hospitalar, nem sejam efetuadas no interesse dessa pessoa, e que causem a morte ou ponham seriamente a sua saúde em perigo;

xii) Destruir ou apreender bens do inimigo, a menos que as necessidades da guerra assim o exijam;

f) A alínea e) do n.º 2 do presente artigo aplicar-se-á aos conflitos armados que não tenham caráter internacional e, por conseguinte, não se aplicará a situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, actos de violência esporádicos ou isolados ou outros de caráter semelhante; aplicar-se-á, ainda, a conflitos armados que tenham lugar no território de um Estado, quando exista um conflito armado prolongado entre as autoridades governamentais e grupos armados organizados ou entre estes grupos.

3 - O disposto nas alíneas c) e e) do n.º 2 em nada afetará a responsabilidade que incumbe a todo o Governo de manter e de restabelecer a ordem pública no Estado e de defender a unidade e a integridade territorial do Estado por qualquer meio legítimo.

⁴⁵ Crf.: **Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees.** ACNUR, Protection Policy and Legal Advice Section, Departament of International Protection. Genebra: 2003, p. 11, nota 20.

crimes de guerra apenas podem ocorrer no contexto de guerras internacionais, ou se é possível o seu cometimento em conflitos internos.

Essa dúvida se originou em função do próprio surgimento das Convenções de Genebra que tratam do direito humanitário.

Segundo Rezek, a evolução do direito da guerra pode ser dividida entre antes e depois da *proscrição* da guerra, iniciando como normas costumeiras:

Tornaram-se freqüentes já no século XVI, nos chamados cartéis e capitulações, que eram acordos tópicos entre chefes militares, valendo apenas no âmbito do conflito a que dissessem respeito⁴⁶

Posteriormente vieram as Declarações de Paris (1856) que proibia a prática do *corso*⁴⁷ e a de São Petesburgo (1868) que proíbe o uso de armas que podem causar sofrimento desnecessário nos combatentes em guerras terrestres⁴⁸.

Entretanto, um dos marcos mais importantes é a Convenção de Genebra de 1864 de *direito humanitário*, cujos esforços se devem a Henry Dunant⁴⁹.

Já o chamado direito de guerra se origina nas Convenções de Haia (1907), nas quais se disciplinam práticas como o ritual de declaração prévia de guerra ou a armistício⁵⁰.

As normas referentes à *proscrição* da guerra começam a se delinear com o Pacto da

⁴⁶ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público – Curso Elementar**. 7ª Ed. Rev., Editora Saraiva, São Paulo: 1998, p. 396. Segundo o autor, as normas costumeiras de maior prestígio protegiam: os feridos e enfermos, os médicos, enfermeiros e capelães, os hospitais e a população civil (quando pacífica).

⁴⁷ Pilhagem violenta de navios em tempos de guerra e sob a autoridade de um soberano.

⁴⁸ Francisco Rezek. Op. Cit., p. 370,

⁴⁹ “Havendo presenciado, em 1859, a batalha de Solferino, no norte da Itália, onde austriacos e franceses se enfrentaram com superlativa violência, o súdito suíço Henry Dunant publicou mais tarde seu livro Uma lembrança de Solferino, em que preconiza certo grau, ainda que mínimo, de humanização da guerra. De seus esforços e do movimento de opinião por ele desencadeado, resultariam a Convenção de 1864 e a criação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (Francisco Rezek, Op. Cit., p. 370).

⁵⁰ Idem, p. 371.

Sociedade das Nações, o qual, embora não a proíba, faz dela um meio secundário, como dispunha o art. 12⁵¹⁵².

O Pacto Briand-Kellog (pacto de Paris – 1928), determinava a expressa renúncia à utilização da guerra:

As Altas partes contratantes declararam solenemente condenar o recurso à guerra como meio de solucionar os conflitos internacionais, e renunciam a ela como instrumento de política nacional nas suas relações mútuas. As Altas partes contratantes reconhecem que a solução das disputas ou conflitos de qualquer natureza ou origem que possam surgir entre elas deverá ser buscada somente por meios pacíficos.

Na Carta das Nações Unidas, manteve-se a proibição, segundo o § 4º do art. 2º:

Os membros da Organização, em suas relações internacionais, abster-se-ão de recorrer à ameaça ou ao uso da força a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou contra outra forma incompatível com o propósito das Nações Unidas⁵³.

Contudo, como alerta o mesmo autor, manteve-se o imperativo humanitário. Ora, as de normas que proscrevem a guerra não têm força de varrer “*a perspectiva da eclosão de conflitos armados e duradouros que as guerras declaradas de outrora*”.

Assim, as Convenções de Direito Humanitário foram revistas e ampliadas

⁵¹ Ibidem p. 373.

⁵² “Todos os membros da Sociedade concordam que, se entre eles surgir controvérsia suscetível de produzir ruptura, submeterão o caso seja ao processo de arbitragem ou à solução judiciária, seja ao exame do Conselho. Concordam também que não deverão, em caso algum, recorrer à guerra antes do prazo de três meses após a decisão arbitral ou judiciária, ou o relatório do Conselho”.

⁵³ A Carta das Nações Unidas permite, apenas e tão-somente, o uso da força para se defender de uma agressão, de modo imediato e efêmero.

(Genebra, 1949 e protocolos adicionais de 1977).

Ao que se vê até agora, as normas internacionais sempre se preocuparam com a guerra no contexto das relações internacionais. Daí porque se disse linhas atrás que já se levantou a dúvida se um Tribunal Internacional teria legitimidade para julgar conflitos internos e mais, se os crimes de guerra poderiam ser considerados nesse contexto.

Essa indagação foi resolvida pela paradigmática decisão do Tribunal Internacional formado para o julgamento dos crimes ocorridos na ex-Iugoslávia (ICTY) no caso nº IT-94-D.

Naquele julgamento, a defesa de *Dusko Tadic* argüiu que o Tribunal era incompetente para julgar as acusações de crimes de guerra imputadas ao acusado, porque não havia sido deflagrada uma guerra em um contexto internacional.

De fato, o conflito ocorrido da Iugoslávia, restringiu-se ao território do país.

O acusado também alegou que não havia *legitimidade e competência* para a formação de um Tribunal Internacional específico para julgamento de crimes de guerra e de crimes contra a humanidade, tendo em vista que o conflito havia sido interno.

Contudo, o Tribunal rechaçou ambas as alegações decidindo que crimes de guerra podem ser tipificados seja em um contexto de guerra internacional, seja em um contexto de guerra interna e que é possível estabelecer um Tribunal Internacional para julgar esses crimes em ambas as hipóteses⁵⁴.

Atualmente essa questão se viu solucionada pela alínea c, do art. 8º do Estatuto de Roma, o qual prevê a aplicação das Convenções de Genebra para a configuração de crimes de guerra em conflitos internos⁵⁵.

Dessa forma, seja na atuação em virtude de um conflito interno, seja em um conflito internacional se há razões poderosas – o que

⁵⁴ A esse respeito, confira-se as decisões do Tribunal de 10 de agosto e 02 de outubro de 1995, respectivamente em <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-e/51002.htm> e <http://www.un.org/icty/tadic/trialc2/decision-e/100895pm.htm>.

⁵⁵ Vide nota 43.

podemos equivaler a *fortes indícios* de que alguém cometeu crimes de guerra, esta pessoa estará *proibida*, nos termos da Convenção de 1951, de receber proteção internacional.

5.3.3. Os Crimes Contra a Humanidade

Os crimes contra a humanidade “involve the fundamentally inhumane treatment of the population in the context of a widespread or systematic attack against it⁵⁶”.

O Tribunal Militar de Londres foi o primeiro documento internacional a definir os crimes contra a humanidade, como uma categoria distinta dos crimes internacionais⁵⁷. De fato, dispõe a referida Carta:

nomeadamente, assassinio, extermínio, redução à escravatura, deportação ou outros atos desumanos cometidos contra a população civil, antes ou durante a guerra; ou perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, quando esses atos ou perseguições são cometidos ou estão relacionados com qualquer crime abrangido pela competência deste Tribunal, quer violem ou não o direito interno do país onde foram perpetrados.

Tais crimes também foram previstos no Tribunal de Tóquio e, mais recentemente, nos Tribunais Penais Internacionais para a antiga Iugoslávia e para Ruanda.

Todavia, como se vê, a norma penal é bastante abrangente, o suficiente para violar um princípio de direito penal adotado pelo Brasil e por grande parte dos países: “*não há crime sem lei que o preveja, não há pena sem prévia cominação legal*”.

⁵⁶ *Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*. ACNUR, Protection Policy and Legal Advice Section, Departament of International Protection. Genebra: 2003, p. 13. Os autores ainda esclarecem que “*It is possible, however, for a single act to constitute both a crime against humanity and a war crime*”.

⁵⁷ *Idem, ibidem*.

Nesse sentido, *outros atos desumanos* têm uma abrangência muito ampla e não uma tipificação própria.

Essa generalidade, adotada também no Tribunal de Tókio, da antiga Iugoslávia e Ruanda foi motivo de críticas durante o Estatuto de Roma. Como esclarece Émerson Penha Malheiro:

Os crimes contra a humanidade já haviam sido previstos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia e no Estatuto do Tribunal Penal para Ruanda, mas inúmeras delegações reiteraram os seus pedidos para uma definição mais específica do que aquelas inseridas nos tratados precedentes.

Exigia-se uma definição que refletisse, de maneira fiel, o direito internacional consuetudinário. O Estatuto de Roma define os crimes contra a humanidade stricto sensu. Em virtude da complexidade dos delitos,⁵⁸⁵⁹ o dispositivo é bastante extenso.

k) Outros atos desumanos de caráter semelhante que causem intencionalmente grande sofrimento, ferimentos graves ou afetem a saúde mental ou física.

2 - Para efeitos do n.º 1:

- a) Por ataque contra uma população civil entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no n.º 1 contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a perseguição dessa política;
- b) O extermínio compreende a sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população;
- c) Por escravidão entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças;
- d) Por deportação ou transferência à força de uma população entende-se a deslocação coativa de pessoas através da expulsão ou de outro ato coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido em direito internacional;
- e) Por tortura entende-se o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos graves, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controlo do argüido; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas accidentalmente;
- f) Por gravidez à força entende-se a privação de liberdade ilegal de uma mulher que foi engravidada à força, com o propósito de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. Esta definição não pode, de modo algum, ser interpretada como afetando as disposições de direito interno relativas à gravidez;
- g) Por perseguição entende-se a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa;
- h) Por crime de apartheid entende-se qualquer ato desumano análogo aos referidos no n.º 1, praticado no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo rácico sobre um ou outros e com a intenção de manter esse regime;
- i) Por desaparecimento forçado de pessoas entende-se a detenção, a prisão ou o sequestro de pessoas por um Estado ou uma organização política, ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa em reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um longo período de tempo.
- 3 - Para efeitos do presente Estatuto, entende-se que o termo sexo abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado.

⁵⁸ Manual de Direito Internacional Público. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2008, p. 190.

⁵⁹ 1 - Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por crime contra a Humanidade qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

- a) Homicídio;
- b) Extermínio;
- c) Escravidão;
- d) Deportação ou transferência à força de uma população;
- e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais do direito internacional;
- f) Tortura;
- g) Violção, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez à força, esterilização à força ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;
- h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de sexo, tal como definido no n.º 3, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis em direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste número ou com qualquer crime da competência do Tribunal;
- i) Desaparecimento forçado de pessoas;
- j) Crime de apartheid;

O Crime de genocídio, previsto no art. 6º do Estatuto de Roma⁶⁰ o crime de Apartheid, previsto no art. 7º, j do Estatuto de Roma já existiam no sistema internacional em tratados próprios (a Convenção de 1948 para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio e a Convenção Internacional de 1973 para a Supressão e Punição do Crime de Apartheid, respectivamente).

Tais crimes, embora previstos em tratados próprios, sempre foram considerados, em razão da terrível atividade que tipificam crimes contra a humanidade.

5.3.4. Acusados de Crimes Graves

Na verdade a locução: *acusados de crimes graves* é uma tradução omissa do original em inglês, *serious non-political crimes*.

Veja que a versão em português ignorou uma premissa básica para a configuração da cláusula de exclusão – o caráter não político do crime.

Assim, não basta que o crime seja grave. Ele também deve ser um crime cometido *sem* motivação política. Em outras palavras, é necessária a conjugação entre a gravidade do crime e da intenção não política para que seja aplicada a cláusula de exclusão⁶¹.

⁶⁰ Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por genocídio qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, rácico ou religioso, enquanto tal:

a) Homicídio de membros do grupo;
b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo;
c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida pensadas para provocar a sua destruição física, total ou parcial;

d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;
e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.

⁶¹ Nesse sentido: *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* caso nº 1998 1 S.C.R 1222, disponível em [http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1998/1998rcs1-1222/1998rcs1-1222.html&query=%2Bpushpanathan%2Bv.%2BCa+nada](http://scc.lexum.umontreal.ca/scc-eliisa/highlight?language=EN&documentScope=judgment&documentScope=news&documentScope=bulletin&all=pushpanathan+v.+Canada&path=http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1998/1998rcs1-1222/1998rcs1-1222.html&query=%2Bpushpanathan%2Bv.%2BCa+nada).

Outra questão importante é que o crime cometido apenas será considerado insuscetível de aplicação da cláusula de exclusão se a *motivação* política for consistente com os direitos humanos e as liberdades fundamentais⁶².

Dessa forma, *poderá* ser considerado refugiado alguém que pratica um delito não grave na luta pela Democracia ou pelo reconhecimento da dignidade humana.

Não poderá ser reconhecido como refugiado alguém que pratica um delito, ainda que não seja grave, em prol de um regime político totalitário, ou na defesa da supremacia ética, por exemplo.

Todavia, a omissão ora apontada não traz grande prejuízo em relação ao efeito da norma. Isso porque se o crime, *mesmo tendo natureza política, seja considerado grave*, impõe a aplicação da cláusula de exclusão.

Portanto, de uma maneira ou de outra, o que conduz o deferimento ou não do pedido de refúgio é a *gravidade* do crime em questão.

Essa gravidade deve ser aferida não apenas de acordo com o sistema de direito penal interno do país onde se faz a solicitação de refúgio ou do país de origem, mas também de acordo com as Convenções Internacionais, impedindo assim, que acusados de crimes de menor importância, não sejam agraciados com a proteção internacional⁶³.

O Departamento de Proteção Internacional do ACNUR aponta que os seguintes elementos devem ser considerados na aplicação da cláusula de exclusão em análise:

- A natureza do ato;
- O dano infligido;

⁶² *Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*. ACNUR, Protection Policy and Legal Advice Section, Departament of International Protection. Genebra: 2003, p 16.

⁶³ *Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*. ACNUR, Protection Policy and Legal Advice Section, Departament of International Protection. Genebra: 2003, p. 14.

- O método utilizado para realizar o crime⁶⁴;
- O *quantum* e a natureza da pena para o tipo de crime;
- Se tal crime é considerado grave pela maior parte dos sistemas penais dos países⁶⁵.

No Brasil, a gravidade do crime está *expressamente* prevista na lei 9.474/97.

Dispõe o art. 3º, inciso III da lei:

Não se beneficiarão da condição de refugiado os indivíduos que":
(...).

"III – tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, **crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas**.

A legislação Paraguaia acompanha a determinação da Convenção de 1951:

Artículo 10 – Las disposiciones de esta ley no serán aplicables a persona alguna respecto a cual existen motivos fundados para considerar":
(...).

"b) que ha cometido um grave hecho punible común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida em él como refugiado.

Anote-se que o Paraguai destaca o *grave crime de direito comum* – não político, portanto.

No Brasil, como visto, o que importa é a gravidade do crime. E, para fins de aplicação da cláusula de exclusão deverá ser considerado

⁶⁴ O Brasil, por exemplo, considera como "circunstâncias agravantes" o fato do crime ser cometido mediante: traição, emboscada, dissimulação ou outro meio que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima e ainda, com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou que possa causar perigo comum (Código Penal, art. 61, inciso II, alíneas c e d).

⁶⁵ **Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees.** ACNUR, Protection Policy and Legal Advice Section, Departament of International Protection. Genebra: 2003, p. 14.

pela lei como *hediondo*⁶⁶, deverá ser considerado como ato terrorista ou tráfico de entorpecentes.

Qualquer crime cometido fora dessas determinações não será motivo para aplicação da cláusula de exclusão, sob pena de violação do princípio da legalidade⁶⁷.

5.3.5. Atos Contrários aos Propósitos e Princípios das Nações Unidas.

A análise da cláusula de exclusão acima deve ser muito criteriosa. De fato, crimes contra a paz, crimes de guerra ou contra a humanidade são, obviamente, contrários aos princípios e propósitos das Nações Unidas.

O que se pretendeu, portanto, foi permitir que outros atos que não os expressamente previstos nas cláusulas de exclusão que descrevem aqueles que *não merecem* proteção internacional não ficassem descobertos.

Dessa forma, qualquer ato contrário aos propósitos e princípios das Nações Unidas, que estão descritos nos artigos 1º e 2º da Carta de São Francisco, é motivo, segundo a Convenção de 1951, para negar-se um pedido de refúgio.

Como o rol dos artigos supracitados é muito extenso e admite subjetividade na sua interpretação, há o risco de que qualquer singelo ato possa ser considerado como violador dos princípios e propósitos das Nações Unidas, fazendo incidir na exclusão um número demasiado grande de pessoas.

acts contrary to the purposes and principles of the United Nations –

⁶⁶ Lei 8.072 de 25 de julho de 1990 considera como crimes hediondos o homicídio (quando praticado como atividade típica de grupo de extermínio e qualificado – art. 121, § 2º, incisos I a V do Código Penal), o latrocínio, a extorsão qualificada pela morte, a extorsão mediante seqüestro, o estupro, o atentado violento ao pudor, a epidemia com resultado morte, a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, o crime de genocídio, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo (arts. 1º e 2º).

⁶⁷ Constituição Federal, art. 5º, inciso, II: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

should therefore be construed restrictively and its application reserved for situations where an act and the consequences thereof meet a high threshold. This threshold should be defined in terms of the gravity of the act in question, in the manner in which the act is organized, its international impact and long-term objectives, and the implications for international peace and security⁶⁸.

E ainda:

Furthermore, given that Articles 1 and 2 of the UN Charter essentially set out the fundamental principles States must uphold in their mutual relations, in principle only persons who have been in a position of power in their countries or in State-like entities would appear capable of violating these provisions⁶⁹.

Daí o necessário critério para a utilização dessa cláusula. Segundo o Manual de Procedimentos: “devido a seu caráter muito geral, deve ser aplicada de forma prudente⁷⁰”.

Uma das premissas de restrição é a verificação de que, como acima dito, as pessoas que incidam nessa exclusão, geralmente, tem um certo poder político nos países de onde vêm.

O Manual de Procedimentos, no entanto, registra que, “não existe nenhum precedente registrado na aplicação dessa cláusula⁷¹”.

Lembrando que para a Convenção de 1951, basta que o sujeito seja suspeito, ou que existam “razões poderosas para pensar” que

⁶⁸ **Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees.** ACNUR, Protection Policy and Legal Advice Section, Departament of International Protection. Genebra: 2003, p. 18.

⁶⁹ **Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees.** ACNUR, Protection Policy and Legal Advice Section, Departament of International Protection. Genebra: 2003, p. 14.

⁷⁰ Op. Cit., p. 40.

⁷¹ Idem.

praticou ato contrário aos princípios e propósitos das Nações Unidas.

Já a lei brasileira e a Paraguaia fizeram bem em restringir a aplicação dessa cláusula, tendo em vista que ambas dispõem que para que seja negado refúgio com fundamento nessa condição, o requerente deve ser considerado culpado de tais atos.

Tendo em vista o princípio da presunção de inocência, apenas poderia ser impedido de ser reconhecido como refugiado alguém que já tivesse sido condenado pela violação aos princípios e propósitos das Nações Unidas, notadamente por um Tribunal Internacional.

6. Procedimento para Aplicação das Cláusulas de Exclusão

Durante a análise da aplicação da cláusula de exclusão há uma questão que precisa ser respondida, antes: o solicitante se enquadra na definição do termo refugiado?

Isso porque, não há como aplicar a cláusula de exclusão se a pessoa não pode ser definida como refugiada. Ou seja, primeiro de analisa as possibilidades de inclusão (vide supra, capítulo 4), para depois se verificar a necessidade de aplicação de cláusula de exclusão.

Ou seja, se o requerente não reúne as condições necessárias para ser definido como refugiado, o pedido deve ser indeferido com essa fundamentação, sem que se entre no mérito se o caso é ou não para a aplicação de cláusula de exclusão.

Como visto acima, as cláusulas de exclusão relativas aos que já se *beneficiam* de proteção internacional (item 5.1) e aos que *não precisam* de proteção internacional (item 5.2) não trazem maior impacto às pessoas cujo pedido seja negado com tais fundamentos.

Todavia se o solicitante pode ser definido como refugiado, mas com base no seu relato, ou no impacto que as suas ações causaram frente a comunidade internacional, não *merece* proteção internacional o procedimento deve ser muito mais cuidadoso.

O subscritor se viu em algumas situações nas quais os solicitantes enquadravam-se na definição do termo refugiado, mas, ao mesmo tempo, poderiam ser excluídos da proteção internacional, em função da aplicação de

cláusula de exclusão, dois desses casos poderão aclarar o procedimento adotado⁷².

O primeiro caso era de um solicitante de Serra Leoa. A guerra civil naquele país atingiu índices de atrocidade enormes.

A entrevista foi tensa. Em um determinado momento, foi como se uma sombra tivesse passado no rosto do solicitante que assumiu uma postura agressiva. Apenas deixei que ele falasse. E o seu relato foi uma das coisas mais horríveis que já ouvi em toda a minha vida.

Ele me contou que os rebeldes invadiram a vila em que morava, com a esposa e o filho recém-nascido. A esposa estava fora e ele estava em casa com o filho quando a invasão começou. Os rebeldes dominaram a vila, indefesa, em pouco tempo.

Ele era jovem e de compleição forte, o que fez com que os rebeldes o quisessem nas suas fileiras. Ele se negava a participar, embora estivesse prostrado, de joelhos, sob a mira de fuzis, no chão de sua casa, com o filho a poucos metros de distância.

Um dos rebeldes, sorrindo, aproximou-se da criança. Colocou o fuzil perto e, o recém-nascido, como é costume nessa idade, envolveu a mãozinha no cano da arma. Os rebeldes riram, dizendo que a criança era mais esperta que o pai, pois já pegava em armas.

O que segurava o fuzil que ainda era mantido na mão do bebê olhou para o solicitante e, com um sorriso nos lábios, disparou a arma, fazendo com que a criancinha virasse uma massa disforme de carne.

Nesse momento nem eu mais sabia o que fazer. Mas ele continuou o relato, informando que resolveu aderir às forças rebeldes. Pensei que isso era uma contradição, mas nada disse. Ele, depois de uma pausa que pareceu demorar uma eternidade me confessou o motivo da resolução: era a única forma de ficar vivo e, quem sabe um dia, vingar a morte do filho.

Ocorre que, na continuação do relato ele contou de algumas incursões que fez com os rebeldes até que conseguiu fugir. Pouparei o leitor das atrocidades que ele narrou, inclusive daquelas que cometeu.

⁷² Os casos que serão narrados terão, propositalmente, os nomes dos solicitantes e os números de procedimento não divulgados, em função do caráter sigiloso dos processos de refúgio.

Eis o problema. O solicitante tinha direito ao refúgio. Todavia, cometeu atos que poderiam fazer com que ele incidisse em cláusula de exclusão.

Minha análise foi um tanto simplista, mas foi a única conclusão que consegui chegar. Ele foi incorporado às tropas por coação e não por vontade. Os atos que cometeu, embora não justificáveis, podiam ser compreendidos pelo tremendo ódio que lhe acometia e pela situação ímpar que viveu.

Com base na aplicação restritiva das cláusulas de exclusão, opinei pela concessão do refúgio que foi deferido pelo Comitê Nacional para os Refugiados – CONARE, órgão responsável pelo processo e pelas decisões no Brasil.

O segundo caso era de um angolano de Cabinda (ou cabindense, como eles preferem).

Cabinda é uma região de Angola que pretende se tornar um Estado independente e o solicitante era membro ativo desse movimento.

Todavia, era uma espécie de mentor intelectual da propaganda, não tendo participado de atos de violência. Contudo, transgrediu uma série de normas proibitivas do Estado angolano.

Nesse caso, embora o solicitante tivesse agido em discordância com a lei, a motivação dos crimes era política e não havia gravidade nas suas ações. Opinei, também pelo deferimento do refúgio. O CONARE anuiu com a solicitação.

Portanto, à guisa de conclusão, as cláusulas de exclusão existem para não permitir, principalmente que alguém que tenha cometido atos terríveis contra seus semelhantes seja agraciado com proteção internacional. Isso seria uma contradição em termos. Entretanto, devemos sempre ter em mente que tudo o que restringe direitos deve ser interpretado restritivamente.

REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público.** 9^a Ed., Editora Saraiva, São Paulo: 1970,
- Alto Comissariado das Nações Unidas Para os Refugiados. **Manual de Procedimentos e Critérios a Aplicar para Determinar o Estatuto de Refugiado.** Lisboa: ACNUR, 1996.
- Bíblia Sagrada,.
- DOLINGER, Jacob. **Curso de Direito Internacional Privado – Parte Geral.** 7^a ed. Revisada e Atualizada, Renovar: Rio de Janeiro, 2003.
- FERREIRA, Aberto Buarque de Holanda. **O Dicionário da Língua Portuguesa.** 3^a ed., revista e ampliada, Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1999.
- JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro.** Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2003.
- LINZ J. Juan e STEPAN Alfred. **Transição e Consolidação da Democracia – A Experiência do Sul da Europa e da América do Sul.** Editora Paz e Terra: s/l, s/d.
- MALHEIRO, Émerson Pena. **Manual de Direito Internacional Público.** Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2008.
- SILVA, Fernando Fernandes da. **A Proteção do Refugiado no Ordenamento Jurídico Brasileiro.** Revista Trimestral de Direito Público, nº 29, ano 2000, São Paulo: Malheiros Editores.
- REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público – Curso Elementar.** 7^a Ed. Rev., Editora Saraiva, São Paulo: 1998.
- VARESE, Luis. **Palestra proferida no dia mundial do refugiado.** Comunicação informal, São Paulo, 20 de junho de 2003.