

EDITORIAL

Esta edição de nº 45, que corresponde ao 1º semestre de 2021 da *Revista FMU Direito*, publica artigos jurídicos, que trazem aos pesquisadores e estudiosos do Direito discussões, abordagens e questionamentos, versando sobre: a “Arbitragem e o novo processo civil”, de autoria de Ana Claudia Sousa; o “Marco civil da internet: judicialização e retrocesso na responsabilidade por ato de terceiro dos provedores de aplicação”, de Beatriz Salles Ferreira Leite e Marco Antonio Barbosa; as “Tecnologias da Informação e da Comunicação (TIC), direitos humanos e ambiente”, de autoria de Carlos Alberto Molinaro; “Estado, Democracia e Tecnologia na Era da Desconfiança”, de Carlos José Teixeira de Toledo; “A banalidade do mal e o julgamento Eichmann”, de Fabiano Miranda do Nascimento Tizzo; “Revisitando plebiscito e referendo em meio à crise do sistema representativo brasileiro”, de Gabriel Dolabela Raemy Rangel; “Poder político e poder judicial na Itália: um domínio contestado”, de Lara Merla; “Carta de fiança e a possibilidade de suspender ou não a exigibilidade do crédito tributário”, de Paulo David Cordioli e Felipe Mahfuz de Araujo; “*Amicus curiae* – democratização no processo e possível mudança da neutralidade para a parcialidade”; e “Processo civil, estatísticas e direito comparado: três sugestões”, de Thiago Serrano Lewis e Ana Mirela da Silva Dantas Lewis.

Esses artigos ilustram a presente edição, cujo conteúdo esperamos que os senhores leitores possam obter e aproveitar de modo significativo.

Desejamos uma excelente leitura a todos!

PROF. DR. JORGE SHIGUEMITSU FUJITA
Editor Responsável

A ARBITRAGEM E O NOVO PROCESSO CIVIL
THE ARBITRATION AND THE NEW CIVIL PROCEDURE

Ana Claudia Sousa¹

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo abordar as mudanças trazidas pela nova Lei de Arbitragem, Lei nº 13.129/2015, juntamente com as alterações do Novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Arbitragem; Acesso à Justiça; Administração Pública; Contratos; Compromisso arbitral. Procedimento arbitral; Recurso; Liquidação de sentença.

ABSTRACT

The present work aims to address the changes brought by the new Arbitration Law, Law 13,129/2015, together with the amendments of the New Code of Civil Procedure.

Keywords: Arbitration; Access to justice; Public administration; Contracts; Arbitral commitment. Arbitration procedure; Appeal; Settlement of sentence.

INTRODUÇÃO

Como é cediço, o Instituto da Arbitragem² não é novo em nosso ordenamento jurídico, pois este é reconhecido desde o império, e sempre veio evoluindo principalmente nas Constituições de 1824, 1934, 1937, e, enfim, na atual Constituição Federal Brasileira de 1988. Contudo, realmente, houve um grande avanço com a Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, também conhecida como Lei Marco Maciel, a Lei de Arbitragem trouxe mais força ao instituto,

¹ Professora de Direito. Advogada. Mestre em Direito da Sociedade da Informação. Pós-graduanda em Processo Civil. Pós-Graduada em Direito Tributário. Diretora da coordenadoria da Proteção da Mulher – OAB/SP - Membro da Associação Nacional dos Direitos Humanos – Pesquisa e Pós Graduação – ANDHEP. Membro do Centro de estudos avançados em Processo – Ceapro. Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem - CBar – Sócia proprietária do Escritório Claudia Sousa Advocacia.

www.claudiasousaadvocacia.com.br

² Arbitragem = vem do latim *arbitrium*. Significa: julgar, determinar, decidir. CUNHA. Antônio Geraldo da. **Dicionário etimológico da língua portuguesa**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010. p. 53.

principalmente com sua declaração de constitucionalidade dada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) que se deu em 2001.

A Lei de Arbitragem ofereceu novas perspectivas à arbitragem brasileira e recentemente foi reformada pela Lei 13.129/2015. Vale ressaltar que tanto o Código Civil de 1916 quanto o Código de Processo Civil de 1973 também previam o instituto da arbitragem, porém, os artigos correspondentes foram revogados ou alterados pela Lei de Arbitragem, por conta das importantes inovações em decorrência dessa lei, e continuou a sofrer modificações tanto pela entrada do novo Código de Processo Civil como também com o advento da Lei 13.129, de 26 de maio de 2015, que altera a Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996 – Lei de Arbitragem.

Podemos elencar aqui algumas modificações, são elas: a) os contratos com a administração pública; b) a Lei 13.129/2015 acrescentou o artigo 136-A à Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/1976); c) a interrupção da prescrição; d) as sentenças arbitrais parciais e complementares; e) as tutelas cautelares de urgência; f) a Carta Arbitral e g) o segredo de justiça atribuído à arbitragem.

Um dos objetivos do novo Código de Processo Civil é sem dúvida a celeridade do processo, a economia processual, como também a entrega da satisfação prática do direito, corroborando com os princípios constitucionais elencados na parte geral do novo *codex*. Desta forma, o legislador fomenta em vários artigos do novo Código de Processo Civil, que, sempre que possível, os envolvidos no processo devem buscar a solução alternativa de resolução de conflitos, para que esses objetivos sejam alcançados. Encontramos uma gama de artigos no novo Código de Processo Civil que tratam da arbitragem, são vários, e podemos então, entender que o legislador autoriza a forma contenciosa, ou seja, ela pode ser utilizada, porém, se as partes assim quiserem e o objeto for disponível, podem perfeitamente usar a arbitragem e os meios alternativos de conflitos.

1. O ACESSO À JUSTIÇA

O Estado tomou para si o dever de garantir e tutelar os direitos de seus cidadãos e com isso instituiu o Estado-Juiz para que os conflitos fossem dirimidos e, assim, dando uma segurança jurídica para a sociedade.

Nas palavras de Carlos Lisboa, quando conceitua a organização judiciária:

A organização judiciária é um conjunto de normas e preceitos que regulam o arcabouço e a administração do Poder Judiciário em nosso País. É de responsabilidade

do Poder Judiciário aplicar e interpretar a norma jurídica trazendo, assim, a paz às relações humanas³.

Então, podemos entender que, a partir do momento em que o Estado abre as portas do judiciário, no sentido de dar opções aos cidadãos para buscarem seus direitos, entenda-se, como exemplo a criação do Código de Defesa do Consumidor, a possibilidade de ações coletivas, juntamente, com as facilidades dos meios de comunicação, principalmente o acesso às novas mídias (internet, redes sociais), os cidadãos começaram a experimentar “o sabor da cidadania” e começaram a entender que possuem direitos e esses devem ser respeitados, e com isso houve certamente o aumento da procura pelo judiciário para buscar a tutela de tais direitos.

Nesse trilhar, o Estado precisou criar opções para que as demandas fossem solucionadas, visto que o aumento de processos como é divulgado amplamente, sobe a cada dia. Os meios alternativos de solução de conflitos é uma tendência mundial. E essa busca pelos chamados meios alternativos de solução de conflitos, também conhecidos como *Alternative Dispute Resolution* – ADR ou os métodos alternativos de resolução de conflitos – MARC, ocorre por conta, não apenas pelo descrédito do judiciário, mas também pela morosidade da entrega da prestação jurisdicional, que de certa forma traz muita insegurança. No entanto, fazemos uma ressalva, a arbitragem ainda é muito cara, longe dos horizontes do cidadão comum.

Nesse caminhar, o Estado deve estimular os cidadãos através da criação de meios para garantir o acesso a todos à justiça. E essa garantia constitucional do acesso à justiça, também denominada de princípio da inafastabilidade da jurisdição ou o princípio da proteção judiciária que está esculpida no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal que no *caput* do artigo 3º do CPC repete a regra, que assim estabelece: “**não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito**”. (Grifo é nosso)

O atual Código de Processo Civil traz em seu bojo essa tendência de que os Estados devem promover e estimular a resolução de conflitos por meio da conciliação, da mediação e de outros métodos consensuais, conforme o § 2º, do artigo 3º, do CPC.

Ensina-nos Kazuo Watanabe⁴ “que o conteúdo e o alcance do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, também conhecido por princípio da proteção judiciária, dependem fundamentalmente da organização político-constitucional do Estado, vale dizer do seu direito positivo”. O princípio do acesso à justiça é um princípio constitucional,

³ LISBOA, Carlos. **Manual do árbitro**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 18

⁴ WATANABE, Kazuo. **Controle jurisdicional e o mandado de segurança contra atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 7.

devendo o Estado proporcionar, incentivar e informar os cidadãos que há diferentes formas de resolução de litígios.

Ao abordar com primazia o assunto, o Ministro Luiz Fux ensina:

“O Estado, como garantidor da paz social, avocou para si a solução monopolizada dos conflitos intersubjetivos pela transgressão à ordem jurídica, limitando o âmbito da autotutela. Em consequência, dotou um de seus Poderes, o Judiciário, da atribuição de solucionar os referidos conflitos mediante a aplicação do direito objetivo, abstratamente concebido, ao caso concreto. [...]”⁵

O Código de Processo Civil corrobora com esse movimento mundial e vem estimular o uso dos métodos alternativos de disputas. E dispõe em seu artigo 3º, §3º, que: **“a conciliação, a mediação e outros métodos de solução de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos, e membros do ministério público, inclusive no curso do processo judicial”**. (Grifo é nosso)

Nessa esteira, podemos entender, da seguinte maneira, havendo um conflito, as partes podem resolver por meio do Poder Judiciário, onde a lide será julgada por um juiz investido pelo Estado, mas também tem a opção de escolher outra forma, qual seja: as formas alternativas de conflitos, que podem ser a conciliação, a mediação ou a arbitragem.

Corroborando com essa ideia, um dos objetivos principais da forma alternativa de composição de conflitos é a de resolver o conflito de forma rápida, eficiente como também econômica, com riscos mínimos e com resultados mais satisfatórios. As partes participam ativamente na busca para a solução do conflito e para isso escolhem de forma livre o método adotado como também o procedimento. Podemos dizer que o Estado-juiz fica de prontidão, no entanto, o legislador dá a entender que, se a solução ocorrer fora do poder judiciário, os envolvidos em comum acordo encontrarão a melhor saída para aquela disputa.

Os métodos alternativos de resolução de litígios e conflitos ou disputas, o ADR (*Alternative Dispute Resolution*), MARD (*Métodos Alternativos de Resolução de Disputas*) ou MARC (*Meios Alternativos de Resolução de Conflitos*) são processos que visam a encontrar uma solução que não seja solução puramente jurídica ao litígio. Portanto, há muitas outras formas, que são puramente contratuais, como a Mediação e a Conciliação. De outra parte, considerando as fontes contratuais e judiciais, pensamos na Arbitragem.

⁵ FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 41.

2. A ESTRUTURA DA NOVA LEI DE ARBITRAGEM

A Lei nº 13.129, de 2015, que entrou em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação oficial que se deu em 26 de maio de 2015, a nova lei de arbitragem vem com uma nova roupagem.

O capítulo I - Disposições Gerais; Capítulo II - Da Convenção de Arbitragem e seus Efeitos; O capítulo III - Dos Árbitros; O capítulo IV - Do Procedimento Arbitral; CAPÍTULO IV-A que foi incluído pela Lei nº 13.129, de 2015 - DAS TUTELAS CAUTELARES E DE URGÊNCIA; O CAPÍTULO IV-B também incluído pela Lei nº 13.129, de 2015- DA CARTA ARBITRA; O capítulo V - Da Sentença Arbitral; Capítulo VI - Do Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras; E por fim o capítulo VII - Disposições Finais.

3. CONCEITO DE ARBITRAGEM

A arbitragem é um meio de solução de conflitos que podemos chamar de alternativo. Alternativo, porque as partes que não querem resolver seus litígios diretamente no Poder Judiciário optam em levá-los ao um árbitro (um terceiro) para solucioná-los. É uma opção que o legislador dá àqueles que preferem escolher o procedimento, o idioma, a forma pelo qual quer ver sua demanda sendo julgada, porém, lembrando que essas escolhas são respaldadas em lei. Há regras a serem seguidas.

No entanto, antes de entendermos o que é a arbitragem é de suma importância saber sobre o conflito⁶. O que é o conflito? E o que ele pode fazer em uma sociedade? O termo conflito vem do latim *conflictus* e tem por significado: luta, combate, colisão, discussão. Viver em uma sociedade cheias de conflitos não é o ideal, desta forma o Estado preocupado, busca através de meios seja eles contenciosos ou alternativos, a paz social.

Cabe aqui mencionar os ensinamentos do ilustre professor Carlos Alberto Carmona, sobre o conceito de arbitragem:

“A arbitragem – meio alternativo de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor”.⁷

⁶ CUNHA. Antônio Geraldo da. **Dicionário etimológico da língua portuguesa**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010. p. 171.

⁷ CARMONA. Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Malheiros.1998. p. 43

Enrico Tullio Liebman também nos traz seus ensinamentos e preleciona sobre a Arbitragem:

“as partes podem subtrair uma causa da cognição do juiz, se concordam (“compromisso”) em fazê-la por árbitros por eles mesmos escolhidos. Não podem ser objeto do compromisso as causas previstas nos arts. 429 e 459 CPC/73, as quais dizem respeito a questões de estado e separação entre cônjuges, bem como as outras que não admitem transação”.⁸

Insta salientar que as partes buscam um terceiro da sua confiança que, de certa forma, domine a matéria apresentada, ou seja, tenha capacidade técnica para a resolução daquela situação e que esse terceiro tenha um comportamento bem assemelhado a um juiz. Esse terceiro, que se chama árbitro, terá que preencher alguns requisitos como também respeitar os princípios norteadores da Lei de Arbitragem.

Ressalta-se que a competência que é atribuída ao árbitro não é a mesma dada ao juiz, a competência está relacionada no sentido de conhecimento da matéria em si, competência técnica. Já a competência atribuída ao juiz é a delimitação da jurisdição, isto é, a demarcação do território onde o juiz dirá o direito.

Resta saber que o Instituto da Arbitragem é um meio extrajudicial de conflito, onde a decisão é imposta por um terceiro, sendo este imparcial e com capacidade técnica, e que a intervenção do Poder Judiciário seja a mínima possível. Sendo que os estudiosos da arbitragem querem que não haja nenhuma intervenção.

4. PRINCÍPIOS DA ARBITRAGEM

Cabe destacar aqui os princípios norteadores da arbitragem que foram instituídos pela Lei 9.307/1996.

Insta salientar que sempre serão respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento de acordo com o § 2º do artigo 21 da Lei de Arbitragem, e essas regras podem decorrer de uma Câmara Arbitral ou podem ser desenvolvidas exclusivamente pelos árbitros e pelas partes. Os procedimentos arbitrais deverão se norteados por alguns princípios, a saber:

I) Princípio da Autonomia da Vontade. Tal princípio foi estabelecido desde logo no artigo 1º da Lei de Arbitragem. É por esse princípio que as partes são livres para se utilizarem da forma alternativa de conflito, no caso, a arbitragem, renunciando à forma contenciosa. Podem escolher

⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil vol. 1.** Tocantins: Intellectus. 2003. p 43.

o (s) árbitros (s), são livres para a escolha do procedimento, ou seja, se será de direito (**Institucional** que são as regras definidas por uma instituição ou **ad hoc** que são regras determinadas pelas partes em conflito) ou por equidade (art. 2º), podem escolher o idioma. Lembrando que devem seguir as disposições do art. 10 da lei de arbitragem, no que tange às regras obrigatórias.

II) Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa: Princípio albergado pela Constituição Federal no artigo 5º, LV, mesmo que em seu texto apenas faça referência ao processo judicial e administrativo, não há dúvida que esse princípio seja utilizado também na arbitragem. Tal princípio tem por objetivo que as partes tomem conhecimento da existência da ação, de todo o procedimento, ou seja, de todos os atos do processo, para que haja, assim, o equilíbrio entre os envolvidos e evitando a surpresa. Vale ressaltar que, se a sentença estrangeira violar o princípio do contraditório, a sentença não poderá ser homologada aqui no Brasil por força do artigo 38, III.

Art. 38 – Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:

...

III – não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa.

III) Princípio da Igualdade das partes. São asseguradas às partes as mesmas condições, ou seja, terão as mesmas oportunidades, podemos dizer, as mesmas armas, tal princípio encontra-se no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal e no artigo 21 da lei de arbitragem. Este princípio também está relacionado ao equilíbrio das partes, desta forma, não pode haver vantagens ou prerrogativas somente para um dos envolvidos.

IV) Princípio da Imparcialidade do árbitro. O princípio da imparcialidade está disposto no artigo 13, § 6º, da Lei nº 9.307/1996. O árbitro deve proceder com imparcialidade⁹, independência, competência, diligência e discrição. Se o árbitro agir de outra forma, a sentença arbitral será nula, conforme o disposto no artigo 32, VIII, da Lei de Arbitragem.

V) Princípio do Livre convencimento ou persuasão racional do julgador. O árbitro tem a liberdade de apreciar as provas com inteligência, bom senso, ponderação e prudência antes de proferir a decisão. O julgamento deve ser sempre fundamentado, mesmo que o julgamento seja por equidade. Esse princípio está inserido no artigo 21, §2º, da Lei de Arbitragem.

⁹ Conforme a Regra 10.070 do Capítulo 44.1011 dos Estatutos da Flórida, imparcialidade deve ser entendida como ausência de favoritismo ou preconceito com relação a palavras, ações ou aparências. Disponível em: <http://ncmoodle.fgv.br/cursos/mediacao_arbitragem_moodle/pag_m2_aspectos_gerais_arbitragem/1_2_7.htm> acesso em 16 de fevereiro de 2017.

VI) Princípio da irrecorribilidade da Sentença Arbitral. Vejam que interessante! Não há recurso. No entanto, o artigo 30 da Lei de Arbitragem traz duas exceções, são elas: a) quando necessário corrigir qualquer erro material da sentença arbitral e, b) esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral. Percebemos, que não cabe, portanto, insatisfação, e somente nos casos acima citados é que se autoriza socorrer-se ao Judiciário.

VII) Princípio da Kompetenz-kompetenz – conhecido também pelo princípio da competência. Esse princípio está relacionado com a competência do árbitro. Se ele se julgar competente o processo segue seu curso, de outra forma, se julgar por sua incompetência e não houver a possibilidade de substituição, o processo segue para o Poder Judiciário.

VI) Princípio da Autonomia da Cláusula Compromissória – esse princípio está regido no artigo 8º da lei de arbitragem. Como a cláusula compromissória é autônoma, o contrato no qual a cláusula está inserida for considerado nulo, tal nulidade não atinge a cláusula.

5. AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES

Estabelece o artigo 1º da lei de arbitragem: “**As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis**”. (Grifo é nosso). Observamos na leitura do artigo em tela, e encontramos dois conceitos a serem discutidos: a) O primeiro, está relacionado a capacidade de contratar, que são aquelas pessoas físicas ou jurídicas que podem ser titulares de direitos e contrair obrigações, desta forma, somente essas pessoas poderão escolher a arbitragem. Assim, pessoas físicas maiores e capazes, aqui reconhecendo a capacidade de fato que deve ser somada a capacidade de direito, implicando na capacidade plena para contratar, e pessoas jurídicas devidamente representadas, estão incluídas nesse conceito; b) O outro ponto, faz alusão aos direitos patrimoniais disponíveis.

Então, a Arbitragem foi criada com competência para resolver questões relativas a direitos patrimoniais disponíveis que podem ser questões tanto específicas como complexas. Nesse caso discute-se aquilo que se convencionou, ou seja, as matérias que podem ser objeto da arbitragem. Os objetos devem ser lícitos, possíveis, física e juridicamente, e obedecer às formas descritas ou não prescritas em lei conforme o artigo 104 do código civil¹⁰.

A Lei de Arbitragem indica que as questões devem ser passíveis de constar do patrimônio daqueles capazes de contratar, e, além disso, devem ser disponíveis. A Carta Magna

¹⁰ Art. 104 do Código Civil - A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

prevê, em seu artigo 114, §1º, uma faculdade, em uma negociação coletiva, no que tange ao direito do trabalho que poderá ser exercida onde, **“frustrada a negociação coletiva as partes poderão eleger árbitros”**. (Grifo é nosso)

O ilustre José Afonso da Silva nos ensina que:

“O dissídio coletivo pressupõe negociação coletiva intersindical. Mas esta poderá frustrar-se por dois modos: por não chegarem as partes a um acordo ou por se recusar uma delas à negociação. No primeiro caso às partes poderão eleger árbitros. Esta é uma faculdade que a constituição prevê”.¹¹

A previsão de que a Administração Pública direta e indireta também poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, foi incluído pela Lei nº 13.129, de 2015, o que se sabe, é que na verdade essa postura já era exercida na prática, no entanto, o legislador, embora a arbitragem já fosse reconhecida no âmbito da administração pública direta e indireta, considerou útil essa inclusão na lei. Até pela máxima que há no Direito Administrativo de que o Administrador está adstrito à lei.

A autoridade ou o órgão competente da Administração Pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações, o § 2º, que também foi incluído pela Lei nº 13.129, de 2015, trata-se da capacidade de contratar. No entanto, é de se lembrar que com relação à Administração Pública, a arbitragem será sempre de direito, desta forma, fica vedado o arbitramento por equidade¹².

A arbitragem também permite que as partes escolham entre o julgamento realizado de acordo com leis e regras específicas de um grupo corporativo, por exemplo, mas também, permite que, a critério das partes, os árbitros possam julgar por equidade, buscando aquilo que consideram justo de acordo com o caso concreto. E em seu § 1º, dispõe que: **“Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes¹³ e à ordem pública^{14”}**. (Grifo é nosso). Verifica-se, portanto, que o § 1º do artigo 2º da citada lei vai ao encontro do artigo 190 do CPC/2015 que assim especifica:

¹¹ SILVA. José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 583.

¹² Equidade é a aplicação do direito como “justo”, “benévolo”. É a decisão cientificamente elaborada, com sentimento de justiça. SENISE LISBOA. Roberto. **Manual de Direito Civil – Teoria Geral do Direito Civil – 1**, 8ª ed. São Paulo: Saraiva.2013. p. 181.

¹³ Costume = é a prática reiterada de atos com convicção de estar seguindo uma norma jurídica que, na realidade, não existe. SENISE LISBOA. Roberto. **Manual de Direito Civil – Teoria Geral do Direito Civil – 1**, 8ª ed. São Paulo: Saraiva.2013. p. 60.

¹⁴ Ordem pública – tem um conceito amplo. Significando por exemplo a paz social.

Versando o processo sobre direitos que admitam auto composição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.¹⁵

Diante do exposto, as partes têm a livre opção em escolher entre as leis, em sentido amplo, que podem ser nacionais como estrangeiras, para que sejam aplicáveis ao caso concreto, lembrando, no entanto, que tais leis não podem ofender os bons costumes e a ordem pública, ou seja, o direito brasileiro deverá ser sempre respeitado, como também podem escolher por equidade, lembrando, novamente, que as regras do direito brasileiro não podem ser contrariadas e não podem ser afastados os direitos fundamentais como, por exemplo, o contraditório e a ampla defesa.

O princípio da autonomia da vontade é certamente uma das bases do instituto da arbitragem, pois os envolvidos ao escolherem como será todo o procedimento, todo o mecanismo, atribuem a confiança necessária ao julgamento na arbitragem.

6. DA CONVENÇÃO DA ARBITRAGEM E SEUS EFEITOS

Primeiramente, é de suma importância ressaltar o que venha a ser uma convenção de arbitragem juntamente com suas espécies. A Convenção de Arbitragem é o gênero na qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Há de se notar que a convenção de arbitragem une, vincula às partes à arbitragem como método de solução de conflitos para determinados litígios. E tem por escopo final a exclusão do Poder Judiciário para as questões contidas na convenção de arbitragem.

Tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral são tipos de convenção de arbitragem que geralmente está inserta em documentos que consubstanciam negócios jurídicos, sendo que os dois tipos produzem o mesmo efeito, ou seja, de um lado pode indicar que qualquer discussão proveniente desse contrato será solucionada apenas por arbitragem e por outro indicando que o Judiciário não poderá analisar o mérito dessas questões.

Insta salientar que o artigo 3º da lei de arbitragem com seus parágrafos não traz nenhuma diferenciação entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, porém na prática funciona assim: se o contrato de arbitragem for assinado **após o início** da controvérsia temos o **compromisso arbitral**, no entanto, se assinado **antes**, acordando entre as partes que se houver um litígio, este será resolvido pela arbitragem, temos a **cláusula compromissória**.

¹⁵ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm - acesso em 07 de fevereiro de 2017.

6.1. A Cláusula Compromissória

A **cláusula compromissória** vem definida no artigo 4º, como uma convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. O Código Civil de 2002, em seu artigo 853, dispõe que: **“Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial”**, (Grifo é nosso), ou seja, o Código Civil prevê o instituto da arbitragem e o remete à lei especial, ou seja, à própria Lei de Arbitragem.

É de se destacar que a arbitragem não é apenas utilizada para litígios futuros. Ela pode ser empregada para se resolver uma questão de imediato, antes mesmo da formação do litígio. Certamente, como qualquer contrato que venha a ser celebrado, a cláusula compromissória vislumbra litígios futuros, isto é, que não existem no momento da celebração do contrato.

Ensina o ilustre Professor Carlos Alberto Carmona que:

“Estabeleceu a lei que a cláusula pode estar ou não inserida no corpo de um contrato, de tal sorte que a avença será contemporânea ao contrato ou posterior a ele: nesta última hipótese, a cláusula será convencionada através de cartas, telegramas, telex, ou mesmo fac-símiles que se reportem a um negócio jurídico, prevendo a solução de eventuais e futuras controvérsias por arbitragem”.¹⁶

Não podemos deixar de mencionar que, com o avanço da tecnologia, temos os e-mails ou qualquer outro meio informático, que possa vir a viabilizar a dinâmica do contrato de arbitragem. Como também não podemos deixar de comentar que a cláusula compromissória não precisa necessariamente estar inserida no contrato sobre o qual o litígio discute. Chama-se Cláusula Compromissória por Referência, e isso ocorre, por força do princípio da Autonomia da Cláusula Compromissória – assunto que ainda será abordado.

Conforme o § 2º do artigo 4º da lei de arbitragem, quando se tratar dos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

O legislador entende que a parte aderente, na maioria das vezes, não lê o contrato antes de assinar, e por ser hipossuficiente, caso discorde, não tem força para modificar algum dispositivo. O artigo 5º da lei de arbitragem está relacionado às regras de Arbitragem Institucional, ou seja, àqueles realizadas sob as regras de uma Câmara de arbitragem que, em geral, também organiza o processo arbitral, mas que não julga, função exercida exclusivamente

¹⁶ CARMONA. Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Malheiros. 1998. p. 29

por árbitros. Não tem como negar que, quando há a previsibilidade dos atos e fases do processo arbitral, como também a confiança e segurança depositadas nessas Câmaras e em sua experiência com arbitragem, existe de certa forma uma grande vantagem.

Existe um outro tipo de arbitragem que é estabelecida para a resolução de um caso específico, é muito utilizada no âmbito internacional, é denominada de arbitragem “*Ad hoc*”, tudo é feito pelas partes, ou seja, todas as regras, todo o procedimento é estabelecido pelos envolvidos. Como dissemos anteriormente é muito utilizada quando há a necessidade de consonância das regras.

Na arbitragem podemos encontrar as cláusulas denominadas vazias ou brancas. Conforme dispõe o artigo 6º da lei de arbitragem, quando não há acordo prévio com relação a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral. Esse artigo refere-se às cláusulas compromissórias denominadas “vazias” ou “brancas”.

Essas cláusulas não contêm, por exemplo, um requisito essencial que é a forma de indicação do árbitro. Dessa forma, quando o árbitro for escolhido, a condução do procedimento poderá ser feita por este.

Não há a obrigatoriedade que se indique uma instituição arbitral, lembrando que os requisitos ditos obrigatórios estão elencados no artigo 10 da lei em comento. De certa forma, costuma-se encontrar, quando de uma cláusula cheia a indicação da instituição arbitral, porém, para que a cláusula compromissória seja cheia não tem essa obrigatoriedade, pois podem existir cláusulas cheias em arbitragens “*ad hoc*”.

Ocorre que, quando se tratar de cláusula vazia, há a necessidade que se faça um compromisso arbitral, porém, pode haver esse aditamento na própria cláusula compromissória. Essa questão ocorre, porque o legislador entende que as partes, os envolvidos, sejam capazes de definir como querem que a arbitragem se faça.

Como se trata ainda de um compromisso, ou seja, ainda não existe a cláusula compromissória, o não comparecimento da parte convocada ou, havendo comparecimento, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º da lei de arbitragem, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocaria o julgamento da causa.

No entanto, se houver a cláusula compromissória, a arbitragem terá a forma de solução de conflitos escolhida, pois, não há possibilidade de desistência e a efetivação desse método de solução de conflitos se dar de modo judicial. No entanto, há de se destacar o artigo 42, que dispõe da seguinte forma: **“As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei”**. (Grifo é nosso). O legislador dá ampla liberdade para as partes decidirem se querem ir para o contencioso no judiciário ou encontrar outra forma para a resolução do conflito. E percebemos que quanto mais o Estado se distancia dos conflitos, dá a possibilidade das partes se resolverem da melhor forma, evitando, portanto, a morosidade do judiciário.

A partir do momento em que se verifica a existência da cláusula compromissória, mesmo que vazia, a parte não poderá se recusar à instituição da forma da arbitragem, inclusive é a manifestação do artigo 7º da lei de arbitragem, quando dispõe que: **“Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim”**(Grifo é nosso). Desta forma, é de suma importância que o autor indique, de forma precisa, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

Com o comparecimento das partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, ou seja, do compromisso arbitral. E se ainda assim, não houver o acordo entre as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos artigos 10 e 21, § 2º, da lei de arbitragem.

Desta forma, o juiz decidirá ou na própria audiência ou em prazo adicional de 10 (dez) dias, indicando na sentença os requisitos obrigatórios do compromisso arbitral, respeitando os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. Tais princípios não podem ser nunca desconsiderados (art. 21, § 2º, da Lei de Arbitragem). Também cabe ao juiz nomear o árbitro, se a cláusula compromissória assim não dispuser, desde que ouvidas as partes sempre.

Se o autor não comparecer à lavratura do compromisso arbitral, sem um motivo justo, haverá a extinção do processo sem julgamento de mérito. Essa é a pena direcionada ao autor. Quanto ao réu, não havendo o seu comparecimento, desde que ouvido o autor, o magistrado

determina o conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único. E a sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

Há que se lembrar que a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que, se houver a nulidade do contrato, não implica necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. É o que afirma o artigo 8º da lei em comento e corrobora exatamente com o artigo 4º, §1º, desta mesma lei. E cabe ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória. Daí a autonomia da cláusula, pois qualquer discussão em relação à nulidade ou à anulabilidade desse instrumento não a anula de forma automática.

Trouxemos um exemplo de uma Cláusula Compromissória utilizada na Câmara da FGV¹⁷ –

A cláusula cuja redação segue é a que foi elaborada pelo Diretor Jurídico da Câmara FGV. Deliberadamente, é de redação muito simples para dar às partes a faculdade de acrescentar o que lhes parecer mais conveniente.

"As questões decorrentes deste contrato serão dirimidas por arbitragem administrada pela Câmara FGV de Mediação e Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas e realizada segundo o Regulamento dessa Câmara. O local da arbitragem será a cidade de.... "

Para sublinhar a flexibilidade de redação da cláusula seguem-se duas possíveis opções, nas quais o texto é um pouco mais elaborado.

A) "Toda e qualquer controvérsia que possa surgir da interpretação ou da execução deste contrato será resolvida por um ou mais árbitros, de acordo com os termos do Regulamento da Câmara FGV de Mediação e Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas".

B) "Todas as controvérsias decorrentes do presente contrato, de sua execução e liquidação, serão resolvidas, em definitivo, nos termos do Regulamento da Câmara FGV de Mediação e Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas, por um ou mais árbitros nomeados na conformidade do mesmo Regulamento".

6.2. O Compromisso Arbitral

Está inserido no artigo 9º, que dispõe: **“O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”**. (Grifo é nosso)

O dispositivo dessa lei é claro, sobre o que venha a ser um compromisso arbitral. É uma outra espécie de convenção de arbitragem, que pode estar ou não inserida em um documento que tem por finalidade um negócio jurídico produzindo os mesmos efeitos da

¹⁷ <http://camara.fgv.br/conteudo/clausula-compromissoria-da-camara-fgv-de-mediacao-e-arbitragem> - acesso em 04 de março de 2017.

cláusula compromissória. O compromisso arbitral geralmente é um documento apartado a um contrato ou a uma situação jurídica qualquer. Definindo a forma de solução de conflito e indicando o seu objeto, é natural que diga respeito a litígios existentes e posteriores à celebração de contratos ou ao início de relações jurídicas e seus problemas.

Na leitura do artigo, em sua parte final, encontramos os termos judicial ou extrajudicial. O compromisso arbitral pode ser celebrado extrajudicial ou judicialmente. Desta forma, o compromisso arbitral judicial celebrar-se-á pôr termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda e o compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

Conforme o artigo 10 da Lei de Arbitragem:

Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

I – o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;

II – o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;

III – a matéria que será objeto da arbitragem; e

IV – o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

Temos que destacar os requisitos obrigatórios, ou seja, os requisitos que devem constar necessariamente dos compromissos arbitrais celebrados, sendo que a falta de um desses elementos pode levar à nulidade do compromisso. Bom, assim, como em uma petição inicial temos que identificar os envolvidos, desta forma, vale destacar que deve constar endereço completo, CNPJ para pessoas jurídicas e CPF e estado civil para as pessoas físicas, profissão, enfim todas as informações possíveis para que as partes sejam identificadas corretamente.

Ressalta-se que, como as partes, a qualificação daquele que será o árbitro é de suma importância, pois o julgador deve estar apto para solucionar o litígio, sendo que a forma de qualificação das partes pode ser aplicada também aos árbitros. Vale lembrar que o objeto também deve ser indicado, até, por que o árbitro precisa saber as especificidades na qual ele terá responsabilidade. Quando se tratar do território brasileiro não há nenhum problema, no entanto, se ocorrer em localidade que não estejam em território brasileiro, surge a necessidade de homologação da sentença arbitral perante o STJ caso se pretenda efetivá-la em território brasileiro.

De certa forma, tudo poderá constar no compromisso arbitral, e qualquer informação que não esteja no art. 10 da lei de arbitragem, podemos chamar de elementos facultativos, desta forma, o local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem; a autorização para que o(s) árbitro(s) julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes; o prazo para apresentação da sentença arbitral; a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes; a declaração da

responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

Fixando as partes os honorários do (s) árbitro (s), com relação ao compromisso arbitral, este constituirá título executivo extrajudicial, no entanto se não houver tal estipulação, o árbitro requererá ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa, que os fixe por sentença. Lembrando que em arbitragens institucionais, os honorários seguirão os padrões estabelecidos pelas Câmaras de Arbitragem.

A extinção do compromisso arbitral ocorre quando: a) Escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto; b) Falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto; c) Tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III da lei de arbitragem, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

Nos casos acima previstos, observa-se que as partes ficam livres para optar por outro modo de solução de conflitos, até mesmo podem se socorrer do judiciário. E nos itens 'a' e 'b' poderá haver a continuação desde que haja a aceitação do árbitro substituto

Podemos, então, perceber que o Poder Judiciário estará sempre apto para a solução de qualquer problema que houver na arbitragem.

Aqui é um outro modelo de Compromisso Arbitral feito pela câmara ADVANCE¹⁸.

MODELO DE COMPROMISSO ARBITRAL EXTRAJUDICIAL COM OS REQUISITOS OBRIGATÓRIOS E FACULTATIVOS

“Pelo presente instrumento particular de compromisso arbitral, as partes, de um lado (nome, profissão, estado civil, endereço e email) e de outro lado (nome, profissão, estado civil, endereço e email), têm entre si justo e contratado o seguinte:

1. As partes submetem o seguinte litígio à arbitragem na forma da Lei nº 9.307/1996 com redação dada pela Lei nº 13.129/2015, motivo pelo que firmam o presente compromisso arbitral, convenção por meio da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, conforme define o artigo 9º do dispositivo legal supracitado.
2. De comum acordo, escolhem como árbitro(s) o(s) senhor(es)..... (nome, profissão e domicílio). Nota: No caso das partes terem delegado a indicação de árbitros a ADVANCE, deverá ser identificada conforme o inciso II do artigo 10 do dispositivo legal supracitado.
3. Ajustam que a matéria objeto da arbitragem será (descrever aqui o objeto da arbitragem, ou seja, o litígio existente entre as partes).
4. A sentença arbitral (conforme o artigo 23 da Lei nº 9.307/1996 com redação dada pela Lei nº 13.129/2015) será proferida em (indicar o local).
5. A arbitragem será realizada em (local ou locais).
6. De comum acordo, as partes autorizam o(s) árbitro(s) a julgar(em) por equidade (se assim for convencionado pelas partes na forma do artigo 2º da lei supracitada).

¹⁸ Disponível em: <http://advancecamara.com.br/compromisso-arbitral> acesso em 04 de março de 2017.

7. A sentença arbitral será apresentada até o dia, na forma do artigo 23 da Lei nº 9.307/1996 com redação dada pela Lei nº 13.129/2015, sob pena de extinção do compromisso arbitral, com observância do artigo 12, inciso III, do dispositivo citado.

8. As partes indicam os seguintes dispositivos ou regras corporativas aplicáveis à arbitragem, que poderão nela ser utilizados.

9. As partes estabelecem que os honorários do(s) árbitro(s), bem como as despesas com a arbitragem e eventuais honorários de perito(s), serão pagos da seguinte forma

Assim, por estarem justas e contratadas, firmam o presente compromisso, na presença de duas testemunhas a tudo presente, para que este surta seus efeitos legais e de direito”.

(local e data)

(assinatura das partes ou de quem as represente)

(assinatura de duas testemunhas)

Nota: Tal compromisso poderá ser feito através de instrumento público, com os mesmos requisitos constantes dos artigos 10 e 11 da Lei nº 9.307/1996 com redação dada pela Lei nº 13.129/2015.

7. DOS ÁRBITROS

Assim como as partes, devem comprovar o pleno gozo de sua capacidade, não seria diferente para o árbitro, que será a figura que vai resolver aquela demanda, que irá julgar a controvérsia. O artigo 13 da lei de arbitragem, dispõe que: **“pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”** (Grifo é nosso). Esse tópico é muito importante, pois diferentemente, como ocorre no poder judiciário, onde não se sabe qual o magistrado será o julgador, pelo menos a princípio não se conhece o juiz, no caso da arbitragem o (s) árbitro (s) podem ser escolhidos pelas partes, daí o critério da confiança.

No entanto, deve ser destacado, que a capacidade civil do árbitro, mencionado na primeira parte do artigo, são os mesmos, no tocante a exercer os atos da vida civil, pois a sua atuação está amplamente relacionada a uma série de implicações. Nessa esteira, o legislador mencionou o termo ‘confiança’, e sabemos que é um termo subjetivo, no entanto, acreditamos, que confiança está relacionada ao conhecimento específico daquela matéria a ser tratada no caso concreto, ou seja, que tenha capacidade técnica. Confiança na capacidade técnica do julgador

Os parágrafos seguintes do artigo ora comentado, dispõe de forma muito clara, como será a nomeação do (s) árbitro (s), o(s) número(s) de árbitro(s), enfim esclarece de forma didática todo o procedimento de escolha. Primeiramente, as partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes. E quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário onde a causa fosse acolhida, originariamente; o julgamento da nomeação do árbitro, aplica-se,

no que couber, o procedimento previsto no art. 7º da lei de arbitragem. Percebemos que, o poder judiciário será sempre chamado para sanar qualquer divergência ou desacordo.

Continuamos, então, no parágrafo 3º da lei de arbitragem, as partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros (*ad hoc*), ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada (institucional), como, em comum acordo, poderão afastar essa aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, co-árbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável. O árbitro ou o presidente do tribunal designará, se julgar conveniente, um secretário, que poderá ser um dos árbitros.

7.1. Das atribuições do árbitro

Ainda com relação ao árbitro o parágrafo 6º do artigo 13 da Lei de Arbitragem, dispõe que: **“no desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção”**. (Grifo é nosso)

A imparcialidade, nos ensinamentos de Ada Pellegrine Grinover é:

“mais do que simples atributo da função jurisdicional, é vista hodiernamente como seu caráter essencial; e, em decorrência disso, “a imanência do juiz no processo”, pela completa jurisdicionalização deste, leva à reelaboração do princípio do juiz natural, não mais identificado como um atributo do juiz, mais visto como pressuposto para a sua própria existência”.¹⁹

O cuidado que o legislador tem ao tutelar as funções do árbitro, demonstra qual a importância deste. De certo modo, todos podem pensar que as partes terão a confiança no árbitro e pronto, tudo está resolvido. Mas não é assim tão simples. O árbitro desempenha um papel importantíssimo no procedimento e decidirá assuntos relacionados, no que tange ao patrimônio das partes envolvidas, por exemplo. Então, o(s) árbitro(s) devem ter certos requisitos para o cumprimento de tal função.

Assim assemelhando-se aos juízes, o(s) árbitro(s) ao se submeterem a resolução de um litígio, conforme o artigo 14 da lei de arbitragem que menciona: **“estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e**

¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em sua unidade II**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 3.

responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil". (Grifo é nosso). Percebe-se que a Lei de Arbitragem atribui condutas bem próximas a de um magistrado.

Do artigo 144 ao 147 do Código de Processo Civil de 2015, dispõe sobre os impedimentos e a suspeição do magistrado e são dispositivos que se assemelham a conduta do árbitro. O parágrafo 1º do artigo 14 da Lei de Arbitragem dispõe sobre as pessoas indicadas para funcionar como árbitro, e que estas têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

Neste caso, encontramos o princípio da confiança, já comentado anteriormente, as partes por terem a confiança em determinado árbitro espera que o mesmo seja transparente. É de suma importância ressaltar que, o árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após à sua nomeação, quando: a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação.

Encontramos aqui outro princípio, o da "não surpresa". De certa feita, de acordo com o artigo 15 **"a parte interessada em arguir a recusa do árbitro apresentará, nos termos do art. 20, a respectiva exceção, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes"**. (Grifo é nosso). E sendo colhida a exceção, será afastado o árbitro suspeito ou impedido, que será substituído, na forma do art. 16 desta Lei.

O legislador acertando novamente, dispõe em seu artigo 17 da lei de arbitragem, que os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal. Desta forma, com essa equiparação poderá o árbitro responder por crime de prevaricação, concussão e corrupção passiva.

Insta salientar, que o árbitro, é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário é o que dispõe o artigo 18 da Lei de Arbitragem, art. 18. **"O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário"**. (Grifo é nosso)

Na primeira parte do artigo em estudo, o legislador afirma que o árbitro é juiz de fato e de direito. De certo que o árbitro não foi investido pelo Estado-Juiz, não prestou um concurso, enfim, no entanto, exerce ele, uma função próxima ao de um magistrado, quando está adstrito ao julgamento na arbitragem. O árbitro diante de um caso a ele apresentado, e, com sua experiência naquela matéria, que é a sua capacidade técnica, ou seja, conhecimento necessário para julgar aquele litígio, deve o árbitro se portar com discrição, serenidade e diligência. Já na

parte final do artigo 18, está disposto, o termo sentença, que é a sentença arbitral que é proferida após a realização da audiência, sentença essa, análoga a sentença deferida pelo Poder Judiciário.

8. DO PROCEDIMENTO ARBITRAL

Primeiramente, cabe destacar o entendimento de Joel Dias Figueira Júnior, com relação a vantagem obtida com o instituto da arbitragem, que seria:

Alcançada com facilidade, segurança, tecnicidade, rapidez, sigilo e economia, os objetos perseguidos pelos contratantes que, no plano nacional ou internacional, fizeram a opção pela jurisdição privada, através de cláusulas expressa, para dirimirem os litígios decorrentes do mesmo contrato²⁰.

Nessa esteira, surge uma pergunta: quando a arbitragem poderá ser considerada instituída? Respondendo: considera-se instituída a arbitragem, quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários é o que dispõe o artigo 19 da lei de arbitragem. O parágrafo 1º, que foi incluído pela Lei nº 13.129/15, diz que **“instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, adendo firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem”**. O parágrafo 2º, ordena que: **“a instituição da arbitragem interrompe a prescrição, retroagindo à data do requerimento de sua instauração, ainda que extinta a arbitragem por ausência de jurisdição”**. Parágrafo este que foi também incluído pela Lei nº 13.129/15. (Grifo é nosso)

Desta, forma, a lei declara que o momento inicial da arbitragem se dá com nomeação do(s) árbitro(s). De certo modo até o momento da escolha do(s) árbitro(s) as partes envolvidas poderão se socorrer do judiciário para tomar certas medidas. O parágrafo 2º, estabelece que com a instauração da arbitragem interrompe a prescrição, isto é, ocorre a perda da pretensão.

Na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem a parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo. E sendo acolhida a arguição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa. E se não,

²⁰ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem: jurisdição e execução: análise crítica da Lei: 9307/96**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1999.p. 89.

for acolhida a arguição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei é o que está disposto no artigo 20 da lei de arbitragem.

A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento e não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

Lembrando que serão respeitados, no procedimento arbitral, os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento, que são os princípios exaltados tanto na lei da arbitragem como no novo Código de Processo Civil.

As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral. Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 da lei de arbitragem.

Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício. Esse depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local, dia e hora previamente comunicados, por escrito, e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos árbitros. Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha que não cumpriu ao pedido, comprovando a existência da convenção de arbitragem.

De certo que a revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral. Ressalvado o disposto no § 2º. E havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa e, se, durante o procedimento arbitral, um árbitro vier a ser substituído fica a critério do substituto repetir as provas já produzidas.

9. DAS TUTELAS CAUTELARES E DE URGÊNCIA

O fulcro da arbitragem, em linhas gerais, é a busca da solução do litígio em tempo razoável, ou seja, deseja-se a celeridade, mesmo que, ainda seja economicamente inviável para a maioria das pessoas. Desta forma, não se admite recurso para reexaminar o mérito na arbitragem, com a exceção do recurso que visa apenas corrigir erro material ou esclarecer alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral.

É o que dispõe o artigo 30: **“no prazo de 5 (cinco) dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, salvo se outro prazo for acordado entre as partes, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral; II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão”** (Grifo é nosso).

O artigo 22-A, dispõe que: **“antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência”**, (Grifo é nosso).

Nessa esteira, então, o Poder judiciário pode conceder medidas cautelares ou de urgência antes do procedimento. No entanto, após a instauração do procedimento da arbitragem, cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão. Semelhante ao que ocorre no poder judiciário.

O artigo 22 -B estabelece que instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário. Vislumbra-se, portanto, que mesmo que as partes já tenham se submetido ao procedimento arbitral, não há óbice para recorrer ao Poder Judiciário para obter uma liminar ou medida cautelar.

10. DA CARTA ARBITRAL E DA SENTENÇA ARBITRAL

O artigo 22-C, também incluído pela lei 13.129/15 dispõe que “o árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro. E que no cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem.

Primeiramente o que vem a ser uma carta arbitral? Carta Arbitral é um instituto novo vindo do advento da lei 13.105/15, o CPC/15. É a forma pelo qual o árbitro pede a cooperação para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória, de acordo com o artigo 237, IV, do CPC/15.

Conforme dispõe o artigo 23 que, **“A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro”** (Grifo é nosso). No parágrafo 1º, os árbitros poderão proferir sentenças parciais e as partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo para proferir a sentença final de acordo com o parágrafo 2º. Ambos os parágrafos incluídos pela Lei nº 13.129, de 2015.

Desta forma, a sentença arbitral é proferida após a realização da audiência e que este prazo será pactuado pelas partes. E não sendo convencionado o prazo será de 6 (seis) meses. A sentença arbitral é deliberada por maioria dos votos e é redigida pelo Presidente do tribunal arbitral. O artigo 24-A da lei de arbitragem, dispõe que: **“a decisão do árbitro ou dos árbitros será expressa em documento escrito”** (Grifo é nosso). O parágrafo 1º, estabelece, que: “quando forem vários os árbitros, a decisão será tomada por maioria. Se não houver acordo majoritário, prevalecerá o voto do presidente do tribunal arbitral. Já o parágrafo 2º, “o árbitro que divergir da maioria poderá, querendo, declarar seu voto em separado”.

Os critérios obrigatórios da sentença arbitral são os mesmos da sentença que se estabelece no âmbito judicial: a) **O relatório**, que conterá os nomes das partes e um resumo do litígio; b) **Fundamentos da decisão**, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade; c) **O dispositivo**, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; d) A data e o lugar em que foi proferida.

A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato é o que dispõe o parágrafo único desta lei.

Nos ensina Carlos Alberto Carmona²¹, que: “a sentença arbitral conterá basicamente os mesmos requisitos da decisão final proferida pelo juiz togado”.

²¹ CARMONA. Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Malheiros. 1998. p. 37.

A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver, conforme o artigo 27 da lei de arbitragem.

E se, no decurso da arbitragem, as partes chegarem a um acordo quanto ao litígio, o árbitro ou o tribunal arbitral poderá, a pedido das partes, declarar tal fato mediante sentença arbitral, que conterá os requisitos do art. 26 da lei de arbitragem. E proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.

A sentença proferida não se sujeita a nenhum recurso. O artigo 30 da lei de arbitragem estabelece que no prazo de 5 (cinco) dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, salvo se outro prazo for acordado entre as partes, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: a) corrija qualquer erro material da sentença arbitral e b) esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão, semelhante aos Embargos de Declaração

O parágrafo único do artigo 30 da lei de arbitragem, esclarece que: o árbitro ou o tribunal arbitral decidirá no prazo de 10 (dez) dias ou em prazo acordado com as partes, aditará a sentença arbitral e notificará as partes na forma do art. 29 da lei de arbitragem. Nova redação desse parágrafo dada pela Lei nº 13.129, de 2015. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo, conforme o artigo 31 da lei de arbitragem.

As nulidades da sentença estão previstas no artigo 32 da lei de arbitragem e assoma as características da arbitragem, no que tange a segurança. Percebe-se também que são taxativos. São eles: a) for nula a convenção de arbitragem – aqui podemos entender como o não atendimentos dos requisitos obrigatórios do art. 10; b) emanou de quem não podia ser árbitro – trata-se, portanto, da capacidade do árbitro, podemos relembrar aqui a suspeição e o impedimento; c) não contiver os requisitos do art. 26 lei de arbitragem; d) for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem – certamente, por mais que as partes possam convencionar sobre todos os aspectos da arbitragem, ela não podem por exemplo exaurir os contornos do que

foi amplamente acordado; e) foi revogado; f) comprovado que foi proferida por prevaricação²², concussão²³ ou corrupção²⁴ passiva – está relacionado aos crimes previstos no código penal; g) proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei – está relacionado aos excessos de prazo, visto que um dos princípios basilares é a celeridade do procedimento arbitral; e h) forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º da lei de arbitragem.

A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei. O parágrafo 1º, dispõe que: “a demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum, prevista no novo CPC/15 e deverá ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos.

A sentença que julgar procedente o pedido declarará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32 da lei de arbitragem., e determinará, se for o caso, que o árbitro ou o tribunal profira nova sentença arbitral é o que dispõe o parágrafo 2º. O parágrafo 3º estabelece que a decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na impugnação ao cumprimento da sentença, nos termos dos artigos 525 e seguintes do CPC/15, se houver execução judicial.

E o parágrafo 4º diz que "parte interessada poderá ingressar em juízo para requerer a prolação de sentença arbitral complementar, se o árbitro não decidir todos os pedidos submetidos à arbitragem. Todos esses parágrafos foram incluídos pela Lei nº 13.129, de 2015.

10.1 Liquidação de Sentença Arbitral

Pensamos ser esse tópico de suma importância, pois ainda há muita discussão entre os estudiosos do tema. Em um artigo publicado por meio do Migalhas Leonardo Carneiro da Cunha abordou com clareza esse tema.

Em linhas gerais no momento de sua conclusão o professor nos explica que: “salvo convenção das partes em sentido contrário a liquidação está reservada à jurisdição arbitral”. Até

²² Prevaricação – Deve o agente praticar ou deixar de praticar, ou seja, atrasar, não praticando o ato no tempo devido, ou omitir-se de modo a não praticá-lo definitivamente.

²³ Concussão – é, no conceito tradicional, “uma espécie de extorsão praticada pelo funcionário público contra o particular, que cede ou virá a ceder *metu publicae potestatis*”

²⁴ Corrupção – é vantagem indevida, conceituada esta, por alguns como vantagem patrimonial representada por dinheiro ou qualquer outra utilidade, e para outros como qualquer benefício que possa satisfazer o desejo do agente. SALLES JUNIOR. Romeu de Almeida. **Curso Completo de Direito Penal**. 9ª ed, revista. São Paulo: Saraiva. 2002. págs 446, 441 e 443.

esse momento, não temos dúvidas. No entanto, ao finalizar seu raciocínio, o faz com certa cautela. Ele finaliza assim:

“Imagine a hipótese de a sentença arbitral ser líquida e, portanto, apta à execução. Basta pensar nos exemplos de sentença arbitral que imponha uma prestação de fazer ou de entrega de coisa certa. Instaurada a execução, e sobrevivendo o pedido de conversão da obrigação em perdas e danos (CPC, art. 499), surge a necessidade de uma liquidação incidental, um dos tantos incidentes cognitivos de competência do juízo da execução. Nesse caso, a competência é do juízo da execução: é dele a competência funcional para resolver os incidentes cognitivos da execução, e esse é mais um deles.²⁵”

Entendemos, que havendo, pois, uma cláusula arbitral onde haja a previsão de que todas as disputas entre as partes sejam submetidas à arbitragem, nada impede que seja a própria arbitragem invocada para eventual liquidação de sentença, ou seja, recomenda-se que, seja o mesmo Tribunal Arbitral deve ser apto para a liquidação.

No entanto, como o Tribunal Arbitral é formado no momento em que as partes firmam o compromisso e se dá por encerrado ao julgar a(s) controvérsia(s) trazidas pelas partes, o Tribunal Arbitral deixa de existir, ou seja ele é efêmero.

Então, pode ocorrer que: a) falte algum de seus membros; b) que uma das partes se oponha; c) pode a parte interessada na liquidação optar entre: c1) iniciar nova arbitragem, mesmo que seja com Tribunal diverso; c2) ou ainda executar, no Judiciário, a sentença arbitral anterior.

Entendemos que poderá existir um novo Tribunal Arbitral para tratar dessa execução, desde que as partes tenham anteriormente firmado um novo compromisso arbitral, com relação a liquidação, porém, surge uma dúvida será que a parte inadimplente fará? Pensamos que não, restando para a Justiça Comum essa ação de execução da sentença arbitral.

E, continuando com o raciocínio, e certamente a parte inadimplente, como dito anteriormente, não irá querer fazer um novo compromisso arbitral, o Estado-juiz deve cumprir seu fim que é a busca da paz social, entendemos, portanto que a intervenção da jurisdição estatal deve sim, ser justificada.

11. DO RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS

²⁵ <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI252299,91041-Liquidacao+da+sentenca+arbitral> Acesso em 18 de fevereiro de 2017

O artigo 34 lei de arbitragem, dispõe que: **“a sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei”** (Grifo é nosso). Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.

Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Superior Tribunal de Justiça redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015 – artigo 35.

O artigo 36 da lei de arbitragem, estabelece que: aplica-se à homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, no que couber, o disposto nos artigos 483 e 484 do Código de Processo Civil de 1973, observando que tais artigos sofreram alteração e que com o advento do CPC/15 os artigos são 961 e 965.

A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 319 do novo Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com: a) o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial; b) o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial, conforme o artigo 37 lei de arbitragem.

O artigo 38 lei de arbitragem. estabelece qual o momento que poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que: a) as partes na convenção de arbitragem eram incapazes, ou seja, um dos preceitos referente a esta lei está no artigo 1º que dispõe sobre a capacidade das partes, não havendo a capacidade, não estava dentro das regras estabelecidas na Lei de Arbitragem; b) a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida; c) não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa; d) a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem; e) a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória; f) a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.

A Lei nº 13.129, de 2015 deu nova redação ao artigo 39, estabelecendo que: “a homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar que”: a) segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem; b) a decisão ofende a ordem pública nacional.

E no seu parágrafo único estabelece que: **“não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa”** (Grifo é nosso).

Ainda de acordo com o artigo 40 da Lei de Arbitragem dispõe sobre, **“a denegação da homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira por vícios formais, não obsta que a parte interessada renove o pedido, uma vez sanados os vícios apresentados”** (Grifo é nosso). Esse artigo vai de encontro com o que o novo Código de Processo Civil almeja, que é a entrega da prestação jurisdicional, desta forma, basta que o vício seja sanado. Cabe aqui destacar que a denegação da homologação é como se fosse no processo contencioso o relativo a extinção do processo sem o julgamento do mérito – artigo 485 CPC/15.

CONCLUSÃO

Em suma, o procedimento arbitral ocorre assim:

1. A instauração se dá com requerimento onde a parte ou as partes fazem um requerimento por escrito conforme os requisitos do artigo 10, requisitos esses obrigatórios;
2. Em seguida é necessário o pagamento de uma taxa de abertura do procedimento, que fazendo uma comparação é como se fossem as custas processuais no órgão do Poder Judiciário;
3. A(s) parte(s) devem juntar todos os documentos pertinentes, como: o contrato ou cláusula compromissória, o comprovante do recolhimento das custas e cópias do requerimento quantas sejam necessárias;
4. Esse pedido será enviado para a secretaria da câmara (escolhida pelas partes por cláusula ou compromisso arbitral), onde será analisado, após análise as cópias do requerimento, do contrato serão enviadas as partes envolvidas e são chamadas a se manifestarem sua concordância por escrito expressamente com a instituição do juízo arbitral;

5. Será feita a indicação do(s) árbitro(s);
6. Dará prosseguimento a arbitragem;
7. Será assinado o termo de compromisso arbitral;
8. As custas do procedimento arbitral que não podem ser confundidas com a taxa de abertura;
9. Usa-se o termo requerente e requerido – após a assinatura do compromisso arbitral, é concedido às partes prazo para se manifestarem sobre as razões e devem ser acompanhadas de documentos em cópias para todos os envolvidos;
10. Produção de provas;
11. Alegações finais – depois da fase probatória, ou seja, encerrada essa fase, será designada a data da audiência.
12. Sentença – será proferida após a realização da audiência, prazo de 6 meses, caso não for outra a previsão;
13. A divulgação da sentença;
14. Apresentação de recursos (havendo a necessidade)

É cediço que o judiciário está repleto de processo, de inúmeras demandas. De certa forma, muitos culpam o judiciário pela lentidão, porém cabe aqui frisar, que muitos processos que ali estão, nem deveriam estar lá, visto, por exemplo, que há agências reguladoras, nos casos de planos de saúde, telefonia, por exemplo. Há até mesmo demanda por perda de bagagem! Sendo que em casos assim tudo poderia ser resolvido entre a empresa (companhia área) e o passageiro. Nos dias que correm é inadmissível que ainda aconteça casos assim, desta forma o Estado teria que dá um maior poder a essas agências para que não haja necessidade de buscar o judiciário.

Entendemos que a utilização da arbitragem, certamente é muito mais dinâmica, mais rápida, tem a confidencialidade, a escolha do (o) árbitro(s), a celeridade tão almejada por aqueles que entram em uma contenda, enfim, no entanto, é ainda muito onerosa para boa parte da população.

Na verdade, a busca por meios de resolução de conflitos, será uma mudança cultural, pois estamos todos acostumados ao litígio, de buscar a resolução de nossas demandas no judiciário, porém ao buscar a resolução junto ao Poder Judiciário a demanda é resolvida, por um juiz que resolve a demanda, porém, conflito pode ainda continuar, visto que por vezes as partes saem, de certa forma, não satisfeitas e com isso se utilizam dos recursos, dos inúmeros

recursos que há no nosso ordenamento jurídico. Somos eternos insatisfeitos com as decisões do juiz.

Na solução alternativa de conflitos as partes são conduzidas para buscarem uma saída que agrade ambas as partes. Todos os envolvidos vão em busca de resolver definitivamente aquele conflito.

Certamente há uma tendência mundial em busca de soluções alternativas. Os advogados devem estar atentos a essa tendência e estudar os aspectos jurídicos da arbitragem e outros modos de solução de controvérsias internacionais, e examiná-las, tendo em conta os desenvolvimentos atuais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Malheiros.1998.

CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário etimológico da língua portuguesa**. 4ª edição revista e atualizada de acordo com a nova ortografia. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem: jurisdição e execução: análise crítica da Lei: 9307/96**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em sua unidade II**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil vol. 1**. Tocantins: Intelectus. 2003.

LISBOA, Carlos. **Manual do árbitro**. São Paulo: Saraiva,1999.

SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Curso Completo de Direito Penal**. 9ª ed, revista. São Paulo: Saraiva. 2002.

SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de Direito Civil – Teoria Geral do Direito Civil – 1**, 8ª ed. São Paulo: Saraiva.2013.

SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2006.

WATANABE, Kazuo. **Controle jurisdicional e o mandado de segurança contra atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

Sites

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140> acesso dia 07 de fevereiro de 2017.

Disponível em: <http://ncmoodle.fgv.br/cursos/mediacao_arbitragem_moodle/pag_m2_aspectos_gerais_arbitragem/1_2_7.html> - acesso em 16 de fevereiro de 2107.

Disponível em: < <http://camara.fgv.br/conteudo/clusula-compromissoria-da-camara-fgv-de-mediacao-e-arbitragem> > - acesso em 04 de março de 2017.

Disponível em: < <http://advancecamara.com.br/compromisso-arbitral> > acesso em 04 de março de 2017.

Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI252299,91041-Liquidacao+da+sentenca+arbitral> > Acesso em 18 de fevereiro de 2017

**MARCO CIVIL DA INTERNET: JUDICIALIZAÇÃO E RETROCESSO NA
RESPONSABILIDADE POR ATO DE TERCEIRO DOS PROVEDORES DE
APLICAÇÃO**

**CIVIL MARCO INTERNET: JUDICIALIZATION AND SETBACK IN THE
RESPONSIBILITY FOR THE ACT OF A THIRD PARTY APPLICATION
PROVIDERS**

Beatriz Salles Ferreira Leite¹

Marco Antonio Barbosa²

Resumo: Discute-se a Lei 12.965/2014, especialmente o seu artigo 19³ e a exigência de ordem judicial para responsabilização civil das provedoras de aplicações, conforme denominação dada pelo referido artigo, por atos de terceiro, levando em conta a morosidade do Poder Judiciário brasileiro e a hipossuficiência e vulnerabilidade do consumidor. Focam-se, igualmente, os meios alternativos de solução de conflitos existentes no Brasil e no direito comparado, que poderiam ser meios mais rápidos e mais específicos para solucionar conflitos decorrentes das relações na rede. Conclui-se que pela disposição legal o direito da vítima lesionada parece ter sido mitigado em prol da liberdade de expressão e excluída a possibilidade de solução alternativa dos conflitos virtuais que deveria ser vislumbrada enquanto meio a ser considerado para que os danos não viessem a se estender por tempo demasiadamente longo, como ocorre nos julgamentos judiciais.

Palavras-chave: internet; Lei 12.965/2014; responsabilidade civil; ato de terceiro; necessidade de ordem judicial; solução alternativa de conflitos.

¹ Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU, especialista em direito processual civil pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU, Professora de Direito Civil no programa de graduação no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU/SP.

² Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Ex-Professor do Curso de Graduação em Direito e do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas.

³ Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Abstract: Discusses the Law 12.965/2014, especially its article 19 and the requirement of a court order for civil liability of providers of applications, as the name given to that article, by a third party acts, taking into account the length of the Brazilian Judiciary and the low sufficiency and consumer vulnerability. The focus is also the alternative means of conflict resolution existing in Brazil and in comparative law, which could be faster and more specific means to resolve conflicts arising from relationships in the network. It follows that the legal provision the right of the injured victim appears to have been mitigated for freedom of expression and ruled out alternative solution of virtual conflicts that should be envisioned as a means to be considered for the damage did not come to extend for too long, as in judicial judgments.

Keywords: internet, Law 12.965/2014; civil liability of a third party.

Introdução

A internet, cada vez mais utilizada, é um campo de larga importância, pois, através dela - a rede das redes-, parte significativa da sociedade consegue, principalmente, através de redes sociais, implicações em qualquer campo, tais como econômico, político e cultural. Possibilita a seus usuários o direito de informar e ser informado. Como afirma Paesani⁴:

A liberdade de informação tem sido definida como a mãe de dois direitos: de informar e ser informado. A informação deve ser observada sob o aspecto ativo e passivo. No primeiro caso, aborda-se a possibilidade de acesso aos meios de informação em igualdade de condições, possibilitando o *direito de expressar o pensamento e informar*, o aspecto passivo salvaguarda o *direito de assimilar e receber as notícias e as opiniões expressas por alguém*. Neste último caso, tem-se a liberdade de se informar (...). (grifo original)

Com certo grau de democracia, e às vezes, até em detrimento da proteção dos dados, o indivíduo (usuário) pode exercer seu direito de livre expressão na rede. Conforme Cunha, Marin e Sartor⁵, o grau de democracia de um país pode ser medido pela liberdade de expressão na Internet, veja-se, por exemplo, o Relatório do Relator Especial sobre a promoção e proteção

⁴ PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e Internet: liberdade de informação privacidade e responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.21

⁵ CUNHA, Mario Viola de Azevedo, MARIN, Luisa & SARTOR, Giovanni. *Peer-to-Peer Privacy Violations and ISP Liability: Privacy Violations in the User-Generated Web*. **Oxford Journals: International Data Privacy Law**, 2012, vol 2, No. 2, p. 50-67. Disponível em: <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/26279>. Acesso em 25/09/2014.

do direito à liberdade de opinião e de expressão da Organização das Nações Unidas⁶. Todavia, relatam os mesmos autores, que deve haver interação igualitária entre a privacidade e o direito de liberdade de expressão. Por conta de tal liberdade e com o crescimento do acesso nos últimos dez anos, a responsabilidade dos provedores de serviço *online* por fato de terceiro tem sido assunto crescente de discussões e debates por todo o mundo, tendo em vista que a produção e a distribuição do conteúdo gerado pelo usuário, infelizmente, não é sempre socialmente benéfico.

Com o uso da rede houve o crescimento de tipos de delitos e de danos patrimoniais e morais na mesma proporção em que se elevou o número de agentes com a popularização dos computadores pessoais, smartphones e serviços de comunicação. Isso porque, a “web 2.0”, como é chamada essa nova rede global de acesso à internet, tornou-se um fórum onde qualquer usuário, através de suas opiniões, pode efetivamente exercer seus direitos políticos, econômicos e civis. Com essa ampla gama de fornecedores de serviços na web, os agentes causadores de danos que mais merecem atenção são os provedores de internet.

Até há pouco tempo, sem legislação a respeito no Brasil, os casos eram resolvidos pelos tribunais, através da aplicação de leis civis e consumeristas, todavia, nem sempre as relações efetuadas pela rede eram de consumo, de modo que certos usuários não podiam pautar-se pelo Código de Defesa do Consumidor para pleitear seu direito. Isso resultou na confecção de jurisprudências a respeito do tema, donde se extraiu que vários poderiam ser os agentes causadores do dano⁷. Assim sendo, era grande a expectativa de uma lei que regulamentasse esse novo tipo de sociedade – da informação.

O presente ensaio aborda o modo em que se dá a regulamentação da rede pelo mundo, de forma geral, bem como a recente lei brasileira de nº 12.965/2014, que ficou conhecida como marco civil da internet interpretada juntamente com as demais leis civis, consumeristas e com as normas constitucionais, haja vista não ser ela (lei 12.965/2014) uma nova fonte de direitos da internet. Para maior entendimento, abordam-se de forma breve os tipos de responsabilidades adotados pelo Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista a sua proteção em virtude da vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor em relação aos provedores da internet. Analisa-se também a obrigatoriedade de decisão judicial específica imposta pelo art. 19 da Lei

⁶ <http://documents.latimes.com/un-report-internet-rights/>, acessado em 18/11/2014.

⁷ Em agravo de instrumento nº 673.346-4/7-00 do TJSP, determinou-se que a empresa Google identificasse e retirasse o proprietário de um blog pertencente a um membro de um de seus sites.

12.965/2014, para que o provedor seja responsabilizado por ato de terceiro, caso descumpra a determinação judicial, bem como, a onerosidade que causará ao consumidor.

1. Regulamentação da Internet pelo mundo

O projeto de Lei 21/2014, após diversas consultas públicas, foi aprovado no dia 22 de abril de 2014 como a Lei nº 12.965, para regulamentar os direitos e garantias do usuário da internet. Em que pese veiculação de discurso oficial segundo o qual a lei brasileira seria a pioneira em matéria de regulamentação da internet, outros países, inclusive na própria América Latina, como o Chile, por exemplo, já dispunham de uma legislação anterior à brasileira. Em agosto de 2010, o Chile⁸ se tornou o primeiro país no mundo a aprovar lei de regulamentação de internet tendo como base o princípio da neutralidade na rede. Significa que as empresas provedoras de internet não podem priorizar ou discriminar qualquer tipo de conteúdo que circula na rede. De outra parte, a França para controlar a difusão de conteúdos ilegais na internet, criou a Lei conhecida como Hadopi, em junho de 2009, que determina que constatada a infração de um usuário a Hadopi⁹ (alta autoridade para difusão de obras e proteção de direitos na internet) aborda o provedor de internet, que é tratado como responsável pelo usuário e solicita os dados de contato daquele usuário, que receberá uma primeira advertência por e-mail, seguida de carta e ação judicial se as infrações se repetirem. A legislação francesa é considerada internacionalmente como uma das mais rígidas neste assunto. Por sua vez, em 2010, a Espanha, ainda sob o impacto da crise econômica, promulgou em março, a lei de regulamentação do uso da internet em seu país, conhecida como Lei Sinde-Wert, que entrou em vigor em 2012. Ela permite ao Estado interromper o acesso à internet dos infratores e retirar os conteúdos que violem a propriedade intelectual de terceiros. Nos Estados Unidos da América existem discussões para regulamentação da internet desde o ano de 1990, talvez, por esta razão, não exista lei única a tratar do assunto. Os Estados Unidos são o país que mais possui leis esparsas para regulamentação da rede. Com a promulgação de diversas leis, tais como a *Communications Decency Act e a Digital Millennium Copyright Act, Children's Online Privacy Protection*, busca-se, em síntese, o controle mais amplo das formas de acesso à rede por meio do aumento de controle e poder da governança estadunidense na internet e facilita-se qualquer tipo de ação contra suposta violação de direitos autorais na internet. Por outro lado, ativistas da rede

⁸ Lei 20.453/2010

⁹ Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des Droits sur Internet.

enxergam nessas leis certo caráter inconstitucional sob a ótica extraterritorial, pois ferem os direitos internacionais e fixam penas desproporcionais, como a prisão no caso de troca de arquivos¹⁰.

Diante dessa breve comparação, é possível concluir que o Brasil possui posição mais amena com relação à responsabilização dos provedores de internet, principalmente no que toca aos danos causados por terceiro. Por esta razão, necessário breve estudo sobre a responsabilidade civil nas relações de consumo brasileiras e sua aplicação conjunta com o marco civil da internet.

2. Aplicabilidade de demais normas à Lei 12.965/2014

A Lei 12.965/2014 tem como um de seus fundamentos garantidos pelo art. 2º¹¹, inciso V, a defesa do consumidor. Desta forma, afirma Cláudia Lima Marques¹² que deverá haver o diálogo entre as fontes da Constituição Federal do Brasil, Código Civil, Código de Defesa do Consumidor em complementação ao marco civil.

A teoria do diálogo das fontes surgiu na Alemanha, e foi idealizado por Erik Jayme, professor da Universidade de Helderberg, e trazido para o Brasil por Cláudia Lima Marques. A ideia é estudar o Direito como um todo, de forma organizada, e não separadamente através de cada lei, sem interação entre todas elas, até porque, a aplicação de uma lei não exclui a aplicação de outras sobre o mesmo tema, sendo que o ponto central do diálogo é a complementação das normas. Nas palavras de Cláudia Lima Marques¹³:

‘Diálogo’ porque há influências recíprocas, ‘diálogo’ porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato – uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes).

¹⁰ SEGURADO, Rosemary, LIMA, Carolina S. Mandu, AMENI, Caue. *Regulamentação da internet: perspectiva comparada entre Brasil, Chile, Espanha, EUA e França*. **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**. Rio de Janeiro, p.1-21. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/hcsm/2014nahead/0104-5970-hcsm-S0104-59702014005000015.pdf>. Acesso em 12.09.2014.

¹¹ Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: I - o reconhecimento da escala mundial da rede; II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; III - a pluralidade e a diversidade; IV - a abertura e a colaboração; V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VI - a finalidade social da rede.

¹² MARQUES, Cláudia Lima in LEITE, George Salomão e LEMOS, Ronaldo (coordenadores). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Altas, 2014, p.470.

¹³ MARQUES, Cláudia Lima, *Manual de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª Ed., 2012, p. 118.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIn 2.591¹⁴, concluiu pela constitucionalidade da aplicação do CDC a todas as atividades bancárias e reconheceu a necessidade atual do diálogo das fontes, em relação ao alegado confronto entre lei complementar disciplinadora da estrutura do sistema financeiro e o CDC. Mais especificamente quanto ao tema objeto deste ensaio, o artigo 3º da Lei 12.965/2014 possibilita a abertura do regulamento ao uso da internet a outras leis existentes. Desta forma, o diálogo das fontes: “método segundo o qual devem ser todas as normas interpretadas conforme a Constituição e seus valores”¹⁵, tem total aplicação em prol da defesa do consumidor.

A interatividade do meio eletrônico ocorre em larga escala pelo custo do acesso à internet, acesso às informações (p.ex. livros possíveis de se fazer *download* gratuitos), sendo que sua troca é bastante facilitada através de e-mails e das redes sociais (Facebook e Instagram, p.ex.), todavia, também foi capaz de aumentar a vulnerabilidade informacional do consumidor. Ainda segundo Cláudia Lima Marques,¹⁶:

O princípio da vulnerabilidade é a “pedra de toque” para a regulamentação das relações entre consumidores e fornecedores. A Política Nacional das relações de Consumo reconhece que o consumidor é a parte mais fraca, o contratante vulnerável, e por isso precisa ser protegido em seus direitos, garantias, saúde, segurança e informação (art. 4º do CDC). (...) A finalidade desse princípio é proteger o consumidor nas relações de consumo, que são formadas com desigualdade entre as partes contratantes.

Diante deste cenário, e, tendo em vista que o usuário da rede efetua contratos de prestação de serviços e produtos com os fornecedores (provedores), merece ser resguardado pelo Código de Defesa do Consumidor em complementação à Lei que regula o uso da internet (Lei 12.965/2014). Para isso o CDC acolheu a teoria da responsabilidade objetiva como regra, que será abordada no item seguinte.

3. A responsabilidade objetiva do CDC – o risco da atividade

¹⁴ Relatoria do Min. Joaquim Barbosa: “Não há, a priori, por que falar em exclusão formal entre essas espécies normativas, mas, sim, em ‘influências recíprocas’, em ‘aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente.”

¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima in LEITE, George Salomão e LEMOS, Ronaldo (coordenadores). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Altas, 2014, p.477.

¹⁶ MARQUES, Cláudia Lima in LEITE, George Salomão e LEMOS, Ronaldo (coordenadores). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Altas, 2014, p.483.

Nos ensinamentos de Lisboa¹⁷, responsabilidade é o dever jurídico de recomposição do dano causado à vítima. No caso específico aqui tratado, é o dever de recomposição do dano causado ao consumidor. Seja dano patrimonial seja extrapatrimonial. Sem aprofundar o tema, pois este não é o objetivo deste trabalho, em linhas gerais, a lei 8078/90, que trata das relações de consumo, adotou como regra a teoria da responsabilidade objetiva, ou seja, aquela que não apura a culpa do fornecedor de produtos e serviços, mas a presume, para que haja maior proteção do consumidor que é tecnicamente hipossuficiente e vulnerável em relação aos fornecedores. Por óbvio que cabe prova em contrário contra tal presunção, contudo o ônus recai sobre o fornecedor, e as matérias que podem ser alegadas, nominadas de excludentes de responsabilidade, são enumeradas na referida lei, em seu art. 14, §3º¹⁸. Ao visar aplicação desta teoria para a relação de consumo ocorrida por meio da internet, já que os usuários dos serviços são consumidores, percebe-se que a lei 12.965/2014 eliminou a sua aplicação pela disposição do art. 18. Ela retira do provedor de conexão a responsabilidade objetiva em caso de dano causado por fato de terceiro. Também, não se discute aqui a propriedade de tal orientação da nova lei, mas como se pode notar, de primeiro plano, ou seja, sem a apuração de culpa, o provedor de conexão não será responsabilizado por ocorrência de dano causado por ato de terceiro¹⁹.

A jurisprudência parecia andar em sentido oposto no que toca à responsabilidade dos provedores por ato de terceiro. Segundo o ministro Marco Buzzi, as ferramentas de controle oferecidas pelo proprietário de site de relacionamento contra a prática de abusos devem ser realmente eficazes. Ao não as desenvolver, argumenta, o provedor assume integralmente o ônus pela má utilização dos serviços e responde pelos danos causados (AREsp 121.496).

Em outro Recurso Especial (REsp 1.192.208), a Ministra Nancy Andrihgi reconheceu a relação de consumo entre o provedor e o usuário, porém estabeleceu limites para a responsabilidade da empresa, que deve garantir o sigilo, a segurança e inviolabilidade dos dados

¹⁷ LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas relações de consumo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.26.

¹⁸ 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. § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo de seu fornecimento; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi fornecido. § 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas. § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

¹⁹ Art 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

cadastrais, mas precisa remover conteúdo ilícito assim que solicitado. Parecia ter se firmado na corte do STJ o prazo de 24 horas para a retirada do ar de material considerado ofensivo. No acórdão paradigma, um perfil falso denegria a imagem de uma mulher e foi denunciado por ferramenta do próprio *site*, demorando mais de dois meses para que o conteúdo fosse retirado do ar (REsp 1.323.754). O mesmo entendimento quanto ao prazo de remoção de conteúdo ilícito foi seguido pelo REsp 1.306.157.

Assim, em análise ao disposto no art. 19 da Lei 12.965/2014, todas estas orientações jurisprudenciais, à primeira vista, cessariam de valer diante da nova redação do artigo 19 do Marco Civil, pois o provedor de aplicações é protegido de responder pelo conteúdo ilícito que hospeda, mesmo após comunicação extrajudicial com intuito de retirada do conteúdo ofensivo do ar.

O consumidor que teve seu direito da personalidade atingido deverá procurar obrigatoriamente as vias judiciais para resolver seu problema. E aqui chegamos ao ponto que este ensaio pretende analisar, pois, logo adiante, no artigo 19 da mesma lei, é prevista a obrigatoriedade de o consumidor de serviços e produtos buscar decisão judicial para que obtenha a responsabilização do provedor de aplicação de internet em casos de ato de terceiro²⁰ ou seja, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. Somente neste caso, o provedor de aplicações será responsável por ato de terceiro, o que parece ser uma exceção à regra do CDC em favor da liberdade de expressão. A seguir, portanto, brevemente aborda-se a responsabilidade civil sobre fato de terceiro.

4. Breve nota sobre a responsabilidade por ato de terceiro no Código de Defesa do Consumidor

²⁰ Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Entende-se por terceiro aquele que não participou do contrato firmado entre as partes. No caso da internet, aquele que não fez parte da obrigação nascida entre provedor e usuário quando da utilização da rede. A responsabilização dos fornecedores de produtos e serviços em relação a atos causados por terceiro só será afastada quando comprovadamente a culpa for exclusiva de terceiro. Para tanto, o consumidor sempre poderá acionar judicialmente o provedor, pois é mais fácil sua identificação, e também é economicamente mais favorável ao usuário em casos de ressarcimento de danos.

Imagine-se para o usuário ter que identificar o terceiro causador do dano. Na rede são muito comuns criações de perfis falsos, com dados inexistentes, de modo que muitas vezes a identificação do agente se torna quase impossível. Já para o provedor existe certa facilidade de encontrar o causador do evento danoso por registro de número de IP. Por isso, a responsabilização do provedor por fato de terceiro existe para que o consumidor – usuário da rede – possa ser ressarcido com maior segurança, caso a culpa pelo dano não seja exclusiva de terceiro. Desta forma, sempre se tem em mente uma ação judicial do usuário contra o provedor de aplicações, que deverá comprovar a culpa exclusiva de terceiro.

5. A obrigatoriedade do acionamento do Poder Judiciário (art. 19 da Lei 12.965/2014)

Primeiramente deve-se esclarecer quem é considerado provedor de aplicação. A Lei 12.965/2014 enumerou alguns tipos de provedores e no art. 5º²¹ os conceitua. Segundo a definição de Rocha²² o provedor de aplicações proporciona ao usuário serviços de diversas funções, tais como armazenamento de dados, serviços de mensagens eletrônicas,

²¹Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se: I - internet: o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes; II - terminal: o computador ou qualquer dispositivo que se conecte à internet; III - endereço de protocolo de internet (endereço IP): o código atribuído a um terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais; IV - administrador de sistema autônomo: a pessoa física ou jurídica que administra blocos de endereço IP específicos e o respectivo sistema autônomo de roteamento, devidamente cadastrada no ente nacional responsável pelo registro e distribuição de endereços IP geograficamente referentes ao País; V - conexão à internet: a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP; VI - registro de conexão: o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados; VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet; e VIII - registros de acesso a aplicações de internet: o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP.

²² ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira in LEITE, George Salomão e LEMOS, Ronaldo (coordenadores). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Altas, 2014.

disponibilização de conteúdos, acesso à informação. Desta forma, pode-se dizer que o provedor de aplicações oferece serviços e conteúdo, mas não o acesso à internet. Uma vez esclarecido o que é um provedor de aplicação, já se torna possível discutir sobre a responsabilidade deste por fato de terceiro, que foi afastada como regra e só será aplicada em caso de, após ciência do conteúdo, o provedor de aplicação não o retirar da rede. Resta perguntar qual a razão da necessidade de ordem judicial específica para cada caso de conteúdo ilícito uma vez que isso parece prejudicar o consumidor?

A vulnerabilidade do consumidor já era reconhecida no mundo off-line, e no mundo on-line, ela também está presente, e, como relata Cláudia Lima Marques²³ é tratada como vulnerabilidade informacional. E merece especial atenção dada à rapidez e à globalização do novo mundo virtual. Assim, o questionamento deste ensaio é saber se a obrigatoriedade de decisão judicial, conforme a redação do art. 19 é favorável ao consumidor, lembrando-se que o texto legal sustenta que tal determinação visa proteger a liberdade de expressão, mas, de outro ponto de vista, torna-se onerosa ao consumidor.

Explica-se. O Poder Judiciário brasileiro identifica-se como instituição sobrecarregada de demandas de toda ordem e bastante morosa, para não se falar também dos altos custos implicados para o seu acionamento. Uma ação de conhecimento, que seria aquela a ser proposta para obter-se a determinação que prevê o art. 19 para a apuração de culpa leva, em média, três anos para ser concluído em primeira instância. Já em segunda instância, pode demorar mais três anos, dependendo do acervo de processos do relator sorteado.²⁴

Diante desse quadro, é necessário questionar o tempo que levará para o consumidor conseguir ser ressarcido pelo dano causado por terceiro, caso confirmada a responsabilidade do provedor de segurança, pelo cometimento do dano. Afirma-se isso porque muitas vezes os prestadores de serviços não o fazem com boa qualidade e preocupação com o consumidor. Com a obrigatoriedade de uma decisão judicial específica para que seja atribuída a responsabilidade a um provedor de aplicação, parece que a situação lhe favoreceu sobremaneira. Sem falar dos custos gerados por uma demanda judicial. Além de se dever reconhecer que a velocidade da prestação do serviço judiciário é muito aquém daquela de propagação e perpetuação de danos

²³ MARQUES, Cláudia Lima in LEITE, George Salomão e LEMOS, Ronaldo (coordenadores). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Altas, 2014, p.473.

²⁴ A assessoria de imprensa do Tribunal de Justiça de São Paulo informou que através de levantamento feito pelo próprio Tribunal, no ano de 2013, foram julgados quase 700 mil recursos²⁴. Na tabela abaixo é possível observar a quantidade de processos existentes na primeira vara cível do foro central de São Paulo, o maior do país: 10.378, sendo 7.053 processos de conhecimento²⁴.

causados na internet. Junte-se a isso que o art.19 impõe outro requisito para a responsabilização do provedor de aplicações de internet: se, após a decisão judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente.

Em exemplo bastante didático, Sartor²⁵ faz a seguinte suposição: que o provedor, mesmo após tomar conhecimento de que o conteúdo é ilegal, faz as contas de seu lucro antes de removê-lo. Se o conteúdo ilegal permanecer “on line” e lhe trouxer mais benefício econômico do que eventual multa ou indenização que tiver que pagar à vítima, o provedor manterá o material na rede. Assim, essa é outra dificuldade que o consumidor hipossuficiente e vulnerável terá de enfrentar. Até porque, o consumidor de modo geral é tratado com certa desídia pelos fornecedores de produtos e serviços. Para reforçar este sentimento latente na sociedade, Almeida, apud Lisboa, ²⁶ afirma: “O desprezo pelos interesses econômicos dos consumidores constitui a parte mais visível da sua desproteção. Os prejuízos materiais efetivos ou potenciais dos consumidores interferem em todos os momentos de contato entre fornecedor e adquirente ou utente de bens ou serviços”.

Podem as empresas, inclusive, apoiar-se na necessidade da ordem judicial para tomar qualquer atitude. Para comprovar tal assertiva, segue exemplo de julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, onde o Facebook utilizou este recurso, ou seja, notificado extrajudicialmente pela vítima, não tomou qualquer atitude para remover fotos que envolviam grave ofensa aos direitos da personalidade (fotos com apelo sexual)²⁷. Tal requerimento se deu, em primeiro plano, de forma extrajudicial, a citada rede social, através de e-mail. Diante da inércia do provedor, a

25 SARTOR, Giovanni. *Providers' liabilities in the new EU Data Protection Regulation: A threat to Internet freedoms?* **International Data Privacy Law** (2013) 3 (1): 3-12 first published online December 11, 2012 doi:10.1093/idpl/ips034. Disponível em: idpl.oxfordjournals.org. Acesso em 18/09/2014. P.7

26 SENISE LISBOA, Roberto. *Responsabilidade Civil nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2ª Edição, 2007. p. 247.

27 Apelação nº: 0018308-22.2013.8.26.0037. RESPONSABILIDADE CIVIL. INTERNET. PERFIL FALSO. IMAGENS VEXATÓRIAS. DEMORA NA EXCLUSÃO. RESPONSABILIDADE DA PROVEDORA DO SERVIÇO. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. Prolongação injustificada de divulgação de fotos íntimas e dados pessoais da autora em perfil de rede social. Insurgência contra sentença de procedência. Manutenção. Ilicitude verificada diante da inércia da provedora em excluir o perfil falso quando comunicada. Danos morais evidentes. Fotos com apelo sexual. Suficiência e razoabilidade do quantum indenizatório. Condenação às verbas da sucumbência mantida. Recurso não provido. (...). Como bem fundamentado na r. sentença apelada, a responsabilidade da empresa provedora da rede social não advém da criação do perfil falso, nem do dever de monitoramento ou filtro do conteúdo das informações publicadas no Facebook, mas sim da injustificável demora em providenciar a exclusão dos dados após comunicada acerca da ilicitude pela vítima. No caso, é inquestionável que em 01 de agosto de 2013 a apelante já tinha notícia da falsidade do perfil e de seu conteúdo difamatório. Para tanto, basta a leitura do email confirmatório do recebimento da denúncia realizada pela autora no site requerido a fls. 28. Preferiu, todavia, aguardar decisão judicial para providenciar a exclusão requerida, da qual somente foi intimada em 30/09/2013 (fl. 32). (...).

vítima se viu obrigada a recorrer ao Poder Judiciário para que tivesse suas fotografias retiradas da rede. Importante ressaltar que a demora na remoção do conteúdo ilícito foi de sessenta e um dias para que o Facebook tomasse a primeira providência para atender ao pedido da vítima. Pode-se ter ideia do tamanho do dano sofrido, dada à velocidade de propagação de dados da internet. Muito parece que os provedores tornar-se-ão meros cumpridores de ordens judiciais para que saiam ilesos de qualquer dano gerado por terceiro.

Outro fato analisado por Rocha²⁸ é que o Brasil, diferentemente de outros países, determinou que somente a ciência judicial para remoção será determinante para sua responsabilização. A Espanha, por exemplo, adotou através da Lei 34/02, em seu artigo 16 três possibilidades de ciência para o reconhecimento do ilícito: (i). Através de ordem judicial que declare a ilicitude do conteúdo; (ii). Através de conhecimento do próprio provedor por meio de seus regulamentos internos de segurança; (iii). Através de outros meios que possam ser razoavelmente estabelecidos. Ressalta o mesmo autor, ainda que, no caso de conteúdos virais, ou seja, que se repliquem e se multipliquem em progressão geométrica em diversas redes sociais, a ordem judicial pode ser nula. Isso porque, a cada replicação e difusão, seria necessária nova ordem judicial, e assim, sucessivamente, o que torna a tentativa de retirar o conteúdo das redes, tarefa impossível, e assim mesmo, o provedor não seria responsabilizado. Sugere²⁹:

Levando em conta tal situação, seria mais adequada uma mitigação nos imperativos de especificidade da ordem judicial. No caso de conteúdos virais, para garantia da ordem judicial, seria recomendável a identificação clara e precisa do conteúdo infringente e, tão somente, suas inequívocas localizações originárias, restando ao provedor de conteúdo, nos limites de suas possibilidades técnicas, o dever de realizar a indisponibilidade das informações infringentes quando possível reconhecer, indubitavelmente, que, ainda que noutra localização para além das posições iniciais, o conteúdo é uma replicação daquele judicialmente considerado como infringente.

Vai-se além. As relações contratuais ocorridas no meio eletrônico não são apenas territoriais, mas podem se estender para todo o exterior. Tal fato parece dificultar ainda mais, para o consumidor, uma batalha judicial, que, na busca de seus direitos, ainda terá que se sujeitar a normas que não são do país. Por esta razão, questiona-se se não seria mais razoável a tentativa de uma composição amigável para a solução de conflitos, que parece ter sido afastada com a obrigatoriedade de decisão judicial para responsabilização civil nos moldes do art. 19 da Lei 12.965/2014. O acesso ao judiciário está garantido constitucionalmente ao cidadão pelo art. 5º,

²⁸ ROCHA, Francisco Ilidio Ferreira in LEITE, George Salomão e LEMOS, Ronaldo (coordenadores). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Altas, 2014, p. 835-836.

²⁹ ROCHA, Francisco Ilidio Ferreira in LEITE, George Salomão e LEMOS, Ronaldo (coordenadores). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Altas, 2014, p. 837.

inciso XXXV da Constituição Federal, e é uma liberalidade de cada um, de modo que, se não se sentir confortável em uma solução amigável, o acesso à justiça já está garantido ao cidadão.

Não se deve esquecer, por óbvio, da Lei 9.099/95, que trata do procedimento dos Juizados Cíveis e Criminais, referente às causas de valores até 40 salários mínimos nos casos cíveis e dos crimes de menor potencial ofensivo na esfera penal, adotado na década de 90 para acelerar tais demandas. Entretanto, hoje esses juizados estão sobrecarregados, sendo que a primeira audiência (de conciliação) vem sendo agendada para quatro meses após a propositura da ação, em casos de ressarcimento por danos materiais e morais sem pedido de tutela antecipada. Diante das dificuldades apontadas, questiona-se se a solução alternativa de conflitos não seria mais adequada para o consumidor nos casos menos graves em que o dano seja exclusivamente patrimonial, ou mesmo naqueles em que não há grave ofensa aos direitos da personalidade.

Não se nega a importância da liberdade de expressão, nem tampouco parece que tal direito seja ofendido ou mitigado se o conflito for resolvido por meios alternativos de solução amigável. Até porque, no debate sobre a regulação da internet na Conferência Mundial de Telecomunicações, em dezembro de 2012, nos dizeres de Segurado³⁰:

O bloco liderado por China, Rússia, Irã e, até mesmo, Brasil, votou a favor do projeto das ITRs, que pode abrir precedentes perigosos. Segundo lemos (2013), o texto “abre as portas para a censura, como um dispositivo sobre a chamada ‘inspeção profunda de pacotes’, técnica usada por países como China e Irã para vigiar cidadãos”. Nos EUA, a informação repercutiu negativamente, tendo sido abordada no editorial de um dos jornais de maior circulação no país, o Wall Street Journal, que definiu o resultado do encontro como a primeira grande derrota digital dos EUA e instaurou uma espécie de Guerra Fria Digital.

Desta forma, ousa-se questionar se a obrigatoriedade da busca à justiça e com a necessidade de ordem judicial específica seria realmente em prol da liberdade de expressão, ou por outros motivos, como o favorecimento econômico das grandes empresas provedoras, por exemplo.

³⁰ SEGURADO, Rosemary, LIMA, Carolina S. Mandu, AMENI, Caue. *Regulamentação da internet: perspectiva comparada entre Brasil, Chile, Espanha, EUA e França*. **Historia, Ciências, Saúde – Manguinhos**. Rio de Janeiro, p.1-21. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/hcsm/2014nahead/0104-5970-hcsm-S0104-59702014005000015.pdf>. Acesso em 12.09.2014.

Considerações finais

Diante de tudo o que se abordou, é possível concluir que com a edição da Lei 12.965/2014, houve favorecimento da liberdade de expressão em detrimento dos direitos individuais da personalidade. As empresas fornecedoras de produtos e serviços de internet obtiveram grande benefício quanto à responsabilização por atos de terceiro, haja vista a necessidade de ordem judicial específica para sua responsabilização (art. 19, Lei 12.965/2014), principalmente diante da vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor. Enquanto largamente se sustenta que o mundo atual visa à celeridade na solução de conflitos por meios alternativos, com o objetivo de desafogar o as relações processuais, a lei 12.965 de 2014 veio, aparentemente na contramão da tendência de agilidade e simplificação na solução de conflitos, impor a judicialização para se resolver mesmo os mais mezinhos desacertos entre consumidor e prestador de serviço da internet.

Entende-se que nos casos em que a vítima ou a empresa não queiram tratar do assunto de forma amigável, ou nos casos de maior gravidade, sempre poderiam recorrer ao Poder Judiciário, de acordo com sua vontade, diante da inafastabilidade da apreciação dos direitos, garantido constitucionalmente (art. 5º, inciso XXXV da CF). Assim sendo, talvez fosse mais razoável para o consumidor da sociedade da informação o incentivo às empresas provedoras à utilização de meios alternativos e amigáveis para a solução de conflitos, ao invés de onerar o usuário com a busca judicial pela responsabilização por todos os motivos já expostos. Porque não seguir o exemplo dos EUA ou da França, que possuem Comissões específicas (Hadopi) que abordam o provedor para chegarem ao terceiro causador do dano? Ou, até mesmo, como sugere Sartor³¹, o julgamento da ilegalidade poderia ser substituído por um mecanismo que convidasse as partes - a vítima, o causador do dano (*uploader*) e o provedor para fazer ajustes extrajudiciais, chegando a um acordo que atenda a todos os envolvidos, sem prejuízo da liberdade de expressão, e tão somente para equilibrar a hipossuficiência e vulnerabilidade do consumidor.

Referências bibliográficas

SARTOR, Giovanni. *Providers' liabilities in the new EU Data Protection Regulation: A threat to Internet freedoms?* **International Data Privacy Law** (2013) 3 (1): 3-12 first published online December 11, 2012 doi:10.1093/idpl/ips034. Disponível em: idpl.oxfordjournals.org. Acesso em 18/09/2014.

BEZERRA, Arthur C, WALTZ, Igor. *Privacidade, neutralidade e inimizabilidade da internet no Brasil*. Eptic Online, 16 (2) 2014, p. 158-171.

CUNHA, Mario Viola de Azevedo, MARIN, Luisa & SARTOR, Giovanni. *Peer-to-Peer Privacy Violations and ISP Liability: Privacy Violations in the User-Generated Web*. **Oxford Journals: International Data Privacy Law**, 2012, vol 2, No. 2, p. 50-67. Disponível em: <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/26279>. Acesso em 25/09/2014.

LOURENCO, Shandor P. *A responsabilidade civil extracontratual dos provedores pelos danos causados através da internet*. Congresso Nacional do CONPEDI, XVI, 2007, p. 487-503.

MARQUES, Cláudia Lima. In LEITE, George Salomão e LEMOS, Ronaldo (coordenadores). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Altas, 2014.

NUNES, Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor*. 8ª Ed. Saraiva, São Paulo, 2013.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e Internet: liberdade de informação privacidade e responsabilidade civil*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ROCHA, Francisco Ilidio Ferreira in LEITE, George Salomão e LEMOS, Ronaldo (coordenadores). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p.817-845.

SARTOR, Giovanni. *Providers' liabilities in the new EU Data Protection Regulation: A threat to Internet freedoms?* **International Data Privacy Law** (2013) 3 (1): 3-12 first published online December 11, 2012 doi:10.1093/idpl/ips034. Disponível em: idpl.oxfordjournals.org. Acesso em 18/09/2014.

SEGURADO, Rosemary, LIMA, Carolina S. Mandu, AMENI, Caue. *Regulamentação da internet: perspectiva comparada entre Brasil, Chile, Espanha, EUA e França*. **Historia, Ciências, Saúde – Manguinhos**. Rio de Janeiro, p.1-21. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/hcsm/2014nahead/0104-5970-hcsm-S0104-9702014005000015.pdf>. Acesso em 12.09.2014.

SEGURADO, Rosemary. *Entre a regulamentação e a censura do ciberespaço; ponto-e-vírgula*, 9: 52-70, 2011. Disponível em: revistas.pucsp.br/index.php/pontoevirgula/article. Acesso 21.09.2014.

SENISE LISBOA, Roberto. *Responsabilidade Civil nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2ª Edição, 2007.

**TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E DA COMUNICAÇÃO (TIC),
DIREITOS HUMANOS E AMBIENTE**
**INFORMATION AND COMMUNICATION TECHNOLOGY (ICT),
HUMAN RIGHTS AND ENVIRONMENT**

Carlos Alberto Molinaro¹

Resumo: O texto pretende apontar alguns problemas sobre o entendimento dos Direitos Humanos na perspectiva de direitos culturais confrontados com as Tecnologias da Informação e da Comunicação (TIC) nessa tão exclusiva Sociedade do Conhecimento. A metodologia empregada aloca uma parcial revisão bibliográfica sobre o tema, bem como o estudo tem como pano de fundo o contexto da sociedade global posta em perigo por emitente colapso ambiental.

Palavras-Chave: Direitos Humanos. TIC. Sociedade Global. Exclusão.

Abstract: The text intends to show some problems about the comprehension of Human Rights in the perspective of cultural rights confronted with Information and Communication Technologies (ICT) in this so exclusive Knowledge Society. The methodology employed allocates a partial bibliographical review on the subject, as well as the study has as background the context of global society endangered by issuing environmental collapse.

Keywords: Human Rights. ICT. Global Society. Exclusion.

1. Complexidade e Direitos Humanos: um conceito em permanente construção

Em um cenário de crescente complexidade – na formulação e proteção dos direitos humanos – o discurso dos direitos humanos inflecte o contemporâneo discurso do Estado de Direito, da Democracia, da Globalização, da Proteção Ambiental (Besson, 2011; Spilker, 2013). Encontrar os fundamentos dos direitos humanos leva, necessariamente, aos fundamentos dessas categorias políticas (Lenzerini, 2014). Por isso mesmo, não mais é possível pensar um Estado de Direito sem levar em conta a proximidade e importância dos direitos humanos. Nesse sentido, devemos pensar o Estado como sujeito de *direito das gentes* (portanto, bem incluído e identificado na ordem internacional), bem como devemos pensá-lo enquanto pessoa política na

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1974), Especialista em Direito Público e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2005-2006), Doutor em Direito, summa cum laude, com acreditação de "Doctor Europeo" (DERECHOS HUMANOS & DESARROLLO 2a. Edición) - Universidad Pablo de Olavide (2001-2005) revalidado em 2007 pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor na Graduação e Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado, da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pesquisador do NEDEF-PUCRS. Tem experiência na área de Filosofia e Teoria Crítica do Direito, Direito Ambiental, Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional. Linha de pesquisa: Deontologia e Direitos Fundamentais. Perímetros de intrusão entre o Direito Público e o Privado. Direito Ambiental. Princípios Constitucionais e Políticas Públicas. Teoria da Cultura e Direitos Humanos. Fundamentos dos Direitos Humanos e o "giro" Dentológico. Relações entre Direito, Ciência, Tecnologia e Inovação. Url: <http://www.camolinaro.net>

ordem interna (no abrigo de sua unidade geopolítica) e, é nessa condição em que os direitos humanos ou se revelam em normas de super-direito ou em normas de supra-direito, conforme estejam eles alocados na ordem internacional ou internalizados nas ordens nacionais por sua recepção constitucional. De qualquer forma, as origens de sua legitimidade são preocupações de filósofos, juristas, sociólogos e de cientistas políticos (Monteiro, 2014). Em todos eles, inseparável a herança da *Ilustração* que ainda projeta suas sombras, são os séculos XXVII e XVIII enrodilhados no presente que se prolonga. Esta mesma *Ilustração* que deu origem ao Despotismo Esclarecido, ou uma reformada forma de governar que mesclava o absolutismo às ideias do iluminismo, nos dá agora um novo modo de governança, onde a centralização do poder econômico induz a desconcentração do poder político planetário propiciando uma expansão e pluralização em escala mundial dos processos de demarcação cultural das necessidades e aspirações radicalizadas, assim como a estrutura de oportunidades políticas ampliadas para expressá-los, sentando as bases do questionamento de uma forma de poder que carrega ínsito injustos efeitos assimétricos². Marcos e oportunidades expandidas que constituem o terreno de emergência de uma rede global de localismos, de movimentos sociais e de organizações críticas, algumas delas tipificadas como de terceiro setor, que a partir dessas necessidades e aspirações ressignificam os direitos e a cidadania e, portanto, são portadores de uma cultura renovada dos direitos humanos, cujo eixo central apoia-se na afirmação da dignidade atribuída ao humano. É preciso, pois, em certa medida, resgatar os fundamentos da *Ilustração*, depurada de seus excessos de idealização da razão e da demasia na crença no progresso científico, ou em seu (pre)conceito cultural eurocêntrico, sim, e apenas naquilo que diz com os ideais de justiça e de decência na vida pública.

O debate em torno à questão de se os direitos humanos devem ser considerados desde uma perspectiva estritamente jurídica, ou bem desde uma perspectiva prévia, ou, pelo menos, não redutível à esfera estritamente jurídica – isto é, uma perspectiva ética e moral – compromete, evidentemente, a questão geral das relações entre direito estrito e a ética ou a moral, bem como a questão geral das relações entre as normas éticas e as normas morais (Monteiro, 2014). Para a reflexão, partimos da hipótese ampla segundo a qual as normas jurídicas (os direitos em sentido estrito) pressupõem as normas éticas e morais, algo como uma reexposição reflexiva de normas pré-jurídicas.

² Para maior aprofundamento sobre o tema Ilustração e Direitos Humanos, leia-se o bem articulado trabalho de Jonathan Israel, *Democratic Enlightenment: Philosophy, Revolution, and Human Rights 1750-1790*. Oxford: OUP Oxford, 2013.

A toda evidência, as normas jurídicas não podem ser compreendidas como um pleonasma das normas éticas ou das normas morais. Se às normas jurídicas corresponde uma função peculiar, e não àquela de mera redundância das normas éticas ou morais, tampouco se pode dizer que elas se mantêm a margem da ética ou da moral, isto porque as próprias normas morais ou éticas, em um momento dado de seu desenvolvimento, necessitam ser formuladas como normas jurídicas (Vernengo, 1991). Se isto é assim, é porque as normas morais e as normas éticas não só não são idênticas entre si, senão que nem sequer são estritamente comensuráveis. É neste ponto onde indicariamos a função mais característica das normas jurídicas, praticamente conectas a constituição do Estado, como sistematização das normas éticas e morais, orientada a resolver as contradições, a preencher as lacunas e a coordenar as normas justapostas (e também, é verdade, a gerar um processo indeterminado de “normas intercalares” especificamente jurídicas).

Neste processo de sistematização, os deveres éticos ou morais, em geral, cobrarão a forma de direitos positivos estritos garantidos pelo Estado. Segundo esta concepção, dizer, por exemplo, que a política (ou o direito) ‘deve respeitar a ética’ não tem o sentido de que a ética ou a moral seja algo como uma regra superior, ou inspiradora da política, pois não se trata de que se inspire por ela, sim, e melhor, porque a ética e a moral são a matéria sobre a que se baseia a política e o direito. Segundo esta notação, a crítica ao direito desde a perspectiva ética ou moral, só encontra seu verdadeiro ponto de apoio quando pode tomar a forma de ‘crítica a um direito’ desde ‘outros direitos’ (Díez-Picazo, 2008). A dialética da sistematização jurídica inclui, desde logo, a aparição de normas jurídicas que violentam determinadas normas éticas ou morais, isto é, aquelas que foram sacrificadas à sistematização global (Bratman, 2011, p. 73 e ss.). Este esquema geral das relações entre o direito, a moral e a ética é o que podemos aplicar a um caso particular, para dar conta das relações entre os direitos humanos, como normas jurídicas, e aos direitos humanos como normas éticas e morais, incluída aí a norma que consagra a dignidade atribuída ao humano.

Esses mesmos direitos no evolver das sociedades adquiriram especiais significados culturais, notadamente quando confrontados com os reclamos de uma sociedade multifacetada e constantemente provocada por processos interculturais cada vez mais intensos a exigir uma uniformidade de comportamento, bem como uma cada vez maior seletividade do conhecimento³.

³ Para aprofundamento, consulte-se o extraordinário trabalho de Henry J. Steiner, Philip Alston, e Ryan Goodman, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*. 3ª Ed. Oxford University Press, 2008, (1560pp.).

2. Tecnologia da Informação e da Comunicação (TIC) e Direitos Humanos

No contexto contemporâneo – onde viceja uma especulada Sociedade da Informação ou, se preferirmos, do Conhecimento – determinados instrumentos conceituais e procedimentais estão presentes de modo muito denso. Em particular, podemos observar a extraordinária evolução e dominância de uma metódica comumente denominada de Tecnologia da Informação e da Comunicação (TIC). Informação e comunicação são, fora de qualquer dúvida, mananciais muito expressivos de modificação social, de transformações socioculturais e econômicas que impactaram e ainda impactam as relações sócio culturais e econômicas nas mais diferentes latitudes planetárias e nos mais diversos ambientes de investigação intelectual⁴.

Adquirir um conceito de ‘informação’ revela-se de alguma complexidade, e muito pouco tem sido esclarecido seu amplo significado. No vulgar, informação é uma notícia atual, um evento, ideias passadas e presentes adquiridas como conhecimento; ou, em uma perspectiva mais solene, como expressou, ainda que em outro campo, Mathieu Triclot (2008/2014): ‘informação’ pode ser representada ou como um código, uma série de símbolos independentes das coisas, às vezes como um sinal, expressão material de um agenciamento material [...]⁵; em qualquer caso, informação pode ser percebida como um conjugado de dados já supervisionados, sistemáticos e sistematizados, ademais de ordenados que quadram a construção uma mensagem fundamentada em um apropriado fenômeno ou ente. A informação revela-se como um meio adequado para resolver problemas e tomar decisões, pois seu aproveitamento racional está na base do conhecimento⁶. A comunidade científica de modo quase unânime credita uma conexão indissolúvel entre informação, dados, conhecimento, pensamento e linguagem⁷. Assim, ao largo da história, a forma de armazenamento e acesso a informação foi se alterando, no Medievo, o

⁴ A origem da frase ‘tecnologia da informação e da comunicação (TIC)’, também expressa na linguagem norte-americana somente por ‘information technology (IT)’, segundo expressivos autores (cf., por todos, Kristiina Sirkku [2007/2008] no notável compêndio editado por Felix Tan [2007/2008]) quase todos referenciando o prestigiado FOLDOC: Free On-line Dictionary of Computing (cf. <http://foldoc.org/>), encontra-se em um relatório de lavra de Dennis Stevenson ao governo do Reino Unido, na formulação de novos documentos curriculares nacionais para o Reino Unido em 2000 (aliás, dito documento pode ser lido online, em: <http://goo.gl/ZzF7Ju>, acesso em 26/11/2015).

⁵ Cf., L'information peut être représentée tantôt comme un code, une suite de symboles sans lien avec les choses, tantôt comme un signal, l'expression matérielle d'un agencement matériel (Triclot, 2008/2014 – Edição para Kindle).

⁶ Para aprofundamento sobre o tema consulte-se o bem articulado ensaio de Leonardo Capurro (1996) –On the Genealogy of Information. In Klaus Kornwachs y Konstantin Jacoby (Eds.): Information. New questions to a multidisciplinary concept. Berlin: Akademie Verlag 1996, pp. 259-270. [Online version]: <http://www.capurro.de/cottinf.htm> (acesso em 20/11/2015).

⁷ Cf., Derrida (1967); Deleuze (1969); Foucault (1969); Mackay (1972); Bruner (1974); Dretske (1981); Penrose (1994); Davenport (1997); Shapiro (1999); Pignatari (2002); Ilharco (2003); Tarapanoff (2006); Logan (2012).

principal acervo estava nas bibliotecas que funcionavam no interior dos mosteiros. A partir da Modernidade, com o surgimento da imprensa, os livros começaram por serem produzidos em série e, mais que tudo, surgem os periódicos; na Contemporaneidade, desde o século XX os meios de comunicação massivos (televisão, rádio e demais) e as ferramentas digitais que derivaram no desenvolvimento da Internet passam a dominar todo o ambiente relacional e, mesmo, começaram por induzir comportamentos e a produzir bens apreciáveis. De outro modo, podemos creditar os problemas por que passam as TICs e a Sociedade da Informação ou do Conhecimento dada a indução de comportamentos e a criação produtiva de bens apreciáveis, ademais de desejáveis (Mansell, 2012). Ao lado e intenso, é o fenômeno da informatização da sociedade e a socialização do indivíduo.

Os problemas gerados pela informatização das sociedades e a socialização do indivíduo se convertem em temas centrais para compreender os desafios que as novas tecnologias têm para os serviços e sistemas de informação nas dimensões sociais, econômicas, jurídicas e éticas (Rocci, 2010). Ao ser os países desenvolvidos os donos da tecnologia mais avançada, se faz mais inalcançável a possibilidade de que os países em via de desenvolvimento contem com seus próprios sistemas de comunicação. Pelo contrário, a supremacia dos monopólios da informação acentua a desigualdade entre os países subdesenvolvidos, em via de desenvolvimento e os desenvolvidos; o que também incide desfavoravelmente na cultura e identidade nacional nesses mesmos países vulneráveis.

No quadro visualizado fica posto um dramático exercício: a complexidade de entendimento dos direitos humanos e a sua extraordinária fragilidade (!). Nesse tablado as TICs tanto excluem (e marginalizam) como incluem. A simetria possível será estabelecida pela denominada Sociedade da Informação (Bell, 1976; 1980) ou do Conhecimento (Lane, 1966) também e, notadamente, exclusiva. Qualquer seja a denominação, sociedade da informação ou do conhecimento, certamente em ambas importantes características estão presentes, como as citadas por Robert E. Lane (1996):

“[...] Como uma primeira aproximação a uma definição de sociedade do conhecimento, a sociedade do conhecimento é aquela em que os seus membros, mais do que em outras sociedades: (a) interrogam com base em suas crenças sobre o homem, a natureza e a sociedade; (b) são conduzidos (talvez inconscientemente) em condições objetivas de confiança na verdade, e, nos níveis superiores de ensino, adotam regras científicas de evidência e inferência na pesquisa; (c) destinam recursos consideráveis a investigação e, portanto, possuem largo estoque de conhecimentos; (d) coletam, organizam e interpretam os seus conhecimentos, em um esforço constante para extrair mais significado para os casos concretos; (e) empregam esses

conhecimentos para iluminar [esclarecer] (e talvez modificar) seus valores e objetivos, bem como para a sua promoção [ou fomento].” (Trad. Livre, p. 650)⁸.

Todavia, em ambas, também está presente uma extremada exigência de ‘expertise’, seja em relação ao tratamento da informação, seja em relação à aquisição e compartilhamento do conhecimento. A exclusão pela ausência (?) de conhecimento, pela falta de habilidades e competências específicas costuma surgir em níveis perversos (Karvalics, 2009, p. 28; Sen, 2000) lançando grande parte das populações para a marginalização social, seja no plano das nações, seja no mundo globalizado. Ademais, essa exclusão pela expertise suportada pelo fenômeno da “digital divide”, no idioma inglês, ou “fosso” ou “brecha digital” em vernáculo, tem se intensificado nos últimos anos, notadamente nas questões globais.

O fosso digital impede a partilha de conhecimento com efeitos cumulativos nas principais áreas que compõem o conhecimento (acesso à informação, educação, investigação científica, diversidade cultural e linguística) e é o verdadeiro desafio a ser enfrentando na efetiva construção de sociedades do conhecimento e no respeito e efetivada dos direitos humanos por elas. Observe-se que essa fratura na aquisição, e mesmo na manutenção do conhecimento está arraigada na dinâmica inerente do conhecimento, sejam globais as desigualdades na distribuição do potencial cognitivo (lacunas entre as formas de conhecimento), ou no valor desigual, colocar-se em diferentes tipos de conhecimento, ou na economia do conhecimento (lacunas dentro de diferentes tipos de conhecimento). A partilha de conhecimento é particularmente gritante entre os países do Norte e do Sul (aqui não só geográficos), mas também se revela com um grande problema dentro de uma determinada sociedade, uma vez que é altamente improvável que a exposição igual ao conhecimento resultará em igual maestria⁹. Observe-se, contudo, que simplesmente eliminar o ‘fosso digital’, isto é, recomodar camadas marginalizadas pela fratura da expertise, reduzindo a ausência do conhecimento não vai efetivamente resolver o problema, pois o acesso a esse é maior que a mera formatação das infraestruturas necessárias, pois aqui estamos dependentes da formação

⁸ Cf., no original: [...] As a first approximation to a definition, the knowledgeable society is one in which, more than in other societies, its members: (a) inquire into the basis of their beliefs about man, nature, and society; (b) are guided (perhaps unconsciously) by objective standards of veridical truth, and, at the upper levels of education, follow scientific rules of evidence and inference in inquiry; (c) devote considerable resources to this inquiry and thus have a large store of knowledge; (d) collect, organize, and interpret their knowledge in a constant effort to extract further meaning from it for the purposes at hand; (e) employ this knowledge to illuminate (and perhaps modify) their values and goals as well as to advance them (Lane, 1966, p. 650).

⁹ Para aprofundamento consulte-se DiMaggio e Hargittai (2001); Norris (2001); notadamente, o excelente trabalho de Surowiecki (2004/2005), contrariando a ideia comum que desconfia da sabedoria das massas, o autor argumenta que “sob as circunstâncias corretas, os grupos são extremamente inteligente, e muitas vezes são mais inteligentes do que as pessoas mais inteligentes em si”. Assim como, a trilogia *The Information Age: Economy, Society and Culture* de Castells (2010; 2010a; 2010b).

de habilidades cognitivas (bem suportadas por quadros regulamentares) endereçadas para o acesso ao conhecimento. TICs exigem uma (r)evolução sociocultural na formatação da educação e do ensino, saúde de qualidade, e instrumental normativo-jurídico adequado e eficiente para intentar a realização do pleno potencial humano na aquisição da experiência do saber.

3. A emergência de uma ‘ruptura ecológica’ exige informação e comunicação séria, comprometida imediata e diretamente para a preservação do meio ambiente e dos direitos humanos ambientais

Não bastasse a existência real da exclusão e conseqüente marginalização digital em diferentes camadas da população em todas as latitudes planetárias, o que atinge direta e imediatamente a higidez devida aos pertinentes direitos da pessoa humana, isto é, aos direitos humanos (e também, os direitos constitucionais fundamentais, suportados pelos direitos humanos, previstos na maioria das constituições ocidentais contemporâneas) – outro ‘vetor multidirecional’¹⁰ surge denso pondo em risco o Humano e todos os seus apêndices: a planetária degradação ambiental. Ninguém mais duvida que atualmente experimentamos uma crise ecológica que põe em sério risco o agora frágil equilíbrio natural e cultural de todas as formas de vida, bióticas e abióticas¹¹, fato que afirma a necessidade de uma ‘cruzada ecológica’ conseqüente. Atente-se ainda, que uma tomada de posição ecológica mediante bem afinada racionalidade, ainda que se dirija numa perspectiva ecocêntrica, não repudia o antropocentrismo e o antropomorfismo para fazer sua, a defesa da diversidade no seu mais amplo sentido. Ademais, a adoção de um racionalidade ecológica privilegia o *fator humano* revelado pela “dignidade” emprestada ao ser humano individualmente, valor este que se estende a todas as coisas e as criaturas vivas, pois todas estão presentes no humano do ser¹². Uma racionalidade

¹⁰ Aqui utilizamos o substantivo tanto na sua acepção física, direção ou sentido, quanto na interpretação da sua dimensão epidemiológica, ‘agente de disseminação’.

¹¹ E aqui não falamos dos riscos produzidos pela probabilidade de perigo criada pelo “imaginário” individual ou social.

¹² Por *fator humano* entendemos a multiplicação do que é próprio do ser no *jogo humano* na perspectiva de Gadamer (1977, p. 66/68) – a lição de Gadamer vem a calhar, pois todos sabemos que o “jogo” veste um símbolo de universalidade, pois associa às noções de regra, liberdade e totalidade, qualquer que seja a ordem destes termos, ao mesmo tempo, no “jogo” substituímos um estado anárquico por um estado de ordem. Metaforicamente se pode dizer que vincula um estado de natureza a um estado de cultura, ou um estado espontâneo para um estado de ordem. Talvez a ideia mais importante de Gadamer, nesta obra, seja a de que não podemos pensar o cultural humano sem pensarmos no lúdico. De outro modo, através do “jogo” encontramos uma história do “movimento”, um automovimento como dizia Gadamer, que se revela no “jogo” e na “arte”. Ademais, Gadamer nos ensinava que na prática humana o “jogo” inclui a “razão”, pois o homem, disciplina e ordena seus próprios movimentos “*como se tivessem fins*”, diz ele; isto é, uma racionalidade livre de fins. No “jogo” – afirmava Gadamer – se exige um “jogar com ...” numa manifestação comunicativa), vale dizer, um jogo que pode incluir em si mesmo a razão, o caráter distintivo mais próprio do ser humano, consistente em poder dar-se fins e aspirar a eles conscientemente,

ecológica, por preocupar-se em manter contrabalançada a relação biótico/abiótico, desde uma substantiva relação integral natureza/cultura compromete-se com as futuras gerações ameaçadas com uma funesta herança, consistente em receber um planeta inabitável pela agressão sistemática ao ambiente: envenenamento da biosfera com suas consequências, desequilíbrios climáticos provenientes do efeito estufa, deterioração da camada de ozônio, desflorestamento, contaminação das águas, extinção de espécies vivas, desorganização urbana, enfim, um entorno depreciado para a vida em qualquer de suas manifestações (Hancock, 2003; Kamble, 2013). Essa mesma racionalidade ecológica constrói um complexo normativo especificamente dedicado a promoção e proteção do ambiente suportado por todos os seus sistemas ecológicos: o Direito Ambiental.

O direito ambiental, também fundamental, vale dizer, *o direito ao gozo de um ambiente são e equilibrado*, constitui-se como essencial¹³ à existência da vida, da saúde de todos e do planeta como o conhecemos (Boyd, 2012). Sua garantia, inclusive, a ultrapassa, para assegurar à vida vindoura. Objeto, portanto, desse extraordinário composto normativo é o ambiente. Nesse cenário, e para os nossos propósitos, concebemos “ambiente” como um “lugar de encontro” (um especial ‘lugar de encontro’ onde se reúnem o biótico e o abiótico, fatores esses que possibilitam a existência), esta concepção leva consigo o etimológico mesmo do substantivo/adjetivo: ambiente (Molinaro, 2007). Como ensina Ávila Coimbra, ambiente está composto por duas propostas latinas *amb(o)* que induz a ideia de “andar à volta”, ao redor, e o verbo *ire*, ir, donde *amb + ire = ambire*, vale dizer, *ambiente é tudo o que vai à volta*, o que rodeia determinado ponto ou ser¹⁴. Este “andar à volta”, este lugar de encontro (substantivo), mesmo, do *encontro* (verbo flexionado) com o *outro* e os demais seres bióticos e abióticos,

e poder ironizar o característico da razão conforme a fins. *Pois a humanidade do jogo humano tem sede em que esse jogo de movimentos ordena e disciplina, por dizer assim, seus próprios movimentos*; movimentos esses expletivos na combinação de dois outros *fatores*, o *abiótico* e o *biótico*, o primeiro, representando os agentes físicos, químicos, geológicos, etc., do ambiente; o segundo, relativo a cada um dos seres vivos da *ecosfera*; ademais, o fator humano revela-se num processo cujos pressupostos físicos, bioquímicos e fisiológicos vão integrar mecanismos que estão na base de um processo histórico e cultural, este essencialíssimo do homem e da mulher, não encontrado em qualquer outro ser vivo.

¹³ Relativamente ao ser humano, matizemos: o “essencial” é o núcleo duro que confere a um ser uma identidade, isto é, um caráter distintivo. Refuta a aparência, pois supera os devaneios do inatingível, e firma a natureza do indivíduo concreto que observa a sua realidade existencial, não como obra do pensamento abstrato, sim de suas ações particulares comprometidas com o meio onde coexiste com outros seres.

¹⁴ Cf. Ávila Coimbra (2002, p. 25, n. 9), “[...] Esta compreensão de totalidade no conceito de Meio Ambiente aparece bem clara numa única palavra apropriada pela língua francesa. Trata-se de *Environnement*, significando Meio Ambiente, que foi também transposta para a língua inglesa como *Environment*. É exatamente a mesma etimologia latina do “ir à volta”, com as ligeiras mutações gráficas e fonéticas incorporadas ao longo do tempo. Temos: *Amb+ire=ambire* (ir à volta) = *Ambiente*; *Env+iron* = os arredores = *Environnement*. O alemão tem outra raiz etimológica, mas conserva a semântica da expressão: *Um+Welt* (à volta+mundo) = *Umwelt*.”

exige permanência e manutenção (ação de manter, ou de segurar com a mão), reclama a efetividade dos direitos e deveres decorrentes, notadamente, dos direitos adjudicados para todos os humanos, bem como os deveres que lhes são atribuídos em correspondência própria e para com os demais elementos da cadeia biótica/abiótica.

Esse mesmo ambiente – esse ‘lugar *do* e *de* encontro – está sobre severa ameaça. Um estudo recente publicado na *Nature Climate Change* sugere que a taxa de mudança climática que estamos experimentando agora é mais rápida do que em qualquer momento no último milênio. A equipe de pesquisa da *Joint Global Change Research Institute, Pacific Northwest National Laboratory* (USA), liderada por Steven J. Smith (2015) compararam como a temperatura variou em blocos de períodos de 40 anos ao longo de milênios. Sua principal conclusão é que o planeta está entrando em uma nova fase no que se refere à mudança de temperatura de modo tão acentuado. Uma implicação deste trabalho é que ‘já estamos presos a mudanças em ritmo acelerado’ e projetados no futuro próximo por causa de um ‘passado de emissões’, o que significa que vamos precisar se adaptar (e tudo leva a crer, que de modo doloroso) para minimizar os impactos da mudança climática, mesmo se as emissões de gases com efeito de estufa sejam contidas substancialmente. Ao analisar os registros de temperatura pretéritas, os pesquisadores descobriram que, para os 900 anos anteriores ao século 20, raramente ‘períodos de 40 anos’ apontam para um aquecimento de mais de 0,1 graus por década. Contudo, quando eles investigaram a segunda metade do século 20, a velocidade das mudanças na temperatura alcançou maior intensidade, demonstrando que a taxa de aumento da temperatura da superfície no Hemisfério Norte é agora mais de 0,2 graus por década (Smith et al., 2015). As projeções para o resto das taxas médias, no século, mostram que a mudança de temperatura por década poderia chegar a cerca de 0,4 graus na Europa e América do Norte, e 0,6 graus no Ártico, todavia, como esses resultados são de um cenário de emissões de gases com efeito de estufa limitadas, as taxas poderiam ficar ainda maiores.

Há generalizado consenso entre os cientistas de que as temperaturas globais continuarão a aumentar nas próximas décadas, em grande parte devido aos gases de efeito estufa produzidos por atividades humanas (Cook *et al.*, 2013). Aliás, observe-se que ‘Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC)’ que inclui mais de um milhão de cientistas em todas as latitudes do planeta, prevê um aumento de temperatura de 2,5 a 10 graus centígrados durante o próximo século, pois segundo o IPCC, a extensão dos efeitos das mudanças climáticas sobre diversas regiões irá variar ao longo do tempo implicando a incapacidade de diferentes sistemas sociais e ambientais para mitigar ou se adaptar à mudança.

O IPCC prevê que o aumento da temperatura média global de menos de 1,8 a 5,4 graus Fahrenheit (1 a 3 graus Celsius acima dos níveis de 1990) irá produzir impactos benéficos em algumas regiões e nocivas em outras. Custos líquidos anuais, vão aumentar ao longo do tempo na mesma proporção em que a temperatura global aumentar¹⁵. A principal conclusão do relatório é que a mudança climática já está produzindo efeitos em todos os continentes, bem como em todos os oceanos do mundo, ao lado das advertências científicas que apontam para o crescimento substancialmente pior desses efeitos, salvo se a emissão de gases de efeito estufa sofrer grande redução e colocada sob rígido controle.

Com relação à adaptação (frente aos fatos e fenômenos), o relatório conclui que, embora em algumas latitudes planetárias algumas nações possam ser capazes de se adaptar para enfrentar algumas dessas mudanças, isso só pode acontecer dentro dos limites muito estreitos. De acordo com o IPCC o mundo já não pode optar por ‘poluir e adaptar’, isto é, por controlar os sistemas, ou mitigá-los por adaptação. Agora, estamos todos obrigados na gestão dos impactos evitando-os o máximo possível para o presente e o futuro.

No âmbito de proteção social, notadamente na salvaguarda e proteção dos direitos humanos, as alterações climáticas já estão produzindo uma ampliação da insegurança alimentar devido especialmente ao regime de secas mais intensas, ao lado de inundações e ondas de calor presentes em um mundo mais quente, sobretudo para os países mais pobres. Ainda, já está presente um crescente acréscimo de insegurança no fornecimento de água, devido, entre outras causas, ao encolhimento das geleiras que atuam como principais recursos de água para várias regiões do mundo, e através de variações nos padrões de precipitação. Neste cenário de insegurança, conseqüentemente, o IPCC prevê mais e maiores conflitos violentos, como escaramuças e guerras civis se tornando mais e mais comuns.

Ainda, o IPCC aponta para o elevado número de pessoas que ficaram expostas as inundações, dadas por alterações das bacias hídricas projetadas para aumentar, em parte também, pela continuação do avanço do nível do mar implicando em submersão, inundações, e erosão das regiões costeiras e áreas baixas. Ademais, a acidificação dos oceanos representa

¹⁵ Cf., para maiores informações sobre a situação ambiental veja-se o site das Nações Unidas – Ações Climáticas, in: <https://www.un.org/en/climatechange> (acesso Ago., 20, 2021). Também e especialmente os relatórios do Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), Climate Change, in: <https://www.ipcc.ch/> (acesso Ago., 20, 2021), especialmente, em: <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/> (acesso Ago., 20, 2021). No relatórios de 2014, observe-se as palavras de Rejenda K. Pachauri (IPCC chairman): “Nobody on this planet is going to be untouched by the impact of climate change” (Ninguém neste planeta ficará imune aos impactos das mudanças climáticas – Trad. Livre). Aliás, a conferência (31/03/2014) onde foi proferida essa sentença (aos 4m14s do vídeo) pode ser acessada na íntegra (1h25m22s) no YouTube, em: <https://www.youtube.com/watch?v=bZONwnqWFe8> (acesso Agos., 20, 2021).

um risco significativo para os ecossistemas marinhos, em particular para os recifes de corais. Enfim, o risco geral de extinção de espécies aumenta à medida que o planeta se aquece.

O relatório também estima que o aquecimento da superfície global de cerca de 2°C acima das temperaturas, podem levar à perda de rendimentos globais de 0,2 a 2,0 por cento. Assim, não conseguindo frear o aquecimento global causado pelo homem representa grandes riscos para a economia mundial. O IPCC relata que muitos desses riscos climáticos podem ser abreviados pela redução das emissões de gases de efeito estufa e, assim, evitar os piores cenários de mudanças climáticas, ainda, o relatório afirma que os riscos associados à redução da produtividade agrícola, escassez de água, inundação de infraestruturas costeiras pela elevação do nível do mar, e impactos adversos decorrentes das ondas de calor, inundações e secas, podem ser reduzidos através do descimento das emissões de gases com efeito de estufa.

Em resumo, o único modo de tornar mínimo esse impacto devastador da alteração climática reside em conservar a maior parte das reservas de carvão, petróleo e gás conhecidos intocados (na natureza). Simplesmente não podemos permitir que a indústria de combustíveis fósseis continue com suas operações como de costume. Este último relatório serve como uma extremada advertência, urgente, que o ‘mundo está ficando sem tempo’ para fazer a transição dos combustíveis fósseis, objetivando um futuro de baixo carbono.

Como pode ser facilmente inferido gravíssimas são as consequências das alterações climáticas. Todas conhecidas e comprovadas, ademais que como suas causas já foram identificadas e estabelecidas, remanesce observar a produção dos efeitos dessas, o que já está ocorrendo e irá se intensificar nos próximos anos. Ora, tendo em conta esse enorme problema para o planeta, especialmente para o que nele se contém (todas as espécies e o implicado ao conjunto biótico e abiótico) o que está sendo efetivamente feito com o intuito de senão eliminar, ao menos mitigar esses efeitos, qual a defesa do planeta e da humanidade? Onde (co)operam as TICs frente ao quadro atual, notadamente na eventual e possível formatação de uma simetria entre os bens sob risco e essas prementes necessidades?

Certamente são inúmeros os canais de comunicação dispostos em todo o planeta, o tráfego de informações (o suporte para todos os fluxos de dados pertinentes) é altamente sofisticado e está ao dispor de cada privilegiado habitante (um que disponha do acesso e da habilidade para acesso e tratamento da informação) deste planeta (!). Mas, então qual o motivo de nossa inquietação? São muitas, notadamente todas aquelas que dizem com a aflição que milhões de deslocados ambientais experimentarão (ainda mais exclusão, marginalização e

violação dos direitos humanos) nos próximos anos. Centenas de milhões de pessoas serão forçadas a se mover até 2050.

Em 2008, 36 milhões de pessoas foram deslocadas por desastres naturais, pelo menos 20 milhões dessas foram expulsas de suas casas por desastre relacionados às mudanças climáticas, como seca, elevação dos níveis marítimos e demais. De outro modo, os países do hemisfério sul serão os mais afetados pelo deslocamento no futuro e, se isto ocorrer, não só as nações, mas culturas e identidades serão “afogados” (Guterres, 2009). Se aprofundarmos o tema, poderemos observar que segundo a International Organization for Migration – IOM, estima que cerca de 200 milhões de pessoas até 2050 poderiam ser forçadas a deslocar-se devido as alterações climáticas (Warner *et al.*, 2009), fato corrobora por um importante estudo prevendo que o aumento do nível do mar criado por um acréscimo de 3°C forçaria o deslocamento de mais de 600 milhões de pessoas (Marzeion; Levermann, 2014)

Temos observado o imenso esforço que muitas nações, organizações do terceiro setor, indivíduos, ativistas e parte de diferentes segmentos de mídia vêm empreendendo para alertar e, mesmo, atuando por vezes arbitrariamente para chamar atenção ao gravíssimo momento por que passa o planeta e a humanidade. Todavia, não tudo o que tem sido feito pouco resultado efetivo alcança, notadamente pelo “*way of life*” ocidental imediatamente conectado com um capitalismo crematístico, com fatores de produção preocupados com a antecipação da obsolescência, bem como a existência de uma cultura consumerista conduzida, irresponsavelmente, por instrumentos midiáticos comprometidos.

Considerações finais

Estamos na eminência de uma catástrofe ambiental sem precedentes, poucos anos nos separam de eventos que marcarão indelevelmente muitos, especialmente os mais vulneráveis. Esperam-se conflitos cada vez mais acentuados entre países do Norte e países do Sul (aqui no sentido econômico e não geográfico). Ainda que as medidas propostas pelas nações, parcela da sociedade organizada e indivíduos comprometidos com a promoção e proteção ambiental alcançando inclusive a efetividade dos direitos humanos e fundamentais (constitucionais) sejam, de fato, postas em ação, ainda assim os efeitos das causas já alocadas se projetarão na vida do planeta, por consequência da humanidade.

Independentemente dessas consequências, gravíssimas fora de qualquer dúvida, resta a ‘esperança’ que as TICs sejam indutoras de cada vez maior aprofundamento dos esforços de alguns, no sentido e alcançar melhores resultados para a vida pós-colapso, desde investimentos

maciços na educação, na ciência de base e na inovação tecnológica. Um ‘mundo pós-carbono’ é possível. Certamente tal possibilidade só se antevê com uma *drástica transformação na estrutura e titularidade dos meios de produção, ademais do estabelecimento de uma renovada cultura de consumo*, adaptada e responsável frente ao surgimento de um novo e impensado ambiente.

Contudo, se nada resultar – se as transformações necessárias e imediatas não forem alcançadas pela humanidade, teremos – segundo a comunidade científica – uma chance de 10% que a Terra vai aquecer 6°C até 2100, mas a indústria do combustível fóssil está apostando em planejar o seu futuro negócio em torno de tecnologias ainda inexistentes, quase mágicas, que removeriam as emissões de CO₂. Nada obstante os doces sonhos tecno-utopista de um mundo futuro que inclui carros autônomos (sem motoristas), energia de ponto zero de emissão e, até mesmo a mineração em asteroides, estamos vivendo no auge da civilização industrial capitalista que produz um fluxo contínuo de produtos que prometem melhorar e aperfeiçoar as nossas vidas, mas que, no final, só tem complicado o nosso existir até eliminá-lo (!). Estamos presos entre o consumismo irracional e a destruição impensada do meio ambiente. Tim Garrett (2012) aponta para um ‘dilema’, pois segundo sua crítica, a única coisa que vai nos salvar de um aquecimento fatal do planeta é a mesma coisa que irá destruir a maioria de nós se isso acontecer – o *crash* completo da economia global e seu processo de ‘criação de riqueza’ pela emissão de CO₂. Em última análise, a civilização parece estar em um ‘beco sem saída’, pois somente uma combinação de ‘descarbonização’ extremamente rápida, bem como o colapso do atual modelo de civilização permitirá que as concentrações de CO₂ possam ser estabilizadas abaixo do nível de 450 ppm. Para uma ‘espécie’ que criou uma ‘sociedade descartável’, tal fim até parece justo. Com cada ‘perda’ que infligir a biodiversidade, a integridade do planeta, a extinção arrasta-se cada vez mais em nossa direção. As graves implicações por ignorar as duras leis da física, química, biologia e, mesmo, as éticas e morais serão terríveis.

REFERÊNCIAS

ÁVILA COIMBRA, J. de. O outro lado do meio ambiente. 2.^a ed. Campinas: Millenium Editora, 2002.

BELL, Daniel. The Coming of Post-Industrial Society: a Venture in Social Forecasting New York: Basic Books, 1976

_____. The Social Framework of the Information Society; in: Forester, T. /ed./ The Microelectronics Revolution: The Complete Guide to the New Technology and Its Impact on Society, Cambridge, Mass: MIT Press, 1980.

BESSON, Samantha. Human rights and democracy in a global context: decoupling and recoupling, in: *Ethics & Global Politics*, Vol. 4, No. 1, 2011, pp. 19/50, disponível online em: <http://goo.gl/EzqXzu> - acesso em 22/11/2015.

BÖHME, Gernot; **STEHR**, Nico. *The Knowledge Society: The Growing Impact of Scientific Knowledge on Social Relations*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company,

BOYD, David R. *The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment*, Vancouver: UBC Press, 2012.

BRATMAN M.E. Reflections on Law, Normativity and Plans, in **BERTEA** S. and **PAVLAKOS** G. (eds.), *New Essays on the Normativity of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2011, pp. 73-85.

BRUNER, J. S. *Beyond the Information Given: Studies in the Psychology of Knowing*. London: George Allen and Unwin, 1974.

BUTLER, Clark. *Human Rights Ethics: A Rational Approach*. West Lafayette, IN (USA): Purdue University Press, 2008.

CASTELLS, Manuel. *The Rise of the Network Society: Economy, Society, and Culture*, 2ª Ed., with a New Preface, Vol. I – Information Age. Oxford: Wiley-Blackwell, 2010.

_____. *The Power of Identity: The Information Age: Economy, Society, and Culture*, 2ª Ed., with a New Preface, Vol. II – The Power of Identity. Oxford: Wiley-Blackwell, 2010a.

_____. *End of Millennium: The Information Age: Economy, Society, and Culture*, 2ª Ed., with a New Preface, Vol. III – The End of Millennium. Oxford: Wiley-Blackwell, 2010b.

COOK, John, *et al.* Quantifying the consensus on anthropogenic global warming in the scientific literature. *Environmental Research Letters*, Volume 8, Number 2, 2013, pp. 1/7, disponível online em: <http://iopscience.iop.org/1748-9326/8/2/024024>.

DAVENPORT, T.H. *Information Ecology: Mastering the Information and Knowledge Environment*. New York: Oxford University Press, 1997.

DELEUZE, G. *Logique Du Sens*. Paris : Les Éditions de Minuit, 1969.

DERRIDA, J. *L'Écriture Et La Différence*. Paris : Les Éditions du Seuil, 1967.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. 3ª Ed., corregida y puesta al día. 2ª Reimpresión. Barcelona: Ed. Ariel, 2008.

DiMAGGIO, P., e **HARGITTAI**, E. From the ‘digital divide’ to ‘digital inequality’: Studying Internet Use as Penetration Increases. Woodrow Wilson School, Princeton University, 2001, in: <https://goo.gl/daGaJD> - acesso em 22/11/2015.

DRETSKE, F. I. *Knowledge & the flow of information*. Cambridge, Mass.: M.I.T. Press, 1981.

FOUCAULT, Michel. *L'Archeologie du savoir*. Paris: Editions Gallimard, 1969.

FRIEDMAN, L M. *The Legal System: A Social Science Perspectiva*. New York: Russell Sage Foundation, 1975.

GADAMER, Hans-Georg. *La actualidad de lo bello*. Barcelona: Paidós, 1977.

GARRET, T J. No way out? The double-bind in seeking global prosperity alongside mitigated climate change. *Earth Syst. Dynam.*, 3, 1–17, 2012, disponível online em: www.earth-syst-dynam.net/3/1/2012/ - acesso 22/11/2015.

GUILHOT, Nicolas. *The Democracy Makers: Human Rights and International Order.* New York: Columbia University Press, 2005.

GUTERRES, António. Climate change could become the biggest driver of displacement: UNHCR chief, in: UNHCR – The UN Refugee Agency. 16/12/2009, disponível online em: <http://www.unhcr.org/4b2910239.html> - acesso em 28/11/2015.

HANCOCK, Jan. *Environmental Human Rights: Power, Ethics and Law.* Farnham/Burlington: Ashgate Pub. Ltd., 2003.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). <https://www.ipcc.ch> especialmente, em: <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/>

ISRAEL, Jonathan. *Democratic Enlightenment: Philosophy, Revolution, and Human Rights 1750-1790.* Oxford: OUP Oxford, 2013

KAMBLE, R. M. Impact of Globalization on Human Rights and Environmental Protection. *International Journal of Scientific and Research Publications*, Volume 3, Issue 5, May 2013, disponível on line em: <http://goo.gl/IVNF1C> - acesso em 20/11/2015.

KARVALICS, Laszlo Z. *Information Society Dimensions.* Szeged: JATEPress Kiadó, 2009.

LANE, Robert E. The Decline of Politics and Ideology in a Knowledgeable Society. *American Sociological Review*, Vol. 31, No. 5 (Oct., 1966), pp. 649-662 (online in: <https://goo.gl/0A5C4j> - acesso em 26/11/2015).

LENZERINI, Federico. *The Culturalization of Human Rights Law.* Oxford: OUP Oxford, 2014.

LOGAN, R. K. Que é informação?: a propagação da organização na biosfera, na simbolosfera, na tecnosfera e na econosfera. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2012.

MACKAY, D. M. *Information, mechanism and meaning.* Cambridge: MIT Press, 1972.

MANSELL, Robin. ICTs, discourse and knowledge societies: implications for policy and practice. In: Frau-Meigs, Divina and Nicey, Jérémie and Palmer, Michael and Tupper, Patricio (eds.), *From NWICO to WSIS: 30 years of communication geopolitics: actors and flows, structures and divides.* ECREA Series. Bristol: Intellect, 2012.

MARZEION, Ben; LEVERMANN, Anders. Loss of cultural world heritage and currently inhabited places to sea-level rise. *Environmental Research Letters*, Volume 9, Number 3, 2014, pp. 1/7

MICHELETTO, Nilza; SERIO, Tereza Maria de Azevedo Pires. Homem: Objeto ou Sujeito para Skinner? In: *Temas em Psicologia*; 2: 11-21, jul. /dez. 1993.

MOLINARO, Carlos A. *Direito Ambiental - Proibição de Retrocesso.* Porto Alegre: Ed. Liv. Advogado, 2007.

MONTEIRO, A. Reis. *Ethics of Human Rights.* New York, Dordrecht, Heidelberg, London: Springer Science & Business Media, 2014.

NEVES, Marcelo. A Força Simbólica dos Direitos Humanos. Salvador (BA): REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 4., outubro/novembro/dezembro, 2005 (pode ser consultada online em: <http://zip.net/bmsptt> (URL encurtada)).

NORRIS, P. Digital divide: Civic engagement, information poverty, and the internet worldwide. New York: Cambridge University Press, 2001.

PENROSE, R. Shadows of the Mind. Oxford: Oxford University Press, 1994.

PIGNATARI, D. Informação, linguagem, comunicação. São Paulo: Ateliê Editorial, 2002.

PONTES DE MIRANDA, F. C. Sistema de Ciência Positiva do Direito. V. I e II, Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

ROCCI, Lupplicini. Techno-ethics and the Evolving Knowledge Society: Ethical Issues in Technological Design, Research, Development, and Innovation, Hershey: IGI Global, 2010.

SEN, Amartya. Social Exclusion: Concept, Application, and Scrutiny. Social Development Papers No. 1. - Office of Environment and Social Development Asian Development Bank, in: <http://goo.gl/NcxOf5> - acesso em 22/11/2015.

SHAPIRO, C., and **VARIAN**, H.R. Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy. Boston, MA: Harvard Business School Press, 1999.

SIRKKU, Kristiina. From Information Society to Global Village of Wisdom? The Role of ICT in Realizing Social Justice in the Developing World; in, TAN, Felix (Ed.). Global information technologies; concepts, methodologies, tools and applications; 6v. Hershey, PA: Information Science Reference, 2007/2008, Capítulo 7.16, pp. 3.126/3.158.

SMITH, J. B. *et al.* Near-term acceleration in the rate of temperature change. Nature Climate Change 5, 333–336 (2015). Temporariamente disponível online em: <http://goo.gl/KwAozc> - acesso em 27/11/2015.

SPILKER, Gabriele. Globalization, Political Institutions and the Environment in Developing Countries. New: York: Routledge, 2013.

SUPIOT, Alain. Homo Juridicus: On the Anthropological Function of the Law, London: Verso, 2007.

SUROWIECKI, James. The Wisdom of Crowds. New York: Anchor Books Editions, 2005.

TARAPANOFF, K. (Org.). Inteligência, informação e conhecimento. Brasília: IBICT, UNESCO, 2006.

TAN, Felix (Ed.). Global information technologies; concepts, methodologies, tools and applications; 6v. Hershey, PA: Information Science Reference, 2007/2008.

TRICLOT, Mathieu. Le moment cybernétique: La constitution de la notion d'information. (Kindle Edition) Ceyzérieu : Editions Champ Vallon, 2014.

VERNENGO, Roberto, J. Normas morales y normas jurídicas. Alicante:Doxa. N. 09 (1991), pp. 205-224. Disponível online em: <http://goo.gl/yX01Kq> - Acesso em 02/05/2007 (nossos arquivos)

WARNER, Koko; **EHRHART**, Charles; **SHERBININ**, Alex de; **ADAMO**, Susana; **CHAI-ONN**, Tricia. In Search of Shelter - Mapping the Effects of Climate Change on Human

Migration and Displacement (2009), acessível em: <http://goo.gl/OpUUdy> - acesso em 26/10/2015.

WINSTON, Morton; **EDELBACH**, Ralph. Society, Ethics, and Technology, Update Edition. 4ª Ed. Boston: Cengage Learning, 2011.

Estado, Democracia e Tecnologia na Era da Desconfiança

Carlos José Teixeira de Toledo¹

1. A crise dos Estados e a Era da Desconfiança

Aproveitando a notável criatividade ERIC HOBBSBAWN para alcinhar os tempos históricos, que nome daríamos à era em que vivemos? Sobre ela, é possível propor que tenha talvez se iniciado no momento que FRANCIS FUKUYAMA precocemente proclamou o “fim da história” – ou seja, no início dos anos 90, em que tivemos a percepção mais clara de algumas das difusas correntes oceânicas que parecem conduzir à deriva o barco da humanidade: fim da guerra fria; aprofundamento e difusão das reformas neoliberais; consolidação da globalização pró-mercado; surgimento da nova economia baseada no conhecimento e na informação; emergência de novos atores globais, como os chamados “tigres asiáticos”; acirramento da fricção entre centro e periferia, seja pelo desafio do *dumping social*, seja pelos conflitos decorrentes dos fluxos migratórios e da emergência de formas mais sofisticadas e cruéis de terrorismo.

Talvez possamos denominar tal período de “Era da Perplexidade”, que pode ser sintetizada nas palavras de ZYGMUNT BAUMAN: “Os velhos meios, em tese patentes, de lidar com os desafios da vida não funcionam mais, ao passo que não há novos à vista em parte alguma, ou eles existem em número abominavelmente ralo.”²

Segundo nos ensina o filósofo polonês, o sentimento difuso de uma crise cuja solução não parece despontar no horizonte, decorre de uma perda de agência, com o divórcio entre a política e o poder. Isso porque o Estado westfaliano, elemento referencial da vida das gerações passadas, foi despojado de seu poder “o qual foi capturado por forças supraestatais (globais) que operam num ‘espaço de fluxos’ (termo de Manuel Castells) politicamente incontrolável.”³

¹ Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (1991), Mestre (1997) e Doutor (2019) em Direito pela Universidade de São Paulo (1997). Procurador do Estado desde 1993, tendo exercido atribuições de Conselheiro Eleito do Conselho Superior da PGE/SP, Procurador Chefe da Procuradoria Judicial e Procurador Chefe do Centro de Estudos da PGE/SP. Atualmente, atua na Consultoria Jurídica da Secretaria de Estado da Educação. Professor universitário, lecionando na Universidade São Judas Tadeu, desde 2013. Foi subcoordenador do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do Estado na Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (2007-2012). Atuou como Presidente do Conselho Curador da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado (2009-2010) e Presidente do Conselho de Administração da SPPREV - São Paulo Previdência (2009-2011) Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional e Direito Administrativo, atuando principalmente nos seguintes temas: políticas públicas, administração pública, direito constitucional, direito administrativo, patrimônio cultural, servidores públicos, direito à informação.

² BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise**. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 36-7.

³ *Idem*, p. 21.

Essa perda de agência dos Estados tende também a reforçar o descrédito dos representantes eleitos, incapazes de cumprir suas promessas. À luz dos acontecimentos recentes na política mundial, que parecem sinalizar para a erosão de regimes democráticos e a emergência de governos populistas, é possível também sugerir que estamos passando pela “Era da Desconfiança”.

Ao que parece, certos ingredientes comuns – disseminação de notícias falsas (*fake news*) e teorias da conspiração, dúvidas quanto à lisura do processo eleitoral – são o fermento desse fenômeno. Os ingredientes principais, segundo DAVID RUNCIMAN, são outros: crise econômica, mudança tecnológica e desigualdade crescente.⁴

Embora a desconfiança seja um componente ínsito às sociedades democráticas – afinal, se há um “jogo” democrático, pressupõe a possibilidade de que algum dos jogadores esteja trapaceando – fato é que as regras procedimentais nem sempre são suficientes para assegurar a confiança dos cidadãos de que seus representantes estão, de fato, atuando, em favor de seus interesses.

MICHEL DE ROSANVALLON aponta três fatores que propiciaram a emergência do que denomina de “*sociedade da desconfiança*” (*society of distrust*): o fator científico, ligado ao pessimismo em relação às promessas da tecnologia, que trouxe um horizonte de incertezas e riscos catastróficos; o fator econômico, relacionado ao ceticismo quanto a habilidade governamental de realizar previsões macroeconômicas e promover políticas econômicas eficientes; e o fator social, relacionado à fragmentação dos laços sociais, que se reflete também em menor confiança nas autoridades governamentais.⁵

Fato é que as tecnologias de informação e comunicação, se não são causadoras do fenômeno, são capazes de amplificá-lo. A arquitetura das ora onipresentes redes informacionais, desenhada para explorar economicamente nossos vieses cognitivos, favorece uma “cultura da desconfiança”. É o que constata RUNCIMAN,⁶ ao analisar a pandemia de teorias conspiratórias que parecer caracterizar o século XXI:

Essa visibilidade não quer dizer que exista uma quantidade maior dessas ideias do que no passado, só que hoje a probabilidade maior de vê-las adquirir massa crítica. O fenômeno do efeito de rede, em que o valor de alguma coisa cresce quanto mais ela for utilizada, aplica-se tanto às boas quanto às más ideias. Quanto mais gente

⁴ RUNCIMAN, David. **Como a democracia chega ao fim**. Trad. Sergio Flaksman. São Paulo: Todavia, 2018, p. 74.

⁵ ROSANVALLON, Pierre. **Counter-democracy: Politics in an age of distrust**. Trad. Arthur Goldhammer. Cambridge University Press, 2008, p. 9-12.

⁶ Op. cit., p. 71.

subscreeve uma teoria da conspiração, mais sentido faz se juntar a eles. Nas redes sociais, quanto mais formos, mais seguros estamos.

2. Uma rede de desconfiança

Não há dúvida que, nos últimos anos, as redes sociais eletrônicas, baseadas em plataformas comunicativas como o *Facebook*, *WhatsApp*, *Twitter* etc., tiveram um impacto inegável na organização de movimentos políticos de base popular.

O impacto é especialmente decorrente da meteórica evolução do acesso proporcionada por tais plataformas e a atratividade que elas exercem numa sociedade em que o fluxo de informação deixou de ser unidirecional para se tornar efetivamente, multidirecional, ou talvez seja melhor dizer, multidimensional.

O fato de que o acesso à rede de informação se encontra hoje vulgarizado por meio de redes de banda larga móvel, em que o uso de *smartphones* se apresenta como o principal suporte para captação, produção, reprodução (e transformação) da informação, explica muito do impacto político e social de tais tecnologias. Conforme relatório da *Broadband Commission* da UNESCO, divulgado em setembro de 2015, ao passo que as linhas fixas de telefonia demoraram 125 anos para atingir o primeiro bilhão de usuários, o *Facebook* demorou meros 8 anos para atingir essa marca e a disseminação das linhas de banda larga móvel atingiu tal patamar em apenas 5 anos.⁷

Visto que a internet se apresenta hoje como a principal ferramenta de comunicação utilizada por quase metade da humanidade, mas ainda fora do alcance da outra metade, é natural que a reivindicação da inclusão digital como direito básico e componente da agenda governamental venha ganhando força como bandeira de luta de entidades não governamentais dedicadas ao tema da transparência, liberdade de expressão e direito de informação.⁸

A revolução na sociabilidade ocasionada pela emergência das redes sociais, onipresentes no cotidiano de boa parte da população, especialmente das camadas mais jovens, favorece a emissão da opinião e da informação de forma fragmentada e contingente.

Cada sujeito é, virtualmente, um provedor de informações e de opiniões, buscando em sua atuação, produzir influência e agregar seguidores, sendo que a literatura ainda não conseguiu mapear adequadamente como se estabelecem os mecanismos de influência nas redes

⁷ UNESCO, *The State Of Broadband 2015: Broadband As A Foundation For Sustainable Development*. A Report By The Broadband Commission For Digital Development. ITU, UNESCO, 2015.

⁸ A propósito de tal enfoque, vide ONU, Conselho de Direitos Humanos, Resolução 32/13, A/HRC/32/L.20., 1º jul 2016. Disponível em: <<https://undocs.org/A/HRC/RES/32/13>>. Acesso em 15 jul. 2021.

sociais, pois, embora haja alguns indivíduos considerados formadores de opinião – os chamados *digital influencers* – há evidências de que a disseminação das informações e confirmação de opiniões se dá por meio não hierárquico.

Desconfia-se que a dinâmica peculiar da interação nas redes sociais virtuais promove, no âmbito das localidades, um fenômeno semelhante ao que o processo de globalização promoveu no âmbito das comunidades nacionais, assim explicado por SABINO CASSESE:

[É] redefinida a própria organização do Estado, que renuncia às suas funções em favor de regiões menores (federalismo interno) e de regiões maiores (federalismo externo). Por isso, perde-se também o vínculo político unitário do cidadão com o Estado, em favor de uma balcanização dos pertencimentos e das identidades.⁹

Embora a literatura das ciências sociais ainda não tenha estabelecido um consenso acerca do assunto, há indícios de que a virtualização das redes sociais potencializa o fenômeno da *homofilia*, isto é, o estabelecimento de relações entre pessoas que têm características semelhantes – etnia, religião, credo político, etc.

Conforme observa o cientista de redes sociais e pesquisador chefe do Yahoo Researchs, DUNCAN J. WATTS, “[s]e isso for verdadeiro, a tendência pode ser problemática, pois círculos sociais homogêneos podem levar também a uma sociedade mais balcanizada, em que diferenças de opinião levam a conflitos políticos, e não apenas a trocas de ideias entre semelhantes”.¹⁰

Nesse sentido também é a conclusão de CASS SUNSTEIN, que, ao analisar o impacto da Internet na esfera pública, observa que “uma democracia necessita de uma série de experiências comuns, assim como entrar em contato com diversos temas e ideias nem previstos nem escolhidos,”¹¹ sendo que a “customização” da informação propiciada pela Internet, ameaça esse espaço vivencial comum dotado de diversidade.

MARKUS PRIOR, em outro estudo, constata que a superação dos meios de mídia de massa tradicionais, substituídos por um ambiente de mídia “high-choice”, em que os usuários selecionam as informações que desejam receber, acaba por promover uma espécie de distribuição desigual do capital informacional, pois aqueles que se desinteressam da política

⁹ CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Tradução Ilse Paschoal Moreira, Fernanda Landucci Ortale. São Paulo: Saberes Editora, 2010, p. 59.

¹⁰ WATTS, Duncan J. **Tudo é óbvio: quando você sabe a resposta**. Tradução Letícia Della Giacoma de França. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2015. [e-book], cap. 10.

¹¹ SUNSTEIN, Cass. **Republica.com**. Tradução para o espanhol Paula García Segura. Buenos Aires, Paidós, 2003, p. 188, tradução nossa.

acabam recebendo um volume ainda menor de informações de natureza pública, enquanto os cidadãos politizados tornam-se cada vez mais bem informados.¹²

É possível supor que a desterritorialização da vida em sociedade, com a desmaterialização dos ambientes físicos de trabalho, estudo e lazer e a possibilidade de estabelecer redes de relações baseadas na similaridade de gostos, crenças e opiniões, seja um fator que favoreça o enfraquecimento dos laços de coesão no âmbito das coletividades tradicionais – comunidade local, região, nação.

Tal tendência, aliás, encontra especial ambiente de recrudescimento com a pandemia de COVID-19, que acelerou o processo de migração para o trabalho remoto e a educação à distância, limitando também os processos de socialização tradicional.

É certo que a formação de redes de confiança, embora ínsitas ao processo de socialização em grupos maiores e mais complexos, é um componente relevante para a efetividade de um Estado democrático, podendo favorecê-lo ou enfraquecê-lo, conforme sejam ou não integradas no ambiente público compartilhado. É a advertência pertinente de CHARLES TILLY:

As democracias necessariamente realizam a integração parcial das redes de confiança na vida pública. Se as redes de confiança às quais os cidadãos se alinham na busca de seus principais empreendimentos coletivos permanecem segregadas dos processos políticos públicos, então os cidadãos têm poucos incentivos para participar na política e incentivos muito fortes para proteger as suas relações sociais da intervenção política.¹³

Restabelecer um espaço público que congregue e favoreça redes de sociabilidade que se integrem e se articulem em prol de valores e identidades comuns e que propiciem a solução de problemas comunitários, é o desafio que se coloca às sociedades modernas, caso queiram permanecer democráticas.

3. Tecnologia e regulação – o ciberespaço é a fronteira sem lei?

No século XIX, a chamada “democracia” era restrita a homens da elite branca, que se reuniam em clubes privados para decidir os destinos da nação. No século XX, a rua tornou-se o *locus*, por excelência da disputa democrática, por meio de comícios e passeatas, tornando-se efetivamente um regime popular. Curiosamente, o século XXI trouxe o debate para uma nova

¹² PRIOR, Markus. News v. Entertainment: How Increasing Media Choice Widens Gaps in Political Knowledge and Turnout. *American Journal of Political Science*, n. 49 (3), 2005, p. 594-609.

¹³ *Democracia*, 2013, p. 102.

forma de “clube privado”, visto que as redes sociais nada mais são do que esse tipo de agrupamento, sem embargo de sua capacidade de congregar milhões.¹⁴ A diferença em relação aos clubes do Século XIX é que – além do ingresso quase universal – as regras de comportamento não são óbvias e nem sempre há um leão de chácara disposto a expulsar o sócio de comportamento inconveniente.

Não deixa de ser paradoxal que o Estado – que é o principal alvo da desconfiança civil – seja ao mesmo tempo a autoridade capaz, em tese, de contrabalançar o enorme poder das *Big Techs*, na medida em que estas relutam em promover uma autorregulação de suas plataformas.

A propósito, recorreremos novamente a RUNCIMAN:¹⁵

Para que o Facebook seja domando num futuro próximo, isso precisará ser feito pelo poder de posse dos Estados, as máquinas que inventamos com essa finalidade. Não pode ser um simples embate entre o povo e o Facebook. O confronto terá de ocorrer entre Leviatã e Leviatã.

Evidentemente, tal intervenção deve se operar sob o império da lei, mediante um conjunto coerente e compreensível de disposições jurídicas que favoreçam a previsibilidade dos comportamentos, em favor da segurança jurídica.

Certamente, tal concepção é ínsita a concepção que se desenhou especialmente a partir do século XIX de um Estado de Direito, no qual, além da previsibilidade e da estabilidade normativa, temos presente também a ideia de uma capacidade de coerção (*enforcement*) – que por sinal é elemento distintivo da soberania estatal.

Todavia, é certo que tal modelo se encontra seriamente comprometido no mundo atual, ao menos em alguns dos aspectos que são fortemente impactados pelo processo de globalização e, dentro desse processo, especialmente no que tange à crescente integração das mentes, corações e interesses no âmbito das redes informacionais.

Boa parte das interações sociais, políticas e também econômicas que desenvolvemos atualmente ocorre no ciberespaço, ambiente cujas regras de funcionamento flutuam num plano acima da capacidade de capacidade normativa e ordenadora dos governos nacionais.¹⁶

Os *players* da comunicação Global – *Google, Facebook, Baidu* etc. – impõem seus padrões à comunicação na rede e resistem à regulação estatal, ao menos fora de seus países de

¹⁴ Não custa lembrar que, em suas origens, o Facebook tinha estrutura similar a de um clube, em que se ingressava mediante convite de um sócio já admitido nos “quadros sociais”.

¹⁵ Op. cit., p. 144.

¹⁶ É curioso observar que, nesse novo contexto, normas que buscam limitar o poder dos interesses “estrangeiros” nas empresas de comunicação – comuns nos ordenamentos jurídicos produzidos em âmbito nacional, como na Constituição Brasileira (art. 222) e, em Espanha, na Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta – soam absolutamente caducas e desmoralizadas.

origem. Nesse contexto, a rede mundial é, de forma ambígua, espaço público amplíssimo – haja vista a capacidade de conexão de bilhões de pessoas em milhões de redes de relacionamento, popularizada a ideia de que toda e qualquer pessoa está conectada a outra por “seis graus de separação” – e espaço privado, por vezes secreto, em que a intervenção estatal é vista sempre com reservas, seja por atingir interesses empresariais, seja pela ideia de legítima proteção da liberdade dos usuários.

A falta de balizas legais atualizadas, além da evidente dificuldade decorrente da “deslocalização” dessa espécie de serviço – criado e gerido por empresas globais por meio de servidores localizados fora do alcance da soberania territorial – põe em evidência a incapacidade atual dos Estados controlarem inteiramente as atividades desenvolvidas no ciberespaço, ainda que seus efeitos práticos impactem a vida local.

No Brasil, tem sido objeto de intenso debate os limites da atuação das autoridades judiciárias em face da liberdade quase ilimitada de comunicação propiciada por plataformas digitais na qual a comunicação entre os participantes se dá de forma criptografada, sem que haja possibilidade de interceptação e revelação do conteúdo das mensagens, mesmo para a atividade de investigação criminal.

A criminalidade transnacional – seja na modalidade puramente cibernética, em condutas como *hacking*, *pharming* e *phishing*, seja no uso da rede para suporte informacional da criminalidade convencional – ainda não encontra resposta adequada, justamente pelas características da própria informação na internet: *imaterialidade*, *imediatidade* e *ubiquidade*.

As tentativas de estabelecer uma uniformização e um regime de cooperação em nível transnacional – por exemplo, pela *Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime*, de 2001, produzida no âmbito europeu e aberta à ratificação de outros países – ainda não são capazes de coibir essa modalidade criminosa, pois ainda trabalham com a lógica tradicional das soberanias nacionais e com o tempo infinitamente mais lento de colaboração das autoridades locais.

Mesmo em outros âmbitos – civil, alfandegário, tributário, financeiro, proteção ao consumidor etc. – é evidente a insuficiência dos ordenamentos nacionais e suas respectivas autoridades para resolver os conflitos advindos do trânsito de informações, bens e serviços pelo ciberespaço.

É certo que novas leis têm sido aprovadas, no esforço de trazer para “dentro” do espaço de regulação estatal os fenômenos da comunicação global em rede – no Brasil, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), que busca delimitar de forma mais adequada a responsabilidade dos atores e a mais recente Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº

13.709/2018) que busca estabelecer salvaguardas em favor dos direitos de personalidade no âmbito informacional. Mas se a lei é capaz de se impor aos chamados “provedores de conexão” – aqueles que atuam no mundo físico do estabelecimento de infraestrutura das redes – é certo que não atingirá senão uma ínfima fração dos “provedores de aplicação”, que atuam no espaço virtual e estão espalhados por todo o planeta.

É certo que nesse ambiente fluido, uma parte das transações está devidamente assegurada. As corporações – financeiras, comerciais, industriais – dependem fortemente da comunicação em rede para manter seus fluxos econômicos em operação, o que tende a se ampliar com o advento daquilo que vem sendo chamada “quarta revolução industrial”, na qual a tendência de deslocalização da produção se aprofunda. Os grandes atores econômicos se asseguram por meio de acordos privados e pelo recurso a meios não-estatais de resolução de conflitos, promovendo, assim, a autorregulação de seus interesses.

Observa-se, portanto, que o espaço de antinomias e lacunas que caracteriza o ciberespaço acaba por atingir de forma mais impactante os cidadãos comuns, que tem de contar com a “mão invisível” dos interesses econômicos para sobreviver nessa esfera alheia à regulação estatal. E aqui nem mencionamos o impacto causado nas relações econômicas, seja pelo fluxo de capitais e de trabalho “desmaterializados”, bem como pela imposição de novos arranjos entre capital-trabalho – do que é exemplo marcante os diversos conflitos decorrentes da implantação *uberização* da economia e consequente precarização da mão-de-obra.

Não há dúvida, portanto, que soluções concebidas no âmbito das soberanias nacionais – e mesmo supranacionais, como os regulamentos e diretivas promovidos no âmbito da União Europeia – não são capazes de promover totalmente a segurança jurídica dos cidadãos, o que coloca em questão a criação de instâncias de governança global, o que é sempre objeto de controvérsias, seja no tocante à factibilidade, seja no aspecto da conveniência.

O fato é que já há iniciativas globais nesse sentido, de natureza multisetorial (*multistakeholder*), envolvendo atores acadêmicos, governamentais, corporativos e da sociedade civil, reunidos sob a chancela da *NET Mundial Initiative*, cuja reunião ocorrida em 2014 no Brasil produziu documento que busca estabelecer os princípios básicos do que seria uma governança global da internet.¹⁷

¹⁷ Vide: <<http://netmundial.br/wp-content/uploads/2014/04/NETmundial-Multistakeholder-Document.pdf>>, Acesso em: 16 jul. 2021. Destaca-se, desse documento, a declaração: “It is necessary to strengthen international cooperation on topics such as jurisdiction and law enforcement assistance to promote cybersecurity and prevent cybercrime. Discussions about those frameworks should be held in a multistakeholder manner”.

Tal iniciativa, baseada na concepção de uma *governança sem governo* – ou seja, em que a responsabilidade da governança se baseia na atuação consensual dos múltiplos atores – aponta para um caminho que certamente exigirá, em algum momento, a produção de uma institucionalidade mais densa, o que já se revela pela existência, no âmbito dessa iniciativa, do *Internet & Jurisdiction Project*, que tem como objetivo “o desenvolvimento e implementação de um ecossistema de cooperação *multistakeholder* modular para garantir o devido processo através das fronteiras. A estrutura quadro transnacional irá fornecer um "padrão de política" para a apresentação e tratamento dos pedidos transfronteiriços sobre apreensões de domínio, quedas de conteúdo e identificação do usuário.”¹⁸

7. Regulação do discurso e democracia

Porém, ainda que haja sucesso em estabelecer mecanismos de governança capazes de diminuir a anarquia do ciberespaço e impor freios à atuação das *Big Techs*, outros desafios se colocam para a institucionalidade democrática.

Talvez, o mais complexo deles e que preexiste ao advento das redes sociais digitais seja o de estabelecer balizas para a intervenção no direito que é considerado a pedra fundamental da vida democrática: a liberdade de expressão. É um truísmo dizer que nenhuma liberdade é absoluta, mas estabelecer os limites da expressão do pensamento e da circulação de informações se tornou um dos mais disputados campos de debate intelectual de nosso tempo.

RIVERO e MOUTOUH sintetizam a trajetória de tal debate no âmbito europeu:¹⁹

Na ótica liberal, a liberdade de pensamento vale por si só, e não pelas teses às quais conduz. [...] O homem, criatura racional, desde que deixado livre, dirige-se naturalmente à verdade, e até seus erros são mais enriquecedores do que todas as coerções. O otimismo aqui se combina com certo relativismo, que não exclui a coexistência de verdades aparentemente contraditórias, mas talvez complementares.

Esse otimismo, entretanto, tem um limite. A experiência dos fascismos, cujo triunfo foi facilitado pelos meios que as liberdades forneciam à sua propaganda no contexto das democracias liberais, marcou os textos do pós-guerra: eles atribuem à liberdade de pensamento, limites que o otimismo do século XIX teria recusado.

De fato, a experiência totalitária moldou a concepção europeia, afastando-a de uma ingenuidade liberal em relação às liberdades públicas e conduzindo a uma maior intervenção

¹⁸ Vide: < <https://www.internetjurisdiction.net/> > Acesso em: 12 jul. 2021.

¹⁹ RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. **Liberdades públicas**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 117.

estatal, com vista à preservação da ordem democrática,²⁰ concepção essa geralmente referida como *democracia militante* ou *democracia protegida*.²¹ Isso se reflete em uma jurisprudência menos inclinada a proteger manifestações que possam ser consideradas ameaçadoras ao regime democrático ou que propaguem discurso de ódio.²²

Já a jurisprudência norte-americana tende a ser mais elástica em relação à liberdade de expressão, dada a tradição de conceder a tal direito uma posição preferencial (*preferential position doctrine*), o que se revela, por exemplo, no chamado Caso Skokie,²³ em que a Suprema Corte tutelou o direito à liberdade de expressão e reunião a membros do Partido Nacional-Socialista da América de realizar uma marcha em localidade em que predominava a etnia judaica.²⁴

A jurisprudência constitucional brasileira parece trilhar uma posição intermediária, ora rechaçando a pretensão de tutela de discursos de ódio – como o fez no conhecido Caso Ellwanger²⁵ – ora estabelecendo o direito à livre expressão do pensamento como direito fundamental em posição preferencial, conforme apontam SARLET e SIQUEIRA:²⁶

Dentre os casos julgados pelo STF envolvendo a liberdade de expressão e indicando sua posição preferencial, podem ser colacionados a declaração da não recepção, por incompatibilidade com a CF, da antiga Lei de Imprensa elaborada no curso do regime militar, quando o relator, Ministro Carlos Britto, afirmou que a liberdade de expressão assume uma posição quase absoluta e apenas pode ser objeto de limitação nos casos expressamente estabelecidos pela própria constituição originária, designadamente o direito à indenização e o direito de resposta (BRASIL, 2009). Da mesma forma chamam a atenção dois outros casos, o assim chamado caso “marcha da maconha”,

²⁰ Tal preocupação se revela, por exemplo, no artigo 18 da Lei Fundamental Alemã, que comina com a perda dos direitos fundamentais aqueles que deles abusarem para combater a ordem fundamental livre e democrática. Versão traduzida disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 15 jul. 2020.

²¹ A propósito das distintas versões desta concepção, no âmbito constitucional, vide PEGORARO, Lucio. Para una clasificación “ductil” de “democracia militante”. **Revista Vasca de Administración Pública**, n. 96, p. 193-228, 2013.

²² Vide, por exemplo, recente decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos, *Budinova and Chaprazov v. Bulgaria*, em que membros de uma minoria étnica reclamam da omissão do Estado Búlgaro em protegê-los do discurso intolerante de um jornalista e político local. Disponível em: <<https://laweuro.com/?p=14047>>. Acesso em 15 jul. 2021.

²³ *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1976/76-1786>>. Acesso em 15 jul. 2021.

²⁴ Evidentemente, há nuances no posicionamento da jurisprudência constitucional norte-americana que não trataremos aqui. Uma didática exposição pode ser encontrada em: MONK, Linda R. **The Bill of Rights: A User's Guide**. Hachette Books, 2018.

²⁵ No referido precedente, o STF negou *habeas corpus* a editor que se dedica a publicar livros que veiculavam a ideologia nacional-socialista, com teorização de cunho racista e negacionista, firmando-se o entendimento de que a veiculação do discurso de ódio não está ao abrigo do direito fundamental à liberdade de expressão. (HC 82424, Relator(a): MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00024 EMENT VOL-02144-03 PP-00524). Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em 16 jul. 2021.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. Liberdade de expressão e seus limites numa democracia: o caso das assim chamadas “fake news” nas redes sociais em período eleitoral no Brasil. **Rei-Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 534-578, 2020.

no qual o STF entendeu que uma manifestação pública e coletiva em prol da legalização do consumo da maconha não poderia ser enquadrada no tipo penal da apologia ao crime (BRASIL, 2011). Também merecem referência, entre outros, os casos das biografias não autorizadas, no qual o STF decidiu ser inconstitucional a exigência de prévia autorização do biografado (BRASIL, 2015), bem como o julgado que traçou uma diferenciação, no que diz com o processo eleitoral, entre críticas veiculadas mediante sátiras e charges e manifestações de humor em geral e as assim chamadas *fake news*, liberando as primeiras (BRASIL, 2018).

Fatos recentes, todavia, podem impactar o tratamento legislativo e jurisprudencial do tema. Com a disseminação do uso dos meios tecnológicos para propagar informações, especialmente por meio das redes sociais, o termo “virulência” ganhou novas implicações.

Não é sem razão que o Diretor Geral da Organização Mundial de Saúde, ainda no início da pandemia de COVID-19, alertou: “não estamos apenas combatendo uma epidemia; estamos combatendo uma *infodemia*. Notícias falsas são espalhadas mais rápida e facilmente do que o vírus e são igualmente perigosas”.²⁷ Lamentavelmente, boa parte dessas notícias falsas são disseminadas por líderes políticos e sua rede de apoiadores, a exemplo de Donald Trump, Jair Bolsonaro e Nicolas Maduro, para citar os populistas mais notórios.²⁸

No campo da luta política, outro acontecimento paradigmático foi a investida contra o Capitólio pela falange incitado por Donald Trump, momento que o Chefe do Estado Maior das Forças Armadas, Mark Milley, teria comparado ao Incêndio no Reichstag, evento que marcou a ascensão do nazismo na Alemanha.²⁹ Trump, cujas postagens sobre a eleição já haviam sido reiteradamente tarjadas pelo Twitter como de veracidade duvidosa,³⁰ teve sua conta suspensa em caráter definitivo,³¹ o que deflagrou um debate sobre o poder censório das empresas mantenedoras das redes sociais.

Esses eventos revelam a complexidade do problema, em seus vários aspectos. Longe de apontar soluções, nossa intenção é apontar algumas facetas dessa complexidade, que devem ser consideradas como desafios para o enfrentamento da questão.

²⁷ Discurso de 15 de fevereiro de 2020, na Conferência de Segurança de Munique. Disponível em: <<https://www.who.int/director-general/speeches/detail/munich-security-conference>>. Acesso em: 15 jul. 2021.

²⁸ BBC. Coronavirus: World leaders' posts deleted over fake news. 31 mar 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/technology-52106321>>. Acesso em: 15 jul. 2021.

²⁹ PENGELLY, Martin. Top US general warned of ‘Reichstag moment’ in Trump’s turbulent last days. **The Guardian**. 14 jul. 2021. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/us-news/2021/jul/14/donald-trump-reichstag-moment-general-mark-milley-book>>. Acesso em: 15 jul. 2021.

³⁰ CONGER, Kate. Twitter Has Labeled 38% of Trump’s Tweets Since Tuesday. **The New York Times**. 5 nov. 2020. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2020/11/05/technology/donald-trump-twitter.html>>. Acesso em: 15 jul. 2021.

³¹ CONGER, Kate; ISSAC, Mike. Twitter Permanently Bans Trump, Capping Online Revolt. **The New York Times**. 08 jan. 2021. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2021/01/08/technology/twitter-trump-suspended.html>>. Acesso em: 15 jul. 2021.

A) Corresponsabilidade na defesa dos valores democráticos

Apesar de serem empresas privadas, as corporações detentoras das plataformas tecnológicas que se propõem a explorar a arena do debate público como meio de obter ganhos econômicos, tornam-se, por conta de tal natureza, corporações quase-públicas. Não há nenhuma novidade nessa qualificação que remonta aos primórdios do debate da regulação pública. Vide, por exemplo, o seguinte trecho de artigo de HENRI H. INGERSOLL publicado no *Yale Journal Law*, em edição de 1904/1905:³²

Corporações que estão, portanto, sujeitas à regulamentação pública, merecem ser chamadas quase-públicas (*quase-public*). Não podem ser chamados de empresas públicas, pois seu objetivo é obter lucro. Elas são sociedades anônimas organizadas voluntariamente por empreendedores e administradas por um conselho de diretores escolhidos pelos acionistas. Elas têm todos os poderes, atributos e incidentes relativas a corporações privadas, e poderiam ser assim chamadas, não fossem seus usos, funções e relações de natureza pública. Se uma empresa privada é quase-pública deve ser determinado pela resposta dada às seguintes perguntas: 1) Sua propriedade é destinada ao uso público? 2) São suas concessões de natureza pública? 3) Deve lidar com todas as pessoas sem discriminação arbitrária? 4) Tem o poder de domínio eminente? Se a resposta a alguma ou todas essas perguntas for afirmativa, a empresa é quase-pública.

Evidentemente, não se pode considerar que as soluções tradicionais da regulação pública do Século XX serão suficientes para lidar com tais empresas, dadas suas características incomparavelmente mais complexas.

O que se quer aqui observar é que, ao assumir a função de ágora moderna, devem-se sujeitar às responsabilidades pela promoção dos direitos fundamentais envolvidos e da manutenção do ambiente democrático necessário à sua sobrevivência empresarial. Nesse sentido, a discussão sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais ganha especial espaço de aprofundamento.

Ao que parece, algumas das empresas parecem ter compreendido tal corresponsabilidade, ainda que de forma inicialmente relutante. O desenvolvimento de ferramentas de monitoramento por inteligência artificial – como os que passaram a classificar e rotular os conteúdos referentes à pandemia de COVID-19 –, o incentivo à leitura prévia de conteúdo jornalístico compartilhado, a remoção massiva de perfis falsos ou dedicados ao discurso do ódio e a criação de comitês independentes de supervisão são algumas medidas de autorregulação que se tornaram comuns nos últimos anos

³² INGERSOLL, Henry H. "Public Regulation of Quasi-Public Corporations." *Yale Law Journal*, vol. 14, no. 5, 1904-1905, p. 255-262. (Tradução nossa).

Tais medidas são, em grande parte, impulsionadas por medidas regulatórias estatais ou mesmo pela imposição de obrigações de moderação por meio de decisões judiciais.³³ Porém, é inescapável o reconhecimento de que a imposição heterônima pode ser inefetiva, criando incentivos à fuga de usuários rumo a plataformas menos reguladas, em ambientes ainda menos transparentes e seguros. E pode ainda comprometer o pluralismo e a diversidade que se espera de um ambiente informacional democrático, na “busca utópica por um ambiente asséptico no qual ninguém se choca com a diferença do próximo, porque ela é apagada”, conforme alertam SARLET e HARTMANN.³⁴

Portanto, além do esforço de articulação transnacional – o que já é algo exigente, dada as diferenças de cultura jurídica acerca dos limites da liberdade de expressão – há que se ter uma certa modéstia acerca da capacidade do Estado de impor unilateralmente tal moderação – esforço que pode converter-se em uma “vitória de Pirro”. Isso porque, além da provável inefetividade, é possível que tal estilo de intervenção produza o efeito reverso de suscitar maior desconfiança dos cidadãos, em um ambiente em que o Estado – ou poderes que se ocultam nele – é frequentemente o “mordomo” das teorias conspiratórias.

Desta constatação emerge, com alguma consistência e constância,³⁵ a proposta de que tal intervenção se dê na forma de uma “autorregulação regulada”, que ocorre quando “órgãos estatais confiam, para a solução de problemas, nas ordens criadas com (relativa) autonomia pelos membros da sociedade, mas atuam regulatoriamente de modo que, quando isso é feito, (também) se observem ou persigam deliberadamente fins relacionados ao bem comum”.³⁶

B) Reconhecimento das assimetrias envolvidas

³³ LE MONDE. “La justice française ordonne à Twitter de détailler ses moyens de lutte contre la haine en ligne”. 6 jul. 2021. Disponível em: <https://www.lemonde.fr/pixels/article/2021/07/06/la-justice-francaise-ordonne-a-twitter-de-detailler-ses-moyens-de-lutte-contre-la-haine-en-ligne_6087228_4408996.html>. Acesso em 15 jul. 2021.

³⁴ HARTMANN, Ivar Alberto Martins; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: a proteção da liberdade de expressão nas mídias sociais. **Direito Público**. Porto Alegre, v. 16, n. 90, dez. 2019, p. 102. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3755>>. Acesso em: 15 jul. 2021.

³⁵ Vide a propósito: HARTMANN, Ivar Alberto Martins; SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 103. Também: SILVA, Bruna Marques da. Discurso de ódio nas normativas transnacionais de empresas de mídias sociais: Uma abordagem acerca das possibilidades da autorregulação regulada: Hate speech in the transnational norms of social media companies: An approach on the possibilities of regulated self-regulation. **Brazilian Journal of International Relations**, v. 9, n. 2, p. 405-433, 2020.

³⁶ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Autorregulação, autorregulamentação e autorregulamentação regulamentada no contexto digital. **Revista da AJURIS**, v. 46, n. 146, p. 529-554, 2019.

O debate sobre a regulação da liberdade de expressão deve contemplar, necessariamente, as múltiplas assimetrias dos atores e a diversidade dos papéis que desempenham na esfera pública.

Tais assimetrias podem ser jurídicas, econômicas, políticas, informacionais e cognitivas, produzindo uma variedade enorme de relações que transitam entre a oposição, a coalizão, a submissão, a dominação e a autocomposição, para não dizer das possíveis combinações estratégicas possíveis entre essas posições atitudinais.

Certamente, nesse cenário, as *Big Techs* possuem um perfil hegemônico e seu poder deve ser levado a sério. Um episódio ilustrativo é a tentativa, pelo Google, de estabelecer uma biblioteca digital universal, com base em acervo de bibliotecas públicas e universitárias, porém, submissa a seus interesses corporativos, o que fez ROBERT DARNTON, notável historiador e diretor da Biblioteca de Harvard a comentar:

Seria ingênuo identificar a Internet com o Iluminismo. Ela tem o potencial para difundir o conhecimento além de qualquer coisa imaginada por Jefferson; mas à medida em que é construída, *link* por *hyperlink*, os interesses comerciais não ficam de braços cruzados à margem. Eles querem controlar o jogo, para dominá-lo, para apropriar-se dele. Eles competem entre si, é claro, mas com tanta ferocidade que eles matam uns aos outros. Sua luta pela sobrevivência está levando a uma situação de oligopólio; e seja quem for o vencedor, a vitória poderia significar uma derrota para o bem público.³⁷

MANUEL CASTELLS, por sua vez, faz um diagnóstico preciso da complexa relação entre autonomia individual e hegemonia dos interesses corporativos no âmbito da internet:

Assim, a sociedade em rede constitui comunicação socializante para lá do sistema de *mass media* que caracterizava a sociedade industrial. Mas não representa o mundo de liberdade entoada pelos profetas da ideologia libertária da Internet. Ela é constituída simultaneamente por um sistema oligopolista de negócios multimídia, que controlam um cada vez mais inclusivo hipertexto, e pela explosão de redes horizontais de comunicação local/global. E, também, pela interação entre os dois sistemas, num padrão complexo de conexões e desconexões em diferentes contextos.³⁸

Percebe-se que, apesar da arquitetura horizontal e multidirecional da rede favorecer o equilíbrio no fluxo de informações, é certo que há enorme interesse, seja por governos nacionais, seja por corporações econômicas e mesmo por organizações criminosas, de impor ao ciberespaço uma “curvatura” que atenda a seus interesses, distorcendo o que seria a transparência e simetria constitucional da rede.

³⁷ DARNTON, Robert. Google & the Future of Books. *New York Review of Books*, 12 fev 2009. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2009/02/12/google-the-future-of-books/>>. Acesso em 16 jul. 2021.

³⁸ CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (org.) *A Sociedade em Rede: do conhecimento à ação política*. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2006, p. 24.

Uma regulação da liberdade de expressão deve levar em consideração a arquitetura imposta pelos grandes *players* da internet e como ela impacta na disseminação de mensagens capazes de gerar impactos danosos na vida coletiva. Deve também levar em consideração como atores econômica ou politicamente poderosos exploram as vulnerabilidades dessa arquitetura de forma a manipular do debate público e instabilizar as instituições democráticas.

A peça-chave para essa governança compartilhada passa pela consideração equitativa dos interesses em jogo, o que impõe um padrão baseado na imparcialidade. Não à toa, BO ROTHSTEIN, um dos principais estudiosos da atuação governamental identifica a imparcialidade como o principal ingrediente da qualidade dos governos, partindo do pressuposto de que há uma autonomia ética da esfera pública, em contraste com as demandas de outras esferas sociais – tais como família, clã, empresa.³⁹

Tais ideias tanto valem para a atividade governamental no âmbito interno dos Estados quanto para as iniciativas cada vez mais importantes de se estabelecer padrões de governança da atividade nas redes digitais.

Daí a importância de erigirem-se princípios que favoreçam a atuação isonômica dos diversos atores no ambiente do ciberespaço, como o chamado princípio da “neutralidade da rede”, cujo objetivo é o objetivo “evitar que os interesses das instituições intermediárias que detém o poder de fato sobre a estrutura da rede influenciem no modelo de interatividade que caracteriza as novas mídias como veículos abertos e horizontais.”⁴⁰

Um exemplo prático e recente dessa consideração acerca da assimetria de poder no âmbito das redes informacionais e a necessidade de impor parâmetros de imparcialidade aos atores hegemônicos é a decisão da Corte de Apelação da Justiça Federal norte-americana que entendeu que o Presidente Trump não poderia bloquear usuários que o criticavam nas redes sociais,⁴¹ pois que delas se utilizava no exercício de suas funções oficiais e tal bloqueio estaria impedindo o exercício da liberdade de expressão consagrado na Primeira Emenda da Constituição dos EUA.⁴²

³⁹ ROTHSTEIN, Bo. **The quality of government**. Chicago: The University of Chicago Press, 2011. p. 22.

⁴⁰ VINHAS, Otávio Iost. A criação da neutralidade de rede como princípio à liberdade de expressão. Trabalho apresentado no 3º Congresso Internacional Direito e Modernidade - UFSM - Universidade Federal de Santa Maria, 2015, p. 13. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/3-19.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2021.

⁴¹ Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/18-1691/18-1691-2019-07-09.html#>>. Acesso em 15 jul. 2021.

⁴² Texto da Primeira Emenda: “*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.*” [O Congresso não fará nenhuma lei sobre o estabelecimento de religião ou proibição de seu livre exercício; ou sobre a restrição da liberdade de

C) Mercado de ideias x Ecosistema democrático

A tradição liberal costuma comparar a arena em que se exercita a liberdade de expressão como um “mercado de ideias” (*marketplace of ideas*), ideia que remontaria à *Aeropagítica*, de JOHN MILTON, mas que ganhou especial notoriedade a partir do voto dissidente do Juiz OLIVER WENDELL HOMES no caso *Abrams v. United States, 1919*, em que a Suprema Corte decidiu que “a Primeira Emenda não protege o discurso que visa minar os Estados Unidos na guerra, alimentando a sedição e a desordem”.⁴³

Segundo tal concepção, reafirmada em vários julgados daquela Corte, a livre concorrência de ideias, à semelhança da concorrência comercial, levaria naturalmente à escolha das ideias mais adequadas, por meio da sábia decisão dos cidadãos-consumidores.

Essa analogia, embora poderosa por seu didatismo e reverberação no imaginário das sociedades ocidentais, talvez mereça ser revista. A começar pelo fato de ter sido construída em momento anterior à grande crise capitalista de 1929, que pôs fim à ilusão da perfeição dos livres mercados e abriu caminho para a ascensão do fascismo e a eclosão da Segunda Grande Guerra.

A vulgarização dessa concepção, além de ignorar as enormes assimetrias já referidas anteriormente – que existem tanto no “livre mercado” como no debate público – leva ao amesquinamento da própria concepção de liberdade de expressão, equiparando a “ideia” – expressão da personalidade dos sujeitos e elemento essencial de sua própria dignidade pessoal – à “mercadoria” – cuja principal característica é a fungibilidade e conversibilidade em dinheiro.

Décadas depois, ao final dessa ladeira escorregadia, a Suprema Corte dos EUA produziu *Citizens United vs. Federal Election Commission* (2010)⁴⁴. Esta é certamente uma das decisões mais comentadas e polêmicas daquela Corte,⁴⁵ tendo inclusive recebido críticas públicas do Presidente Obama – algo raro na tradição constitucional norte-americana⁴⁶–,

expressão ou de imprensa; ou limitando o direito do povo de se reunir pacificamente e de apresentar uma petição ao governo para a reparação de arbitrariedades – tradução nossa].

⁴³ Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1900-1940/250us616>>. Acesso em 15 jul. 2021.

⁴⁴ Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/2008/08-205>>. Acesso em 26 jun. 2018.

⁴⁵ Em pesquisa realizada junto à base de dados Hein On Line, que reúne a maioria dos periódicos em língua inglesa, localizamos 3.360 artigos que fazem referência à decisão.

⁴⁶ Vide reportagem do New York Times, 23 jan. 2010: Obama Turns Up Heat Over Ruling on Campaign Spending. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2010/01/24/us/politics/24address.html>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

motivado protestos no plenário da Corte⁴⁷ e mobilizações por uma Emenda Constitucional que anule a decisão⁴⁸ – fenômenos igualmente raros.

Sem adentrar as tecnicidades processuais e relativas à legislação eleitoral norte-americana, a decisão afastou precedentes anteriores⁴⁹ e, à luz do direito de liberdade de expressão, consagrado na Primeira Emenda, julgou inconstitucional dispositivo da legislação federal americana – *Bipartisan Campaign Reform Act (BCRA)* – que restringia a contribuição ou qualquer outra forma de gasto, realizados por corporações privadas ou sindicatos, visando influenciar o resultado das eleições ou mesmo de processos seletivos de candidatos (primárias, convenções, *caucuses*).

Equiparando empresas a cidadãos no exercício dos poderes típicos do *status civitatis*, os juízes afastaram-se da própria tradição jurisprudencial do país, que reconhecia uma corporação como “um ser artificial, invisível, intangível e existente apenas em decorrência da lei” e, portanto “incapaz de participar do governo civil do país, a menos que criada para esse propósito”,⁵⁰ conforme dicção do Chief Justice JOHN MARSHALL, célebre artífice da *judicial review doctrine*, base do próprio sistema de jurisdição constitucional estadunidense.

Propõe-se aqui, como recurso heurístico mais adequado à ética comunitária, repensarmos a arena pública das redes digitais não como um grande mercado, mas sim como um ecossistema de ideias, em que a diversidade é essencial para a manutenção de seu equilíbrio sistêmico. Porém, deve-se reconhecer a corresponsabilidade das populações que compartilham tal *habitat* em promover e manter a qualidade das interações ambientais.

De forma análoga ao princípio do *poluidor-pagador*, aqueles que se promovem e beneficiam da poluição do ambiente devem ser responsabilizados, na medida dos danos causados ao patrimônio compartilhado. E aqui estamos nos referindo tanto aos provedores que economicamente tiram proveito da chamada “*click bait economy*” quanto os que conseguem mobilizar recursos para sufocar os oponentes por meios fraudulentos.

O *princípio da precaução* aqui também se aplica, não como forma de supressão do discurso – visto que os mecanismos de censura prévia são incompatíveis com a mínima proteção

⁴⁷ Dois protestos foram organizados pela organização The 99rise, em 2014 e 2015. Reportagem com as filmagens do protesto estão disponíveis em: <<https://youtu.be/qLyGhsqWlto>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

⁴⁸ O comitê Wolf Pac tem capitaneado a proposta, disponível em :<<https://www.wolf-pac.com>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

⁴⁹ *Austin vs. Michigan Chamber of Commerce* (1990) e *McConnell vs. Federal Electoral Commission* (2003).

⁵⁰ *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*. Disponível em: < <https://www.oyez.org/cases/1789-1850/17us518>>. Acesso em 16 jul. 2021. Tradução nossa

do direito fundamental em questão – mas por meio de mecanismos que se contraponham aos vieses cognitivos e favoreçam a deliberação bem-informada.

D) Enfrentamento de aspectos estruturais

Por fim, há que se reconhecer que o enfrentamento das distorções propiciadas pelo advento das redes sociais digitais é condição necessária, porém não suficiente para restabelecer a confiança nas instituições democráticas.

Isso porque há questões estruturais que favorecem a erosão democrática, relacionadas ao próprio desenvolvimento imperfeito das sociedades capitalistas, em que os benefícios do progresso tecnológico e do aumento de produtividade do trabalho humano têm sido desigualmente distribuídos, dada a prevalência da renda atrelada ao capital, conforme demonstrou PIKETTY.⁵¹

Ao mesmo passo, “a expansão da democracia é interpretada de modo ambivalente, como perda de privilégios, para alguns e como conquista de novos direitos, para outros”, conforme nota o psicanalista e pensador social CHRISTIAN DUNKER.⁵² E prossegue:

A situação de aumento da percepção social de igualdade, de acesso de novos sujeitos à expressão política e de reconhecimento institucional de excluídos torna tentadora a hipótese de remeter decepções e infortúnios ao “outro”, entendido como excepcionalidade ilegítima. Surge assim o ódio contra aquele que teria “roubado” uma parte de meus direitos.

A desconfiança na democracia contemporânea certamente decorre dessa bipolaridade exclusão/inclusão e na preservação de um modelo socioeconômico que leva a tais antinomias de forma crescente e aparentemente irreversível. No momento em que nos defrontamos com ameaças existenciais globais, como pandemias e emergências climáticas, impõe-se enfrentar as verdadeiras causas da erosão da confiança na capacidade de enfrentar coletivamente problemas insolúveis pela lógica do cada-um-por-si. Como bem sintetiza MARCUS GILROY-WARE:⁵³

Se quisermos sobreviver a esses desafios e encontrar um meio de contorná-los, é essencial que aprendamos a imaginar um futuro que deixe de definir a liberdade em termos de livre-mercado; que impeça que o valor seja medido em termos puramente financeiros ou individualistas; e que traga para o centro coisas que estão *além* do mercado, como saúde, amor, educação, solidariedade, paz e meio ambiente. Em algum

⁵¹ PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

⁵² DUNKER, Christian Ingo Lenz. Psicologia das massas digitais e análise do sujeito democrático. In: **Democracia em risco?: 22 ensaios sobre o brasil hoje**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 126-7.

⁵³ GILROY-WARE, Marcus. **After the fact? The truth about fake news**. London: Repeater, 2020. [e-book], p. 106. Tradução nossa.

lugar nesse futuro, encontraremos também as informações confiáveis sobre o mundo que habitamos coletivamente.

Referências Bibliográficas

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise**. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BBC. Coronavirus: World leaders' posts deleted over fake news. 31 mar 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/technology-52106321>>. Acesso em: 15 jul. 2021.

CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Tradução Ilse Paschoal Moreira, Fernanda Landucci Ortale. São Paulo: Saberes Editora, 2010.

CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (org.) **A Sociedade em Rede: do conhecimento à ação política**. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2006.

CONGER, Kate. Twitter Has Labeled 38% of Trump's Tweets Since Tuesday. **The New York Times**. 5 nov. 2020. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2020/11/05/technology/donald-trump-twitter.html>>. Acesso em: 15 jul. 2021.

CONGER, Kate; ISSAC, Mike. Twitter Permanently Bans Trump, Capping Online Revolt. **The New York Times**. 08 jan. 2021. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2021/01/08/technology/twitter-trump-suspended.html>>. Acesso em: 15 jul. 2021.

DARNTON, Robert. Google & the Future of Books. **New York Review of Books**, 12 fev 2009. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2009/02/12/google-the-future-of-books/>>. Acesso em 16 jul. 2021.

DUNKER, Christian Ingo Lenz. Psicologia das massas digitais e análise do sujeito democrático. In: **Democracia em risco?: 22 ensaios sobre o brasil hoje**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 116-135.

GILROY-WARE, Marcus. **After the fact? The truth about fake news**. London: Repeater, 2020. [e-book].

HARTMANN, Ivar Alberto Martins; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: a proteção da liberdade de expressão nas mídias sociais. **Direito Público**. Porto Alegre, v. 16, n. 90, dez., p. 85-108. 2019. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3755>>. Acesso em: 15 jul. 2021.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Autorregulação, autorregulamentação e autorregulamentação regulamentada no contexto digital. **Revista da AJURIS**, v. 46, n. 146, p. 529-554, 2019.

INGERSOLL, Henry H. "Public Regulation of Quasi-Public Corporations." **Yale Law Journal**, vol. 14, no. 5, 1904-1905, p. 255-262.

LE MONDE. "La justice française ordonne à Twitter de détailler ses moyens de lutte contre la haine en ligne". 6 jul. 2021. **Le Monde**. Disponível em:

<https://www.lemonde.fr/pixels/article/2021/07/06/la-justice-francaise-ordonne-a-twitter-de-detailler-ses-moyens-de-lutte-contre-la-haine-en-ligne_6087228_4408996.html>. Acesso em 15 jul. 2021.

MONK, Linda R. **The Bill of Rights: A User's Guide**. Hachette Books, 2018.

ONU, Conselho de Direitos Humanos, **Resolução 32/13, A/HRC/32/L.20**, 1º jul 2016. Disponível em: <<https://undocs.org/A/HRC/RES/32/13>> . Acesso em 15 jul. 2021.

PEGORARO, Lucio. Para una clasificación “ductil” de “democracia militante”. **Revista Vasca de Administración Pública**, n. 96, p. 193-228, 2013.

PENGELLY, Martin. Top US general warned of ‘Reichstag moment’ in Trump’s turbulent last days. **The Guardian**. 14 jul. 2021. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/us-news/2021/jul/14/donald-trump-reichstag-moment-general-mark-milley-book>>. Acesso em: 15 jul. 2021.

PRIOR, Markus. News v. Entertainment: How Increasing Media Choice Widens Gaps in Political Knowledge and Turnout. **American Journal of Political Science**, n. 49 (3), 2005, p. 594-609.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. **Liberdades públicas**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 117.

ROSANVALLON, Pierre. **Counter-democracy: Politics in an age of distrust**. Trad. Arthur Goldhammer. Cambridge University Press, 2008

ROTHSTEIN, Bo. **The quality of government**. Chicago: The University of Chicago Press, 2011.

RUNCIMAN, David. **Como a democracia chega ao fim**. Trad. Sergio Flaksman. São Paulo: Todavia, 2018.

SILVA, Bruna Marques da. Discurso de ódio nas normativas transnacionais de empresas de mídias sociais: Uma abordagem acerca das possibilidades da autorregulação regulada: Hate speech in the transnational norms of social media companies: An approach on the possibilities of regulated self-regulation. **Brazilian Journal of International Relations**, v. 9, n. 2, p. 405-433, 2020.

SUNSTEIN, Cass. **Republica.com**. Tradução para o espanhol Paula García Segura. Buenos Aires, Paidós, 2003.

TILLY, Charles. **Democracia**. Tradução Raquel Weiss. Petrópolis, Vozes, 2013.

UNESCO, **The State Of Broadband 2015: Broadband As A Foundation For Sustainable Development**. A Report By The Broadband Commission For Digital Development. ITU, UNESCO, 2015.

VINHAS, Otávio Iost. **A criação da neutralidade de rede como princípio à liberdade de expressão**. Trabalho apresentado no 3º Congresso Internacional Direito e Modernidade - UFSM - Universidade Federal de Santa Maria, 2015. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/3-19.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2021.

WATTS, Duncan J. **Tudo é óbvio: quando você sabe a resposta.** Tradução Letícia Della Giacomina de França. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2015. [e-book].

A BANALIDADE DO MAL E O JULGAMENTO EICHMANN THE BANALITY OF EVIL AND THE EICHMANN JUDGMENT

Fabiano Miranda do Nascimento Tizzo ¹

Resumo: O artigo pretende analisar a visão de Hannah Arendt (1906-1975) sobre o julgamento do ex-nazista Otto Adolf Eichmann (1906-1962) e à ideia de banalidade do mal pensada pela autora ao longo do julgamento. Para Arendt, o totalitarismo nazista criou um modelo novo de criminoso, pois o extermínio sistemático e organizado de milhões de seres humanos não é visto somente como monstruosidade por parte de um grupo, mas um ato cometido por pessoas que cumpriam meras obrigações burocráticas, assim como Eichmann. Portanto, nossa análise se concentrará no cumprimento de ordens associado a irreflexão, responsabilidade legal, inversão de valores morais provocada pelo Estado nazista, nos massacres administrativos e o perfil do réu.

Palavras-chave: Eichmann, Arendt, julgamento, moral, responsabilidade.

Abstract: This article aims to analyze the vision of Hannah Arendt (1906-1975) on the trial of former Nazi Otto Adolf Eichmann (1906-1962) and the banality of evil idea conceived by the author during the trial. For Arendt, the Nazi totalitarianism created a new model of criminal, because the systematic and organized extermination of millions of human beings is not only seen as a monstrosity by a group, but an act committed by people who met mere bureaucratic obligations, as well as Eichmann. Therefore, our analysis will focus on fulfilling orders associated with thoughtlessness, legal liability, and reversal of moral values caused by the Nazi state, administrative massacres and the defendant's profile.

Keywords: Eichmann, Arendt, judgment, moral responsibility.

INTRODUÇÃO

Em 1961, logo após a prisão do ex-nazista Eichmann, a renomada intelectual Hannah Arendt se ofereceu como enviada especial da Revista *The New Yorker*² para fazer a cobertura do julgamento e depois publicou um texto composto de cinco capítulos. Posteriormente, os capítulos publicados deram origem ao livro “*Eichmann em Jerusalém - um relato sobre a*

¹ Mestre e especialista em História pela PUC-SP. Especialista em Política e Relações Internacionais pela FESPSP e Bacharel em Sociologia e Política pela mesma instituição. Possui graduação em História pelo UNIFAI e especialização em Arqueologia pela UNISA. É graduado no curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Atua como professor no curso de História da Universidade de Santo Amaro e nos cursos de Direito e Serviço Social da Faculdade Tijuca.

² ARENDT, H. *Eichmann em Jerusalém um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p 311 p. 05.

banalidade do mal”³ que, publicado em maio de 1963, tornou-se uma edição ampliada da cobertura do processo e aborda o período deste artigo.

Arendt se prontificou a cobrir o julgamento pelo fato de não ter podido assistir aos julgamentos do histórico Tribunal de Nuremberg⁴, em novembro de 1945. Assistir ao julgamento de Eichmann, para ela, era de certa maneira “uma obrigação que devia a si mesma e ao seu passado, como afirmou em uma carta ao *Vassar College* com o propósito de desmarcar uma de suas palestras nesta instituição”⁵. De acordo com Lafer, ela queria assistir pessoalmente a um dos perpetradores do holocausto”⁶. Caso ela não tivesse ido ao julgamento, talvez o livro *Eichmann em Jerusalém* não tivesse sido produzido, sendo que este foi uma das obras mais importantes de sua notável produção acadêmica.

Quanto a Adolf Eichmann, sua trajetória começa quando se filia ao Partido Nazista, em abril de 1932. Após a derrota e a invasão das tropas aliadas na Alemanha, alguns nazistas foram capturados e outros se entregaram. Muitos deles foram julgados e condenados à morte pelo Tribunal de Nuremberg, onde o nome de Eichmann foi citado ao longo dos julgamentos. Alguns deles não chegaram a ser julgados, por terem cometido suicídio, inclusive o *Führer* Adolf Hitler, que se suicidou em 30 de abril de 1945 ao perceber que a guerra estava perdida. Eichmann, por exemplo, foi capturado por tropas americanas, porém conseguiu fugir em 1946, escondendo-se na Argentina até 11 de maio de 1960, quando foi preso e posteriormente levado a julgamento.

³ Segundo Adler, em 1964, “*Eichmann em Jerusalém* é agora lido e comentado no mundo inteiro, fala-se dele na televisão e não apenas nos meios universitários” (ADLER, 2007, p. 483). Este foi um livro que desatou “uma das mais amplas e complicadas controvérsias do século XX” (YOUNG BRUEHL, 2006, p. 21).

⁴ O Tribunal de Nuremberg foi o primeiro com a especificidade de julgar criminosos de guerra. Após Nuremberg, muitas vezes a comunidade internacional cogitou da possibilidade de julgar as autoridades civis e militares de um determinado Estado responsável por crimes contra a paz e contra a humanidade – mesmo sessenta anos depois – mas isso não ocorreu. A única exceção aconteceu em 1993, quando um Tribunal Penal Internacional (TPI) foi criado para julgar crimes cometidos na antiga Iugoslávia e, em 1994, quando uma corte especial sentenciou os responsáveis pelo genocídio em Ruanda. Em ambos os casos não foi possível indiciar um governo inteiro e os processos se prolongaram por anos. Em 1998, a ONU (Organização das Nações Unidas) criou a Corte Criminal Internacional (CCI), com o objetivo de oferecer um local permanente para julgar todos os crimes de guerra. Outro exemplo histórico importante ocorreu após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), quando houve discussões acaloradas sobre levar o Kaiser Guilherme II, da Alemanha, a julgamento para responder por crimes praticados na 1ª Guerra Mundial – o que não ocorreu. BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional*. São Paulo: Manole, 2004, p. 13 a 26.

⁵ KELSON, Ruth. Hannah Arendt e o âmbito do conceito de banalidade do mal. São Paulo: Dissertação (mestrado) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC SP, 2011. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/7/TDE-2011-11-23T12:45:15Z-11806/Publico/Ruth%20Kelson.pdf> Acesso em: 25 jan. 2015, p. 95.

⁶ LAFER, Celso. Reflexões sobre a atualidade da análise de Hannah Arendt sobre o processo Eichmann. In: _____. *Eichmann em Jerusalém 50 anos depois*. Curitiba: Editora UFPR, 2013, p. 25.

Dentre as acusações que recaíam sobre ele estava em questão sua participação direta em uma estrutura ampla de extermínio de seres humanos – particularmente o povo judeu – visto também como crime contra a humanidade. Com base em uma “lei israelense criada em 1950”⁷ para punir criminosos de guerra ligados ao nazismo, Eichmann passou a responder por quinze acusações, conforme segue:

(1) Provocar o assassinato de milhões de judeus; (2) Levar milhões de judeus a condições que poderiam levar à destruição física; (3) Por causar sérios danos físicos e mentais aos judeus; (4) Determinar que fossem proibidos os nascimentos e interrompidas as gestações de mulheres judias no campo de concentração *Theresienstadt*; (5) “Resumia os itens 1 e 2”, como: propiciar condições que visavam a morte de milhões de judeus por meio da fome, deportação, trabalhos forçados, condições sub-humanas, destruição física e psicológica, cárcere...; (6) Por perseguir judeus com base em motivos raciais, religiosos e políticos; (7) Pilhagem de propriedade: confiscar bens de judeus através de medidas que envolviam a extorsão, o roubo e a violência; (8) Era responsável por crimes de guerra; (9) Pela expulsão de centenas de milhares de poloneses de suas casas; (10) Responsável pela deportação de 1400 eslovenos da Iugoslávia; (11) Era responsável pela deportação de milhares e milhares de ciganos para o campo de concentração *Auschwitz*; (12) Era responsável pela deportação e morte de 93 crianças da aldeia de Lidice, uma aldeia tcheca. Os três últimos itens o acusavam de pertencer a três organizações consideradas criminosas pelo Tribunal de Nuremberg: SD, Gestapo e SS⁸.

As doze primeiras acusações já eram suficientes para que se aplicasse a pena de morte. De acordo com Arendt, “Eichmann se declarou inocente de todas as acusações”⁹ e não se sentia responsável pelo fato de ter cumprido ordens de seu governo. Mesmo diante da enormidade dos crimes cometidos, a corte israelense teve inúmeras dificuldades para sentenciá-lo, o que levou Arendt a questionar o próprio significado do julgamento e a tipificação do crime pelo qual ele fora indiciado e criticar a não existência de leis que se referissem a crimes contra a humanidade ou genocídio, afirmando que o “sistema legal dominante e os conceitos jurídicos em uso eram inadequados e insuficientes para avaliar o que ela denominou por massacres administrativos”¹⁰. Era um réu que cometera crimes diferenciados que nunca haviam sido julgados pelo Tribunal de Jerusalém que o julgou, pois o regime “totalitário nazista descobriu, sem o saber, que existem crimes que os homens não podiam punir nem perdoar”¹¹.

⁷ A Corte Distrital de Jerusalém fundamentou o julgamento de Eichmann com base nesta “Lei de Punição dos Nazistas e Colaboradores de Nazistas”. Ela possibilitava a aplicação da pena de morte para aqueles que ao longo do regime nazista (1933-1945) cometeram crimes contra o povo judeu. ARENDT, H. *Eichmann em Jerusalém*, 2013, p. 32-268.

⁸ ARENDT, H. *Eichmann em Jerusalém um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 266-269.

⁹ *Ibidem*, p. 32.

¹⁰ ARENDT, H. *Eichmann em Jerusalém um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 317.

¹¹ *Ibidem*, p. 510.

Eichmann cumpria ordens superiores sem jamais tê-las questionado ou sequer refletiu sobre o que fazia, sendo que a ausência do pensar e o cumprimento de ordens foram vitais ao sucesso do nazismo. Para Arendt, era essencial que Eichmann “fosse levado a sério”¹². Era fundamental compreender o tipo de mentalidade de homens como ele, isso poderia contribuir para evitar que mais indivíduos com esse perfil encontrassem espaço em outras organizações criminosas como foi o nazismo, que transformou seres humanos em algo supérfluo.

SOBRE A BANALIDADE DO MAL

Arendt explica o caso Eichmann como um novo fenômeno no século XX. Para a autora, não se trata simplesmente de considerar que Eichmann era dantesco ou monstruoso, mas que, a exemplo de muitos indivíduos, banalizava o mal, agindo de forma indiferente mesmo ao praticar crimes hediondos. Eichmann, embora abominável, é visto por ela como um homem comum, simples, banal e medíocre. Quando ela esteve pessoalmente no julgamento; ao observar o réu diretamente, sentiu-se incomodada ao perceber que ele foi mantido em uma cabine de vidro e que esta tinha como objetivo “protegê-lo dos judeus”, afinal ele era acusado pela morte de milhões deles.

Eichmann era o tipo de burocrata que não sujava as mãos com o sangue de suas vítimas porque era um homem de gabinete que cometia “massacres administrativos”¹³, assinava documentos e batia carimbos em sua escrivania e ao fazer isso milhões de seres humanos eram transportados sob seu comando. Ele foi considerado responsável pela operação de toda a logística de transportes que conduziu inúmeras pessoas aos campos de concentração e evacuação forçada em lugares que foram ocupados e administrados pelos nazistas, antes e após a tomada do poder em 1933. Segundo Arendt, “era visto como um burocrata responsável pela gestão meticulosa do transporte de milhões de judeus, dentre outros povos, para as chamadas fábricas da morte”¹⁴.

Embora fosse somente um cumpridor de ordens nessa estrutura ampla, isso não o isentava dos atos cometidos, nem quer dizer que ele fosse um tolo. “Ele não era burro”¹⁵, diz

¹² *Ibidem*, p. 67.

¹³ *Ibidem*, p. 311.

¹⁴ DUARTE, André. Texto de apresentação da obra. *In*: _____. Eichmann em Jerusalém 50 anos depois. Curitiba: Editora UFPR, 2013, p. 08.

¹⁵ ARENDT, H. Eichmann em Jerusalém um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 311.

Arendt. Segundo Ferraz, Eichmann “sabia bem o que fazia, o que o caracterizava era um vazio de pensamento que não quer dizer tolo, mas que o tornou o grande criminoso que acabou sendo”¹⁶. “Foi pura irreflexão – algo de maneira nenhuma idêntico à burrice – que o predisps a se tornar um dos grandes criminosos desta época”¹⁷, como afirma Arendt.

Obedecia às ordens com muita lealdade e presteza, no desempenho de suas atribuições. E ao exercê-las, considerava somente o “ponto de vista dos outros”¹⁸, não era capaz de refletir sobre a amplitude das ordens recebidas, sendo este um dos aspectos mais impactantes deste julgamento como cita a autora:

O problema com Eichmann era exatamente que muitos eram como ele, e muitos não eram nem pervertidos, nem sádicos, mas eram e ainda são terríveis e assustadoramente normais. Do ponto de vista de nossas instituições e de nossos padrões morais de julgamento, essa normalidade era muito mais apavorante do que muitas atrocidades juntas [...] esse era um tipo novo de criminoso [...] que comete seus crimes em circunstâncias que tornam praticamente impossível para ele saber ou sentir que está agindo de modo errado¹⁹.

Ele era somente um funcionário de seu governo e não da pior espécie do totalitarismo nazista como a maioria, ou seja, não era do tipo que sentia prazer em ver jorrar sangue de vítimas indefesas, “Eichmann nunca tocou em uma arma”²⁰ como afirma Ferraz. Era o tipo de burocrata que acreditava no valor das ordens que recebia e se orgulhava em realizar o seu trabalho bem feito.

Ainda que ficasse comprovado que o réu jamais usara uma arma de fogo contra qualquer judeu, além da incansável alegação de inocência com base no cumprimento de ordens, Arendt observa o quanto eram contraditórias algumas de suas falas ao longo das sessões de seu julgamento:

“Com o assassinato dos judeus não tive nada a ver. Nunca matei um judeu, nem um não judeu – nunca matei nenhum ser humano. Nunca dei uma ordem para matar fosse um judeu fosse um não judeu; simplesmente não fiz isso”; *ou como confirmaria depois [...] não deixou nenhuma dúvida de que teria matado o próprio pai se houvesse recebido uma ordem nesse sentido.* [...] A acusação deixava implícito que ele não só

¹⁶ FERRAZ, Júnior Tércio Sampaio Ferraz. Apresentação da edição nacional publicada em 1983. *In*: _____. Eichmann em Jerusalém um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1983, p. 09.

¹⁷ ARENDT, op. cit., p. 2013, 311.

¹⁸ *Ibidem*, p. 62.

¹⁹ *Ibidem*, p. 299.

²⁰ FERRAZ, Tércio Sampaio Júnior. Apresentação da edição nacional publicada em 1983. *In*: _____. Eichmann em Jerusalém um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1983, p. 10.

agira conscientemente, coisa que ele não negava, como também agira por motivos baixos e plenamente consciente da natureza criminosa de seus feitos²¹.

Ao expor o que pensava sobre Eichmann, Arendt desvela um fenômeno que passa a ser debatido com intensidade: aquele que perpetua o mal não precisa ser forçosamente um indivíduo sádico, genocida, monstruoso ou perverso – não é apenas isso que distingue a barbárie ou a prática do mal. Para ela, o ato de se exterminar pessoas “pode se tornar somente um assunto administrativo nas estruturas da burocracia que domina o fazer moderno”²², como afirma Grespan. Tratava-se do simples cumprimento de ordens por um homem medíocre que as executava com zelo meramente profissional; haja vista que ele “sequer nutria ódio pelos judeus ou era um antisemita fanático pelos ideais de seu partido”²³, como afirmou Arendt. Inclusive, Eichmann “comentou que foi ajudado por uma família judia influente”²⁴ quando esteve desempregado, antes de se filiar ao partido nazista. Ou seja, era de uma absoluta indiferença pelas vítimas e obediência cega às leis.

É exatamente por não ter motivos especiais que “um mal dessa natureza pode se espalhar indefinidamente como um fungo sobre a superfície e devastar o mundo”²⁵, de acordo com Correia. É esse fenômeno que Arendt denomina a banalidade do mal, como define Lafer:

O exercício da gratuidade do mal ativo, que leva a atos monstruosos cometidos por pessoas ordinárias, é, avalia Hannah Arendt, fruto de *thoughtlessness*, uma incapacidade de pensar dos que os perpetram. Esta incapacidade corre o risco de generalizar-se e é extrema (por isso é perigosa), mas não profunda (por isso é banal). Tem, no entanto, o potencial de irradiar-se como um fungo rasteiro e nefasto, que pode espalhar-se pelo mundo, destruindo-o [...]²⁶.

Para a autora, Eichmann era um homem comum dentro da lógica do nazismo, “um novo indivíduo “normal” dentro da nova “norma social”²⁷ como afirma Grespan. Era uma lógica moral nova e também inimaginável antes; seus crimes não somente eram bem planejados e terrivelmente organizados, mas desconhecidos, e seguiam uma lógica de conduta social própria e diferenciada, como cita Voegelin:

²¹ ARENDT, H. Eichmann em Jerusalém um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 33 e 37.

²² GRESPAN, Jorge. Hannah Arendt e a banalidade do mal. In: _____. O pensamento alemão no século XX. Vol. I. São Paulo: Cosac Naify, 2013, p. 155.

²³ ARENDT, op. cit., 2013, p. 37 e 269.

²⁴ *Ibidem*, p. 41.

²⁵ CORREIA, Adriano. Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2007, p. 52.

²⁶ LAFER, Celso. Reflexões sobre a atualidade da análise de Hannah Arendt sobre o Processo Eichmann. In: _____. Eichmann em Jerusalém 50 anos depois. Curitiba: Editora UFPR, 2013, p. 33.

²⁷ GRESPAN, op. cit., p. 168.

Então aí tendes um problema da degeneração da sociedade. Se alguém na posição de Hitler dá ordens para matar –, instruções para um crime sem nenhuma base legal e pelo qual ele próprio é um criminoso no sentido do Direito Penal – estas ordens serão simplesmente cumpridas porque a condição moral da população é tão baixa que as pessoas não podem distinguir entre legalidade e ilegalidade, criminalidade e não criminalidade²⁸.

O regime de governo nazista inverteu a ordem e os valores morais em sua sociedade e ofereceu como matéria prima homens como Eichmann: “O mal se converteu em norma, estava generalizado e banalizado”²⁹ e sua figura pequena era a banalidade do mal em pessoa em pleno século XX. A expressão banalidade do mal não significa que a prática do mal pelos nazistas era vista por Arendt como banal, mas sim, que era vista pelos nazistas como banal.

O conceito de banalidade do mal de Arendt não afirma sobre uma suposta essência do mal, “não é uma questão ontológica uma vez que não se apreende uma essência do mal, mas sim uma questão no plano da ética e da política”³⁰, segundo Souki. A banalidade do mal não está necessariamente em um plano metafísico, ela é parte do meio político, histórico, é uma condição humana. O “problema do mal sai, verdadeiramente, dos âmbitos teológico, sociológico, psicológico e passa a ser focado na sua dimensão política”³¹, como afirma Souki. Torna-se um fenômeno humano “fruto do não exercício da liberdade”³² que se aproxima do homem na medida em que ocorre um vazio no pensamento associado a algum estado de crise moral como foi o totalitarismo.

Para Arendt, não era ele a engrenagem ou motor do sistema, e sim “parte de um aparato burocrático gigante que utilizava os recursos do governo”³³ com vistas “a condenar judeus ao extermínio não pelo que fizeram enquanto indivíduos, mas porque eram parte de um grupo em que nasceram e foram jogados pela legislação nazista”³⁴, como afirma Lafer. Os judeus foram condenados à morte somente pelo que eram, pois “os nazistas arvoraram-se no direito”³⁵ de “determinar quem deveria e quem não deveria habitar o mundo”³⁶, como afirmou Arendt.

²⁸ VOEGELIN, Eric. Hitler e os alemães. São Paulo: Realizações Editora, 2009, p. 301.

²⁹ GRESPLAN, op. cit., p. 169.

³⁰ SOUKI, Nádia. Hannah Arendt e a banalidade do mal. Belo Horizonte: UFMG, 2006, p. 99 e 100.

³¹ SOUKI, Nádia. Hannah Arendt e a banalidade do mal. Belo Horizonte: UFMG, 2006, p. 100.

³² *Ibidem*, p. 67.

³³ ARENDT, H. Eichmann em Jerusalém um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 312.

³⁴ LAFER, Celso. Reflexões sobre a atualidade da análise de Hannah Arendt sobre o processo Eichmann. In: _____. Eichmann em Jerusalém 50 anos depois. Curitiba: Editora UFPR, 2013, p. 27.

³⁵ *Ibidem*, p. 31.

³⁶ ARENDT, op. cit., 2013, p. 302.

Nos chama atenção a capacidade de Arendt de expor e indagar sobre as peculiaridades do réu, mas sem mostrar claramente sentimentos pessoais. Alguns apontamentos feitos pela autora são expressados por meio de adjetivos que além de evidenciar o perfil de Eichmann, expõem sua indignação frente ao ocorrido. Ela se mostrou atônita dada a pequenez do sujeito e a imensidão destrutiva que um homem de inteligência tão limitada foi capaz de alcançar. Portanto, ela atribui a Eichmann adjetivos tais como: normal, comum, banal, superficial, constrangedor, fracassado, vaidoso, mentiroso, medíocre, incapaz de pensar, mediano, frustrado, palhaço.

Todos esses adjetivos denotam que a ausência do pensar é um dos principais problemas de Eichmann, pois durante o julgamento ele foi incapaz de construir uma frase bem sustentada em sua defesa. Embora a autora não afirme, fica-nos a impressão de que o réu era somente um homem inepto, mas foi capaz de causar um dos maiores males que já se fez à humanidade. Um mal que envolveu o extermínio de milhões de seres humanos foi cometido por um homem limitado intelectualmente e cegamente leal ao cumprimento das ordens que recebia, movido pela obsessão de ser um burocrata exemplar, como cita Arendt:

Quanto mais se ouvia Eichmann, mais óbvio ficava que sua incapacidade de falar estava intimamente relacionada com sua incapacidade de *pensar*, ou seja, de pensar pelo ponto de vista dos outros. Não era possível nenhuma comunicação com ele, não porque mentia, mas porque se cercava do mais confiável de todos os guarda-costas contra as palavras e a presença de outros, e portanto contra a realidade enquanto tal³⁷.

Para Ferraz, ele “não era o tipo perverso de criminoso, cínico ou atrevido, não era um ambicioso capaz de matar ou de fechar os olhos para progredir, mas sim alguém que jamais teria imaginado o que estava fazendo”³⁸. É como se Eichmann não refletisse e não percebesse o que fazia, ou não era sensível o suficiente para interpretar a amplitude maléfica de seus feitos. Mesmo assim, não era visto pela autora como um homem inocente e que apresentasse desvios de comportamento ou indícios de insanidade mental, ao contrário, Eichmann “foi avaliado por pelo menos seis psiquiatras que atestaram sua dita “normalidade”³⁹, diz Arendt. Ele não era um agente ou um potente cérebro voltado à prática do mal, mas sim, parte de uma base estrutural para que a prática do mal se concretizasse e se tornasse banal – o que gerou espanto para a autora que o concebeu como uma figura “constrangedora e superficial – afastando-o de tal modo

³⁷ ARENDT, H. Eichmann em Jerusalém um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 62.

³⁸ FERRAZ, Júnior, Tércio Sampaio. Apresentação da edição nacional publicada em 1983. In: _____. Eichmann em Jerusalém um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1983, p. 09.

³⁹ ARENDT, op. cit., 2013, p. 37.

da imagem dos grandes vilões, era difícil para ela vê-lo como um monstro capaz de cometer males impensáveis⁴⁰, como afirma Correia. Segundo Arendt, “apesar de todos os esforços da promotoria, todo mundo percebeu que esse homem não era um “monstro”, mas era difícil não desconfiar que ele fosse um palhaço”⁴¹.

Outro aspecto a considerar são as falas de Eichmann analisadas por Arendt ao longo do julgamento; levam-nos a vê-lo como uma das figuras mais toscas no panorama dos homens nazistas. A autora o descrevia não apenas como “uma figura comum e banal”⁴², mas também como sendo um homem que pensava por clichês:

[...] Eichmann, apesar de sua má memória, repetia palavra por palavra as mesmas frases feitas e clichês semi-inventados (quando conseguia fazer uma frase própria, ele a repetia até transformá-la em clichê) toda vez que se referia a um incidente ou acontecimento que achava importante. [...] ele dizia sempre a mesma coisa, expressa com as mesmas palavras⁴³.

Quando lhe perguntaram se ele se arrependia do que fez, Eichmann respondeu “*Arrependimento é para criancinhas*”⁴⁴. Em outra ocasião quando foi pressionado pela corte, reclamou dizendo “*que tinha sido frito até o bife queimar*”⁴⁵. Em outra situação, respondeu e sugeriu à corte o seguinte: “*Posso ser enforcado em público como exemplo para todos antissemitas da Terra*”⁴⁶.

Os clichês eram comuns entre os nazistas e o hábito de Eichmann de responder por clichês trouxe inúmeras dificuldades ao longo do julgamento, principalmente no que diz respeito à busca pela verdade, pois até mesmo para isso ele tinha um clichê: “*Um dos poucos dons com que o destino me abençoou é a capacidade para a verdade, na medida em que ela depende de mim*”⁴⁷, disse ele. Dizer a verdade não era o forte de Eichmann e “esse horrível dom de se consolar com clichês não o abandonou nem na hora de sua morte”⁴⁸ de acordo com Arendt. Era uma capacidade de expressão oriunda de seu tempo.

⁴⁰ CORREIA, Adriano. Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2007, p. 49.

⁴¹ ARENDT, op. cit., 2013, p. 67.

⁴² *Ibidem*, p. 311.

⁴³ *Ibidem*, p. 62.

⁴⁴ ARENDT, H. Eichmann em Jerusalém um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 36.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 245.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 66.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 67.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 68.

Eichmann “era mais um homem comum que aprendera a recitar mecanicamente os chavões ideológicos de seu partido”⁴⁹, segundo Duarte. É como se a sua linguagem codificada o protegesse contra a realidade da corte que o julgava, mesmo depois de tantos anos fora do Partido Nazista, ele ainda não havia conseguido se desprender dos vícios de linguagem de sua época. Isto quer dizer que era incapaz de refletir para além da esfera técnica de seu partido, “alheio a qualquer demanda de pensamento e juízo”⁵⁰, como afirmou Duarte. Era um sujeito afastado da realidade comum daquilo que Arendt chama de espaço público, que se dá em meio à relação com outros indivíduos que pensam diferente e dialogam entre si e assim se constrói o novo, pois as ideias estão sempre em debate e mais ideias podem ser construídas em conjunto.

O totalitarismo banuiu a possibilidade de o homem comum pertencer à esfera pública e impôs uma realidade superficial, portanto suprimiu a pluralidade de ideias e a interação entre os indivíduos para que não houvesse o novo e sim somente a ideologia oficial. É esse também um dos principais problemas visto no julgamento, pois o distanciamento da realidade da esfera pública gerou uma grande irreflexão entre os homens do nazismo e com Eichmann, estes que se tornaram superficiais no pensar, agir e até falar, daí os clichês com frases prontas e fáceis e a disposição em obedecer sempre, obediência passou a ser visto por eles como disciplina. Quando Eichmann se “defrontava com situações em que não havia nenhuma frase pronta ficava totalmente desorientado”⁵¹, segundo Arendt. Essa irreflexão propiciada pela ausência da realidade, levou-os à, “crueldade e aceitação do extermínio como sendo uma solução perfeitamente normal”⁵². Tornaram-se sujeitos obedientes e de fácil manipulação em favor da ideologia e abnegaram do poder de questionamento, pois a convicção de “se fazer o certo e evitar o errado tende a ser construída moralmente e no relacionamento do homem consigo mesmo, o que seria suficiente”⁵³, segundo Arendt. Mas após o totalitarismo houve a impossibilidade de participação e livre ação ou interação espontânea dos indivíduos, pois a imposição da proposta totalitária tinha como conduta moral “a introdução da criminalidade no domínio público”⁵⁴, como afirma a autora.

⁴⁹ DUARTE, André. O pensamento a sombra da ruptura: política e filosofia em Hannah Arendt. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 342.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 343.

⁵¹ ARENDT, H. A dignidade da política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003, p. 145.

⁵² ARENDT, H. Origens do totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 496.

⁵³ ARENDT, H. Responsabilidade e julgamento. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 131.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 86.

Para a autora, a lição que a humanidade pode tirar de um homem condenado por contribuir intensamente com o assassinato de milhões de pessoas, e que citou de forma animada e “assustadoramente normal”⁵⁵ alguns dos clichês de seu partido mesmo à beira da morte, é a lição histórica do longo curso que a maldade humana nos ensinou sobre “a temível banalidade do mal, que desafia as palavras e os pensamentos”⁵⁶ e o cuidado que se deve ter para que não haja “um Eichmann dentro de cada um de nós”⁵⁷, pois o ser humano é concupiscível em situações “de forte tentação sempre que pareça impossível aliviar a miséria política, social ou econômica de modo digno do homem”⁵⁸.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que a autora levou em consideração o tipo de raciocínio que Eichmann possuía, não apenas o que fez, mas o que pensava a respeito do que fazia enquanto executava as ordens de seu regime. Seus apontamentos nos levam a pensar que o réu “era incapaz de pensar com a ausência de um regulamento”⁵⁹, como afirma Correia. “Mais importante do que saber como seguir uma regra é saber por que é que se deve segui-la”⁶⁰ e esse tipo de análise não parece ter sido pensado por Eichmann. De forma que obedeceu – sem se responsabilizar pessoalmente pelas consequências morais de seus atos – e sem cogitar se eles poderiam ocasionar algo maléfico, destrutivo, cruel e danoso. Ou seja, seguiu todo o regulamento, tratou o extermínio como uma rotina de tarefas, um assunto meramente administrativo e burocrático, por obediência às leis, sob um ponto de vista profissional, sem ódio, fanatismo ou senso de horror pelo que praticava. Segundo Arendt, Eichmann não era capaz de estabelecer o precioso diálogo de pensamento “entre mim e mim mesmo que, desde Sócrates e Platão, chamamos de pensar”⁶¹. Para Souki, ele era o homem ideal e perfeito para levar adiante a empreitada de que era encarregado, como cita a autora:

Na sua função de encarregado do transporte, ele era normal e medíocre e, no entanto perfeitamente adaptado a seu trabalho que consistia em “fazer as rodas deslizarem suavemente” [...] Sua função era tornar a “solução final”, normal. Com sua vaidade e

⁵⁵ *Ibidem*, p. 299.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 274.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 309.

⁵⁸ ARENDT, H. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 511.

⁵⁹ CORREIA, Adriano. *Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2007, p. 50.

⁶⁰ DUARTE, André. *O pensamento a sombra da ruptura: política e filosofia em Hannah Arendt*. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 342.

⁶¹ ARENDT, H. *Responsabilidade e julgamento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 107 e 109.

exibicionismo e seus clichês pretensiosos, ele era, ao mesmo tempo, ridículo e ordinário. Eichmann representava o melhor exemplo de um assassino de massa que era, ao mesmo tempo, um perfeito homem de família. Chamar alguém de monstro não o torna mais culpado, da mesma forma que chamá-lo de besta ou demônio. [...] Afigurava-se como algo totalmente negativo: não se tratava de estupidez, mas de uma curiosa e bastante autêntica incapacidade de pensar⁶².

É a esse fenômeno que Arendt denomina como banalidade do mal, expressão que se aplica a indivíduos como Eichmann que, convencidos de seus deveres, praticam o mal sem motivos especiais, de maneira gratuita, sendo tão pouco capazes de conceber ressentimentos quanto de refletir sobre seus feitos. É essa indiferença à prática do mal que o banaliza. Isso significa que o mal não está no plano da abstração e sim “num nível estritamente factual que nos encarou de frente no julgamento”⁶³, como afirmou Arendt. Ela o vê como um homem “assustadoramente normal”⁶⁴ e foi essa aparente normalidade de Eichmann que lhe causou espanto, ao mesmo tempo que a motivou na tentativa de compreendê-lo sem demonizá-lo. Trata-lo como um demônio teria sido simplista ou até “reconfortante”⁶⁵ diz ela. Seu interesse era compreender a figura de Eichmann a fundo – “agiu como filósofa”⁶⁶ – analisou e o problematizou de forma peculiar o perfil e o modo de pensar do sujeito, bem como as motivações de um ex-nazista como ele.

Embora a autora tenha construído um modelo diferenciado para explicar o fenômeno Eichmann, inclusive ao qualificar o mal como sendo banal, sofreu feroz oposição a algumas de suas ideias, principalmente quando se referiu a uma possível participação de judeus no massacre de seu próprio povo. Segundo Correia, o que “incomodou em sua análise, entre outros aspectos, foi justamente o fato de ela ter concebido uma teoria na qual o perpetrador do mal possivelmente não possui qualquer diferença essencial de suas vítimas”⁶⁷. Ao insinuar a cooperação de lideranças judaicas que segundo ela podem ter facilitado a *Shoá*, Arendt diz que, “para um

⁶² SOUKI, Nádía. Hannah Arendt e a banalidade do mal. Belo Horizonte: UFMG, 2006, p. 88.

⁶³ ARENDT, H. Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 310.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 299.

⁶⁵ ARENDT, H. Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 299.

⁶⁶ Mesmo com formação em Filosofia e tendo lecionado Filosofia, Hannah Arendt não se sentia uma absoluta filósofa, preferia ser vista como pensadora de Teoria Política. Conforme entrevista concedida a Günter Glaus, em 28 de outubro de 1964, para um canal de televisão da Alemanha Ocidental. É possível obter o conteúdo dela por meio de duas fontes: Em uma de suas obras denominada como “*A dignidade da política*”, publicada em português pela Editora Relume Dumará, p. 123 a 143. E também disponível no site *Youtube*, com possíveis legendas em português: <<https://www.youtube.com/watch?v=WDovm3A1wI4>> Acesso em: 13 jan. 2015.

⁶⁷ CORREIA, Adriano. Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2007, p. 52.

judeu, o papel desempenhado pelos seus líderes judeus na destruição de seu próprio povo é, sem nenhuma dúvida, o capítulo mais sombrio de toda uma história de sombras”⁶⁸.

Percebe-se que, para a autora, esse era um novo tipo de fenômeno em seu tempo e tinha que ser compreendido, pois se tratava de um criminoso acusado de conduzir milhões de judeus à morte, sem que suas práticas fossem movidas por requintes de crueldade ou motivos especiais. Eram práticas cruéis que se tornaram banais e podem ser praticadas por qualquer pessoa caso uma ordem seja dada – o que é muito grave, porque pode se proliferar rapidamente contra qualquer grupo.

Os crimes de Eichmann “inegavelmente ocorreram dentro de uma ordem legal, segundo Arendt. Essa era, de fato, a sua característica mais notável”⁶⁹, pois conduziu milhões de seres humanos à morte dentro da legalidade em um Estado de direito e soberano. Ele cumpria o seu *dever*, como repetiu insistentemente à polícia e à corte; ele não só obedecia *a ordens*, ele também obedecia *à lei*”⁷⁰ diz Arendt. Eichmann era de fato um homem que cumpriu ordens baseadas em todas as leis de seu país, em uma estrutura de “automatismo burocrático amoral”⁷¹, como afirma Grespan. Diante das leis de seu Estado que possuía o perfil de uma “humanidade desamparada de valores”⁷², onde suas ações de fato não eram criminosas, como afirma Ferraz.

Segundo Correia, Eichmann era mais um dos homens “que engrossavam o coro dos serviçais em uma organização estatal criminosa”⁷³ onde se constituiu a estrutura do nazismo. Daí o problema jurídico proveniente desse tipo de Estado segundo Arendt, pois “crimes desse tipo só podem ser cometidos por uma lei criminosa e num Estado criminoso”⁷⁴. A responsabilidade individual acaba sendo diluída pelo sistema e introjeta no indivíduo a sensação de dever cumprido, portanto sem responsabilidade pessoal alguma pelos feitos porque tudo emana do sistema e está previsto no regulamento, como cita Arendt:

Em todo sistema burocrático, a transferência de responsabilidades é uma questão de rotina diária, e se desejamos definir a burocracia [...] é como uma forma de governo – o mando dos cargos, em oposição ao mando de homens, de um único homem, de

⁶⁸ ARENDT, op. cit., 2013, p. 134.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 314.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 152.

⁷¹ GRESPAN, Jorge. Hannah Arendt e a banalidade do mal. *In*: _____. O pensamento alemão no Século XX. Vol I. São Paulo: Cosac Naify, 2013, p. 167.

⁷² FERRAZ, Tércio Sampaio Júnior. Apresentação da edição nacional publicada em 1983. *In*: _____. Eichmann em Jerusalém um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1983, p. 09.

⁷³ CORREIA, Adriano. Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2007, p. 53.

⁷⁴ ARENDT, H. Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 284.

poucos ou de muitos –, a burocracia é infelizmente o mando de ninguém e, por essa mesma razão, talvez a forma menos humana e mais cruel de governo⁷⁵.

“Para um burocrata, a função que lhe é própria não é da sua responsabilidade, mas sim a de executar”⁷⁶, conforme Correia. Neste caso e na perspectiva de Arendt, a figura do burocrata é vista como um agente da banalidade do mal que realizava “massacres administrativos”⁷⁷ sempre nos limites das leis de seu país e por isso não se sentia responsável. Eichmann operava a burocracia tecnicamente de forma a “não permitir que os sentimentos e emoções pessoais interferissem ou conflitassem com suas ideias e com as ordens que obedecia”⁷⁸.

O fato de Arendt afirmar que Eichmann nunca compreendeu o que estava fazendo se relaciona também com a burocracia. Segundo a autora, “a burocracia tinha a intenção de excluir toda a iniciativa individual quer para melhorar a situação, quer para piorá-la. Portanto, o extermínio de milhões foi planejado para funcionar como uma máquina”⁷⁹ e o fato de Eichmann atuar em uma escrivania assinando papéis e acatando ordens, era como se não desse a ele a sensação de culpa ou clareza moral da natureza criminosa de seus atos.

Portanto, o indivíduo que não almeja ser considerado um criminoso, mas ao mesmo tempo tem de fazê-lo “porque cumpre ordens em um sistema que exige obediência, então que se recuse a apoiar ditaduras e não assuma responsabilidades e compromissos em apoio a uma ditadura”⁸⁰, conforme Arendt. Daí por que ela rejeitou as alegações da defesa em torno da ideia de que Eichmann era somente um dente de uma grande engrenagem, que recebia ordens.

A corte de Jerusalém também entendeu que ele deveria ser responsabilizado, isto quer dizer que a alegação da defesa de que os crimes deveriam ser considerados como “atos de Estado” foi recusada e a responsabilidade foi atribuída ao sujeito Eichmann e não ao seu Estado. Após a declaração da sentença, a defesa pediu clemência, o que lhe foi negado. Tentou articular a deportação do réu para a Alemanha, o que não foi possível, pois não havia mais tempo. Em menos de duas horas, Eichmann foi encaminhado à forca na prisão de *Ramleh*, em 31 de maio de 1962 e sem tempo para uma última refeição. Seu corpo foi cremado e as cinzas jogadas no Mediterrâneo, mas não em águas israelenses. Embora a pena de morte exista formalmente na

⁷⁵ ARENDT, H. Responsabilidade e julgamento. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 94.

⁷⁶ CORREIA, Adriano. Crime e responsabilidade: a reflexão de Hannah Arendt sobre o direito e a dominação totalitária. In: _____. A banalização da violência: a atualidade no pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004, p. 93.

⁷⁷ ARENDT, op. cit., 2013, p. 211.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 92.

⁷⁹ ARENDT, H. Responsabilidade e julgamento. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 319.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 110.

legislação de Israel desde 1945, este foi o único caso em que ela foi aplicada até o momento por este Estado, sendo que naquele período discutia-se a possibilidade de extingui-la, e isso não ocorreu.

Por fim, embora Arendt tenha feito duras críticas ao julgamento, ela se mostrou satisfeita com a sentença e ao mesmo elogiou o trabalho realizado pela corte de Jerusalém, esta que ela chamou de Casa da Justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADLER, Laure. **Nos passos de Hannah Arendt**. São Paulo: Record, 2007.

ARENDR, H. **Eichmann em Jerusalém um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

_____. **A dignidade da política**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003.

_____. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

_____. **Responsabilidade e julgamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional**. São Paulo: Manole, 2004.

CORREIA, Adriano. **Hannah Arendt**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2007.

DUARTE, André. **O pensamento a sombra da ruptura: política e filosofia em Hannah Arendt**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

FRY, Karin A. **Compreender Hannah Arendt**. Petrópolis: Vozes, 2010.

SOUKI, Nádia. **Hannah Arendt e a banalidade do mal**. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

VOEGELIN, Eric. **Hitler e os alemães**. São Paulo: Realizações Editora, 2009.

YOUNG-BRUEHL, Elizabeth. **Hannah Arendt: uma biografia**. Barcelona: Paidós, 2006.

AUTORES CONSULTADOS EM COLETÂNEAS

GRESPLAN, Jorge. **Hannah Arendt e a banalidade do mal**. In: _____. O pensamento alemão no século XX. Vol. I. São Paulo: Cosac Naify, 2013.

LAFER, Celso. **Reflexões sobre a atualidade da análise de Hannah Arendt sobre o Processo Eichmann**. In: _____. Eichmann em Jerusalém 50 anos depois. Curitiba: Editora UFPR, 2013.

CORREIA, Adriano. **Crime e responsabilidade: a reflexão de Hannah Arendt sobre o direito e a dominação totalitária**. In: _____. A banalização da violência: a atualidade no pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

FERRAZ, Tércio Sampaio Júnior. **Apresentação da edição nacional publicada em 1983**. In: _____. Eichmann em Jerusalém um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1983.

DUARTE, André. **Texto de apresentação da obra**. In: _____. Eichmann em Jerusalém 50 anos depois. Curitiba: Editora UFPR, 2013.

DISSERTAÇÕES E TESES

GUTERMAN, Marcos. **A moral nazista** – uma análise do processo que transformou crime em virtude na Alemanha de Hitler. São Paulo: Tese (doutorado) Universidade de São Paulo - USP, 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/Fabiano/Downloads/2013_MarcosGuterman%20(2).pdf> Acesso em: 08 jan. 2015.

KELSON, Ruth. **Hannah Arendt e o âmbito do conceito de banalidade do mal**. São Paulo: Dissertação (mestrado) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC SP, 2011. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/7/TDE-2011-11-23T12:45:15Z-11806/Publico/Ruth%20Kelson.pdf> Acesso em: 25 jan. 2015.

TIZZO, Fabiano. **Hannah Arendt: política e responsabilidade no julgamento de Eichmann**. Dissertação (mestrado). PUC - SP, 2015. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=18741> Acesso em: 12 mar. 2016.

ARTIGOS ACADÊMICOS

DUARTE, André. **Hannah Arendt e a modernidade: esquecimento e redescoberta da política**. Paraná: Universidade Federal do Paraná, 2001, p 250 e 253. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/trans/v24n1/v24n1a17.pdf> Acesso em: 12 jan. 2015.

LUZ, Marilane Ramos. **Arendt e a questão da responsabilidade**. Disponível em: <http://www.theoria.com.br/edicao15/arendt_e_a_quest%C3%A3o_da_responsabilidade.pdf> Acesso em 10 mai. 2015.

PEREIRA, Wagner Pinheiro. **O julgamento de Nuremberg e de Eichmann em Jerusalém: o cinema como fonte, prova documental e estratégia pedagógica**. Disponível

em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/nuremberg/eichmann_nuremberg_israel.pdf>.
Acesso em: 22 dez. 2014.

REVISITANDO PLEBISCITO E REFERENDO EM MEIO À CRISE DO SISTEMA REPRESENTATIVO BRASILEIRO

REVISITING PLEBISCITE AND REFERENDUM FRONT THE CRISIS OF BRAZILIAN REPRESENTATIVE SYSTEM

Gabriel Dolabela Raemy Rangel¹

Resumo

O presente artigo visa a estabelecer uma radiografia de uma possível crise no sistema representativo brasileiro emanada de diversos fatores e descortinada pelas manifestações populares eclodidas no país. Nesse contexto, são analisados os instrumentos de democracia participativa do país — notadamente plebiscitos e referendos — sendo aventada a possibilidade de alteração em suas estruturas, para aprimoramento de democracia brasileira.

Palavras-chave: Plebiscitos e Referendos. Democracia. Representação. Crise.

Abstract

This article aims to establish a radiograph of a possible crisis in the Brazilian representative system from a lot of factors and evidenced by the mass demonstrations in the country. In this context, the tools of participatory democracy are analyzed — mainly plebiscites and referendum — being mooted the possibility of change in their structures, for Brazilian democracy enhancement.

Keywords: Plebiscites and Referendums. Democracy. Representation. Crisis.

INTRODUÇÃO

Democracia é palavra polissêmica e, desse modo, qualquer conceito que se apresente poderá ser tido como insuficiente. Contudo, há alguns consensos sobre o que não faria parte do conceito de democracia de maneira nenhuma, isto é, haveria uma espécie de “selo democrático” (MARTINS, 2007) Por exemplo, censura, ditadura e repressão são elementos que em hipótese

¹ Doutor em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidade Federal Fluminense, Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho, Pós-graduado (LLM) em Litigation pela Fundação Getúlio Vargas, Graduado em direito pela Universidade Candido Mendes. É professor com vínculo celetista de Direito Constitucional da graduação em direito da Universidade Candido Mendes (Ipanema). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6318166156268850>

nenhuma podem ser vistos como elementos democráticos. A primeira ideia que vem à cabeça, em uma visão geral, quando se fala em democracia, é a de governo da maioria.

Contudo, malgrado o voto majoritário seja uma das balizas de uma democracia representativa, tal ideia não tem o condão de sozinha agraciar a igualdade política e o direito de todos. Tem-se como necessário o respeito aos direitos das minorias, sob pena de se desaguar em uma ditadura da maioria. Essa necessidade é somada à ideia de que o voto majoritário simboliza os vencedores e não necessariamente a conquista do bem comum (BOBBIO, 2005). Tem-se por democracia, portanto, em uma moderna acepção, como respeito aos limites materiais e formais traçados pela Constituição, notadamente a valores como igualdade, liberdade e fraternidade, respeitando-se a toda pluralidade de opiniões existentes na sociedade, seja de maiorias ou minorias.

Uma das tônicas da democracia atual é o respeito a uma variedade de opiniões e ideologias o que, após o rompimento com a metafísica *jusnaturalista* tradicional e com o positivismo jurídico engessado, mostra-se cada vez mais em voga, diante do reconhecimento do pluralismo como marca da sociedade contemporânea (CITTADINO, 2000). No geral, em discussões relevantes haverá opiniões contrárias e juízos de valor distintos. A democracia importa em ouvir todas essas opiniões, sendo desejável a busca do consenso, que, mesmo que não seja alcançado, ensejará em um processo de discussão, comunicação e diálogo (PERELMAN, 2004).

É de se dizer, portanto, que a democracia não está inserida somente no conteúdo das decisões políticas ou no seu referencial quantitativo, mas também em toda a dinâmica de tomada de decisões. Vale transcrever as palavras do alemão Häberle:

“Povo não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão.” (HABERLE, 1997, p. 37)

Poderá a democracia revestir-se de formas diferentes, até porque o conceito é dinâmico. Bobbio chama a democracia representativa de “democracia moderna”, que seria a mais adequada, em contraste com a “democracia dos antigos”, que seria a democracia direta (BOBBIO, 2005, p. 33). Isso tem estreita relação com a diferenciação feita por Benjamin Constant entre “liberdade dos antigos” e “liberdade dos modernos”. Com efeito, Constant, em seu clássico discurso “Liberdade dos Modernos e Liberdade dos Antigos”, pronunciado em

1818, sustentou que os antigos primavam pela participação nas decisões políticas do Estado, não tendo, por outro lado, um elevado grau de liberdades individuais. Já os modernos primariam pelas liberdades individuais, possuindo baixa participação nas decisões políticas (CONSTANT, 1964). O autor considerava haver um contraste entre participação e liberdades individuais, isto é, a participação direta nas decisões do Estado submetia o cidadão à autoridade do corpo do Estado, enquanto a independência privada acarretaria uma baixa participação nas decisões políticas.

No Brasil, atualmente, é adotada uma democracia que pode ser chamada de “semidireta”, onde a regra geral é a do sistema representativo: escolhe-se nas urnas os representantes do povo. Contudo, são adotados alguns poucos mecanismos de participação direta do povo nas decisões políticas. Mescla-se a democracia representativa com a democracia participativa, com uma visível prevalência da primeira. É essa, por sinal, a expressão do parágrafo único, do artigo 1º, da Constituição da República, que prevê que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Sucedem que, a cada vez mais, esse modelo de prevalência do sistema representativo vem sendo colocado em cheque, deslocando-se os holofotes para os mecanismos de participação direta do povo nas decisões políticas. Passa-se a revisitar a possibilidade do exercício de uma democracia participativa direta. Isso tudo tendo como pano de fundo um cenário marcado pela insatisfação do povo, que, a partir das redes sociais, vem tomando o espaço público para reivindicar mudanças políticas e sociais.

O cardápio de instrumentos de participação direta do povo nas decisões políticas oferecido por nossa Constituição da República é formado exclusivamente pelo plebiscito, referendo e iniciativa popular de leis. Este último mecanismo – já adiantamos – não será objeto deste estudo, apesar de acharmos que é um engenho que necessita ser repensado.² Teremos como enfoque somente o plebiscito e o referendo, que, como é cediço, são meios de consulta ao povo sobre matéria de relevância. Avaliaremos a forma como que são previstos em nossa Constituição, isto é, com uma convocação sempre “de cima” (ESPÍNDOLA, 2014), pelo próprio Poder Público, e nunca por iniciativa do próprio povo.

² Manuel Gonçalves chega a chamar a iniciativa popular de leis de “*instituto decorativo*”, haja vista sua pouca utilidade prática e rigorismo procedimental e numérico (FERREIRA FILHO, 1995, p. 203)

A RADIOGRAFIA DE UMA CRISE

É amplamente sustentado nos dias atuais que, para que haja uma democracia substancial, é mister, além da influência do povo na tomada de decisões, a existência de igualdade material. Não se pode conceber uma real democracia sem que haja igualdade de condições entre as pessoas. Tocqueville sustentou que a igualdade nos Estados Unidos da América – seja econômica, social ou intelectual – era o marco do sucesso da democracia daquele país (TOCQUEVILLE, 1998). Sucede que, em países com elevados níveis de desigualdade e concentração de renda como o Brasil, há um reflexo direto da má distribuição de recursos no exercício pleno dos direitos políticos, seja pelo acesso maior aos meios de informação por aqueles que têm mais dinheiro e poder, seja pela impossibilidade de candidatura de quem não tem dinheiro para uma campanha. Sem contar que o pequeno acesso à cultura e à educação, bem como a baixa concretização de outros direitos sociais como a saúde e o saneamento básico acabam impedindo que muitas pessoas tenham condições de participação real nas escolhas da sociedade.

A má distribuição de renda inexoravelmente terá efeitos diretos no exercício pleno dos direitos políticos. Alguns cidadãos sequer têm dinheiro para comprar a passagem de ônibus para ir às urnas. Nesse sentido são válidas as palavras de Sérgio Moro:

“Considerando a questão por essa perspectiva, direitos sociais destinados aos pobres transcendem os objetivos de política redistributiva ou assistencialista, visando não somente a promover a igualdade ou a suprir necessidades materiais, mas também a propiciar aos necessitados condições reais de participação na vida política e social, o que é imperativo no regime democrático.” (MORO, 2004, p. 280)

Ademais, é insano sustentar que, tendo em vista que o voto tem igual valor para ricos e pobres, não haveria influência econômica nas eleições. São muitos os fatores que corroboram com a imposição do capital sobre o exercício da política, até porque as campanhas políticas são caríssimas. Por exemplo, a campanha do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva custou R\$ 90,7 milhões (PINTO, 2009). Isso impede que qualquer um se candidate. Só é possível ser candidato a um cargo político com alta arrecadação de recursos. Quem não consegue recursos simplesmente não se candidata. É de se consignar que estudos empíricos demonstram que há uma relação direta entre gastos nas campanhas e número de votos. Quanto mais um candidato gasta, mais votos tende a receber (FIGUEIREDO FILHO, 2004). Assim, torna-se quase impossível uma campanha eleitoral despida de influência de grupos econômicos. Destaque-se, ainda, que outros fatores econômicos obscuros tendem a ter influência também, tais como

subornos, acesso privilegiado à mídia, clientelismo, etc., tal qual afirma Fernando Martins Barbalho:

Ao lado da chaga do assistencialismo e do fisiologismo, que atavicamente viciam a vontade popular por meio de uma gigantesca engrenagem de prestações sociais desencadeadas por critérios exclusivamente eleitorais e a distribuição de cargos públicos segundo as possibilidades de captação de votos, espalha-se a obscuridade dos sistemas de financiamento de campanhas eleitorais, repetindo-se os escândalos ano após ano, sem distinção de coloração ideológica. (MARTINS, 2007, p. 88.)

Apesar de ser impossível determinar com precisão a magnitude da influência do poder econômico no sistema representativo, é inegável que ela existe. Isso, como consequência, põe em cheque a estrutura do sistema representativo. Não à toa hoje é muito trabalhada a ideia de “crise da representação” (PINTO, 2009), isto é, o povo simplesmente não se sente representado.

Isso ficou claro nos últimos anos pelas manifestações populares eclodidas em todo o país. Emanadas das redes sociais, as manifestações reuniram parcela do povo insatisfeita com a classe política. Como afirmou Manuel Castells, “da segurança dos ciberespaços, pessoas de todas as idades e condições passaram a ocupar o espaço público, num encontro às cegas entre si e com o destino que desejavam forjar.” (CASTELLS, 2013. p. 12). A era das redes sociais, alterando o conceito de espaço público, decerto, tem fermentado as discussões em torno do sistema representativo. É de se usar as palavras de João Andrade Neto e Gustavo Silveira Siqueira: “toda revolução será tuitada” (ANDRADE NETO e SILVEIRA SIQUEIRA, 2014).

O que deixa também em evidência a agonia do sistema representativo é a eleição de figuras esdrúxulas com votação expressiva, como o palhaço Tiririca. Isto é, como afirma Fabiano dos Santos, “a eleição de candidaturas bizarras cumpre o importante papel de informar aos líderes o grau de insatisfação da população com o atual perfil de políticos, assim como seus códigos de conduta e políticas perseguidas” (SANTOS, 2011 p. 90).

Essa crise corresponde a um possível fracasso de conceitos procedimentalistas de democracia que apontam no sentido de que o simples respeito às regras do jogo democrático – como as eleições – garantiria a real efetivação da democracia. As críticas ao sistema representativo são tantas que se chega até a extremos como a opinião de Jacques Rancière que sustenta que o sistema representativo “é, de pleno direito, uma forma oligárquica, uma representação das minorias que têm títulos para se ocupar de negócio comum” (RANCIÈRE, 2014. p. 69). Alguns teóricos da extrema esquerda sustentam que a crise democrática contemporânea estaria associada a uma crise do liberalismo político e econômico, como, por

exemplo, Ellen Meiksins Wood, que afirma que “um capitalismo humano, social e verdadeiramente democrático e igualitário é mais irreal que o socialismo” (WOOD, 2011).

Seguindo essa esteira, é possível afirmar em certo grau que as leis aprovadas pelo Executivo e sancionadas pelo Legislativo não corresponderiam à vontade do povo, mas sim ao interesse de determinados seguimentos ou simples manifestações do poder econômico (PINTO, 2009). O sistema representativo de um modo geral no Brasil chegou a um ponto de colapso. Sua prevalência, expressada no sistema político, eleitoral e partidário, importa em uma concentração somente na escolha de quem decidirá em nome do povo, olvidando-se o próprio conteúdo das decisões que serão tomadas. Isso, como dito, tem sido insuficiente.

PARTICIPAÇÃO DIRETA IMPERFEITA

Colocado em cheque o sistema representativo, clama-se por saídas. Clama-se por meios que importem em uma interferência direta do povo na tomada de decisões políticas. Os holofotes da democracia são, a cada dia mais, deslocados para uma busca por interferência direta na política. Apesar de, como asseverou Rousseau, a democracia pura, verdadeira, ser aquela exercida diretamente, isso é praticamente impossível e indesejável nas sociedades modernas com altos volumes populacionais (ROUSSEAU, 2014). Não obstante, busca-se ao menos algumas engrenagens que permitam um exercício direto em algumas questões. No atual ordenamento jurídico brasileiro só temos a previsão de basicamente três institutos de participação direta do povo nas decisões políticas. São eles, como já dito, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de leis.

No Brasil não há o *recall* político, que é instrumento de deslegitimação de políticos que não estejam sendo bem aceitos em sua atuação como representantes. Em outras palavras, é o meio de se cassar políticos que não correspondam às expectativas dos eleitores. Sua ausência no ordenamento jurídico brasileiro é lamentável, porque, como diz o português Canotilho:

As modalidades de destituição dos dirigentes e de revogação de mandatos e cargos políticos assumem aqui um papel constitutivo e organizador da ordem constitucional democrática. Tão ou mais importantes que os procedimentos eleitorais legitimadores são os procedimentos constitucionais deslegitimadores tendentes a possibilitar o afastamento dos titulares de cargos políticos (impeachment, recall, responsabilidade política, destituição, moção de censura). (CANOTILHO, 1999, p. 285)

Também não há no Brasil a possibilidade de iniciativa popular de emendas constitucionais. O artigo 60, da Constituição, é categórico em dizer que as emendas só poderão

ser propostas: por um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado; pelo Presidente da República; ou por mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. Já o artigo 61, § 2º, ao tratar da iniciativa popular, cinge-se às leis, olvidando emendas.

No presente artigo nos concentraremos em dois instrumentos de participação direta, a saber: o plebiscito e o referendo. São eles instrumentos pelos quais os cidadãos eleitores são chamados às urnas, para decidir sobre questões de relevância e interesse da nação. O que diferencia um do outro é basicamente o momento da consulta. Enquanto o plebiscito é uma consulta prévia. Ou seja, consulta-se o povo para depois ser efetuado o ato legislativo ou administrativo na forma do que fora decidido pelo povo. Em outro giro, o referendo é convocado com posterioridade, cabendo ao povo ratificar ou rejeitar o ato. Esclarece bem, nessa esteira, Pedro Lenza:

“A diferença está no momento da consulta: no plebiscito, a consulta é prévia, sendo convocado com anterioridade ao ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, através do voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido à apreciação. Ou seja, primeiro consulta-se o povo, para depois, só então, tomar-se a decisão política, ficando o governante condicionado ao que for deliberado pelo povo; por outro lado, no *referendum*, primeiro se toma o ato legislativo ou administrativo, para, só então, submetê-lo à apreciação do povo, que o ratifica (confirma) ou o rejeita (afasta)” (LENZA. 2009, p. 16)

A nossa maneira de pensar, essa consulta ao povo deve ser algo vinculador no sentido mais amplo possível, de sorte que o resultado do plebiscito ou referendo não deve ser modificado por uma lei ou emenda à Constituição, sob pena de inconstitucionalidade. Por exemplo, tendo o povo afirmado 1993, através de plebiscito, preferir o presidencialismo, não pode uma emenda à Constituição simplesmente revogar essa previsão, ao arrepio da vontade do povo. Deve haver uma espécie de prevalência do que foi decidido por mecanismos de democracia direta em detrimento das estruturas de democracia indireta. Em casos de violação ocorrerá o vício da inconstitucionalidade.

As consultas populares, pois, têm o condão de agregar maior legitimidade e prestígio às leis e atos, uma vez que expressam de maneira inequívoca a vontade do povo. Ora, se as leis devem, na expressão de Rousseau, corresponder à vontade geral (ROUSSEAU, 2014), nada mais racional do que consultar o povo sobre sua vontade. Essa proposta ganha relevo ao se vislumbrar a crise do sistema representativo. É bem verdade que as consultas serão onerosas e demandarão uma mobilização grande. No entanto, ainda assim, notadamente em questões

controvertidas, são importantes, para que, repise-se, eleve-se o grau de legitimação das leis e atos.

Ademais, há o caráter educativo da consulta, uma vez que envolve a população na vida política, criando uma certa obrigação de conhecimento das questões tocantes ao Estado (AZAMBUJA, 2008). Em sentido oposto, tem-se sustentado um “elitismo democrático” (SILVA, 2015), onde a uma minoria da elite intelectual caberia decidir pelo resto do povo não tão virtuoso. Para essa corrente, uma consulta popular importaria em deixar nas mãos de pessoas despreparadas decisões relevantes sobre a vida política. Ou seja, esse elitismo importa em uma desconfiança no povo, que seria incompetente para decisões. A nossa maneira de ver, nesse elitismo há uma inversão. Toma-se como pressuposto para exercício da democracia algo que deve ser um objetivo da democracia: cultura, desenvolvimento, melhoria de vida etc. (SILVA, 2015).

De mais a mais é de se dizer que, no modelo atual do Brasil, o referendo é autorizado pelo Congresso, enquanto o plebiscito é convocado por ele (artigo 49, XV, CRFB). A materialização é dada por Decreto Legislativo. Assim, todos os plebiscitos e referendos são de origem oficial. Nunca são emanados de iniciativa popular. Em outras palavras, malgrado exista a iniciativa popular de leis, não existe a iniciativa popular de plebiscitos e referendos. Para que haja a consulta ao povo faz-se necessária inexoravelmente uma iniciativa emanada dos representantes do povo. Nessa esteira, não é, a nossa maneira de ver, possível afirmar que plebiscito e referendo são mecanismos que fogem por completo do sistema de democracia representativa.

O mecanismo de engrenagem do plebiscito e referendo brasileiros, em verdade, são uma consagração imperfeita da democracia participativa, onde, para que haja a participação, faz-se necessário um agir por parte dos representantes. Trava-se um paradoxo. O povo não pode autoconvocar os plebiscitos e referendos, ficando a iniciativa a cargo justamente do Poder Legislativo do qual se questiona a legitimidade, ou seja, do Poder cuja crise de representatividade a cada dia mais se intensifica.

A contradição é flagrante. Só deveria existir, em termos gerais, a consulta através de plebiscitos e referendos quando há uma carência de legitimação dos representantes para decidir. Contudo, no modelo vigente, essa análise de carência de legitimação só pode partir dos próprios representantes. A insatisfação do povo mostra-

se como um elemento completamente irrelevante, inócuo. O povo nunca poderá exigir por meios jurídicos a convocação da consulta e o exercício da participação direta. Daí a ideia de que os plebiscitos e referendos sempre são “de cima para baixo”, permanecendo imarcescíveis no tocante às críticas ao modelo representativo em crise.

Diversos países do mundo adotam um sistema de prevalência da democracia participativa. A Suíça é sem dúvidas o maior exemplo, eis que, naquele país, há constantes consultas populares sobre os mais variados temas. Na experiência da América Latina, o país cuja democracia participativa mais se destaca é o Uruguai, onde, dentre outros mecanismos, existe a iniciativa popular para solicitar referendos (RADA, 2008). Há exemplos de gerar estranheza também, tal como a Venezuela no governo Hugo Chaves, onde, através de referendo em 2007, entre outras coisas, tentou-se obstruir a participação popular, aumentando o número de assinaturas para a proposta de democracia participativa, valendo-se da própria democracia participativa.

Certo é que a experiência brasileira no tocante aos plebiscitos e referendos é muito tímida. Pouco foram usados esses institutos. Sob a égide da Constituição de 1988 e da Lei 9709/98 (lei que regulamenta a democracia participativa) foram poucas as oportunidades que o povo foi às urnas manifestar sua vontade, seja por uma questão cultural, seja por deficiência dos próprios mecanismos vigentes.

CONCLUSÕES

A sociedade contemporânea, pluralista que é, passa a reivindicar novas acepções da palavra democracia. A democracia representativa nesse contexto passa a sofrer uma erosão notória. Isso se dá por diversos fatores. Há em muitos aspectos um fracasso do próprio sistema eleitoral em si, que afasta o cidadão em última análise das decisões do Estado, mais ou menos na ideia de que só haveria o exercício democrático no dia das eleições. Também nasceu uma descrença cultural na classe política, o que foi descortinado através das manifestações populares eclodidas em todo o país. Some-se isso à influência dos grupos econômicos nas eleições, seja pela impossibilidade de uma candidatura sem grandes volumes de dinheiro, seja pela má distribuição de direitos sociais ou até mesmo pela pelo acesso favorecido à mídia e clientelismo.

Essa agonia do sistema representativo gera um deslocamento dos olhares aos meios de democracia direta. Como disse Bobbio, “a exigência, tão frequente nos últimos anos, de maior

democracia exprime-se como exigência de que a democracia representativa seja ladeada ou mesmo substituída pela democracia direta” (BOBBIO, 1986, p. 41). É lógico, no entanto, que com altos volumes populacionais não haveria como se cogitar de um exercício direto puro e simplesmente de todas as decisões do Estado. Não se trata disso. Trata-se de uma necessidade de se revisitar institutos de democracia direta. Concentramos o estudo nos plebiscitos e referendos, mecanismos que, junto com a iniciativa popular de leis, formam o cardápio escasso previsto no Brasil de exercício direto do povo na tomada de decisões. Não há no Brasil o recall político, tampouco a iniciativa popular de emendas.

Plebiscitos e Referendos têm sido usados de maneira muito tímida no Brasil, o que é altamente criticável, eis que têm o condão de dar maior legitimidade às decisões do Estado. Além disso, a inexistência da possibilidade de serem convocados por iniciativa popular mitiga sobremaneira sua serventia. Acaba que só há a consulta ao povo quando é de interesse do Poder Público. Coloca-se uma mordaza na vontade popular. O país vem amadurecendo, ainda que paulatinamente, no ponto de vista político. O povo foi às ruas esboçar seu desconforto para com a classe política. A democracia seria muito fortalecida com o aprimoramento dos mecanismos de consulta popular.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE NETO, João. SIQUEIRA, Gustavo Silveira. *Toda revolução será tuitada: o exercício público das liberdades pela internet*. Insight Inteligência. Rio de Janeiro. v. 65, 2014.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 4ª Edição. São Paulo. Globo. 2008.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo, Editora Brasiliense, 2005.

_____. *O futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro. Paz e Terra. 1986.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra, Livraria Almedina, 3ª Edição, 1999.

CONSTANT, Benjamin. *Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos*. In: *Princípios da Política*. Paris, 1964

CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro. Zahar. 2013.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Democracia Participativa: autoconvocação de plebiscitos e referendos pela população*. In. *DIREITOS CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: TEORIA DA CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 3ª Edição. São Paulo, Editora Saraiva, 1995.

FIGUEIREDO FILHO, Dalson Brito. *Gastos Eleitorais: Os Determinantes das Eleições?*. *Revista Uratágua*, 2004.

HABERLE, Peter. *HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO: CONTRIBUIÇÃO PARA A INTERPRETAÇÃO PLURALISTA E PROCEDIMENTAL DA CONSTITUIÇÃO*. Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre. Sérgio Antonio Fabris Editor. 1997.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2009

MARTINS, Fernando Barbalho. *Do Direito à Democracia: Neoconstitucionalismo, Princípio Democrático e a Crise no Sistema Representativo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PERELMAN, Chaim. *Retóricas*. 2ª Edição.. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo. Editora Saraiva. 2004..

PINTO, Marcos Barbosa. *Constituição e Democracia*. Rio de Janeiro, Renovar, 2009

RADA, Francisco Miró. *Democracia Directa em las Constituciones Latinoamericanas: un análisis comparado*. Arequipa. 2008.

RANCIÈRE, Jacques. *O ÓDIO À DEMOCRACIA*. Tradução Mariana Echalar. 1ª Edição. São Paulo. Boitempo. 2014.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato Social*. Tradução Paulo Neves. Porto Alegre. L&PM, 2014.

SANTOS, F.G.M. *Um elogio ao Tiririca: o perigo da oligarquização ronda nossa democracia*. Insight Inteligência. Rio de Janeiro. Volume 54. 2011.

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38ª edição. São Paulo, Malheiros, 2015.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A DEMOCRACIA NA AMÉRICA*, tradução Neil Ribeiro da Silva, 2ª Edição, Belo Horizonte, Editora Itatiaia Limitada, 1998.

WOOD, Ellen Meiksins, *DEMOCRACIA CONTRA CAPITALISMO: a renovação do materialismo histórico*. Tradução Paulo Cezar Castanheira. São Paulo. Boitempo. 2011

PODER POLÍTICO E PODER JUDICIAL NA ITÁLIA: UM DOMÍNIO CONTESTADO

POLITICAL POWER AND JUDICIAL POWER IN ITALY: A DISPUTE DOMAIN

Lara Merla¹

Resumo

O objetivo deste artigo é mostrar, através de uma discussão histórica do caso italiano, como a teoria de Montesquieu sobre a divisão dos três principais poderes de um estado democrático, apesar de parecer desejável, é uma ideia altamente contestada.

Na visão iluminista clássica dos poderes públicos, a relação entre poder político e judiciário é um modelo de clara separação.

O principal objetivo do poder político é transformar as escolhas coletivas do povo em leis, enquanto o judiciário tem a importante tarefa de aplicá-las em disputas que possam surgir entre os membros da comunidade.

Todas as constituições liberais afirmam claramente que a política deve fazer leis e o judiciário deve aplicar essas leis: duas atividades diferentes que devem ser mantidas separadas para alcançar a efetiva democracia de pleno direito.

O problema é que a neutralidade da implementação legal é um mito, uma lenda e, por esse motivo, essas duas funções necessariamente se sobrepõem.

Essa sobreposição, se escondida atrás da ideologia e protegida de um debate claro, pode assumir duas formas (na verdade, dois lados da mesma moeda) que de fato são patologias institucionais. A primeira é o juiz ansioso por servir ao poder político. A segunda é o juiz que tenta adquirir poder político.

A primeira patologia não é nova na história italiana e europeia quando, por exemplo, durante o fascismo e o nazismo, não havia nenhuma obrigação por parte dos promotores públicos de iniciar uma ação criminal, o que permitia um tratamento muito especial para crimes cometidos por amigos do regime.

A Constituição italiana do pós-guerra moveu o pêndulo para a segunda patologia. O artigo 111 da Constituição estabeleceu a natureza obrigatória do processo criminal se o promotor tomar conhecimento de um crime. No entanto, a forte proclamação de independência do judiciário no Artigo 24 da Constituição e o princípio da autonomia do judiciário (que na Itália inclui promotores e procuradores de carreira) resultaram em incentivo para que juízes ambiciosos extrapolassem seu papel, numa tentativa de alcançar poder político.

Independência e autonomia são os dois aspectos da ideologia do Estado de Direito severamente desafiados por ambições pessoais quanto à capacidade de produzir um equilíbrio institucional justo e eficiente. Portanto, como manter uma separação de poder que funcione revela-se questão de enorme importância.

Palavras-Chave: poder político; poder judicial na Itália; separação de poderes; Constituição da Itália; domínio contestado.

Abstract

¹ Mestre e Doutoranda do Departamento de Direito da Universidade de Torino e Pesquisadora Visitante da Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo (Brasil).

The aim of this article is to show, through a historical discussion of the Italian case, how Montesquieu's theory on the division of the three main powers of a democratic state, despite appearing to be desirable, is a highly contested idea.

In the classical Enlightenment view of public powers, the relationship between political and judiciary power is a model of clear separation.

The main objective of political power is to transform the collective choices of the people into laws, while the judiciary has the important task of applying them to disputes that may arise between members of the community.

All liberal constitutions clearly state that politics must make laws and the judiciary must enforce those laws: two different activities that must be kept separate to achieve effective full-fledged democracy.

The problem is that the neutrality of legal implementation is a myth, a legend, and for that reason these two functions necessarily overlap.

This overlap, if hidden behind ideology and shielded from clear debate, can take two forms (actually two sides of the same coin) that are in fact institutional pathologies. The first is the judge eager to serve political power. The second is the judge who tries to acquire political power.

The first pathology is not new in Italian and European history when, for example, during fascism and Nazism, there was no obligation on the part of public prosecutors to initiate criminal proceedings, which allowed for very special treatment for crimes committed by friends of the regime.

The postwar Italian constitution moved the pendulum into the second pathology. Article 111 of the Constitution established the mandatory nature of criminal proceedings if the prosecutor becomes aware of a crime. However, the strong proclamation of the independence of the judiciary in Article 24 of the Constitution and the principle of autonomy of the judiciary (which in Italy includes career prosecutors and prosecutors) resulted in an incentive for ambitious judges to extrapolate their role in an attempt to achieve political power.

Independence and autonomy are the two aspects of the rule of law ideology severely challenged by personal ambitions about the ability to produce a fair and efficient institutional balance. So how to maintain a functioning separation of power turns out to be a matter of enormous importance.

Keywords: political power; judicial power in Italy; separation of powers; Constitution of Italy; contested domain.

Introdução

"Manter pesos e contrapesos sobre o poder tanto do Judiciário quanto dos demais poderes é vital para manter a forma de governo estabelecida por nossos Pais Fundadores".

Todd Tiaht

A neutralidade da implementação legal foi exposta como uma das principais ideologias do direito burguês. Uma mentira e um segredo de iniciados que os juristas guardaram para si durante o século XX (Mattei - Nader 2008). Apesar dessas tentativas ideológicas de manter esse segredo, a falta de neutralidade na aplicação das leis tornou-se evidente para todos na Itália através de uma longa história de submissão de juízes a interesses políticos e econômicos. Os

cidadãos se tornaram céticos (ou talvez realistas) e o sentimento de que não há deusa com os olhos vendados para aplicar a lei é generalizado na opinião pública. Existe percepção crescente de que o judiciário não é imparcial nem independente e, conseqüentemente, nem justo é.

Certamente, o judiciário nem sempre foi como o conhecemos hoje, uma corporação particularmente poderosa de funcionários públicos relativamente bem remunerados, que desfrutam de estabilidade no emprego e sujeitos "apenas à lei", como indica a Constituição.

O judiciário se transformou ao longo da história, em longo processo desde sua subserviência ao poder à ousada visibilidade política de muitos de seus membros, hoje. Apenas recentemente, após a Segunda Guerra Mundial e a entrada em vigor da Constituição Italiana, o poder judiciário italiano conseguiu obter a maior independência possível, o que obviamente se divide em dois caminhos, na medida em que as chances de corrupção direta ou indireta aumentam, inevitavelmente, com a discricionariedade oculta por trás da retórica da imparcialidade na aplicação das leis.

Os pais fundadores (e algumas poucas mães) da República Italiana delinearam na Constituição um complexo sistema de pesos e contrapesos com o objetivo de garantir a limitação mútua de poder e, conseqüentemente, a cooperação ideal para o interesse público. Sob esse sistema, políticos em cargos maiores gozaram de imunidade contra acusações ou, no mínimo, foi necessária a votação política para processar membros do Parlamento.

O Tribunal Constitucional, órgão superior em que os membros de carreira do judiciário são apenas uma minoria, recebeu o árduo trabalho de resolver disputas entre poderes estatais no exercício de suas respectivas funções.

Este sistema, no entanto, segundo alguns, tem-se revelado excessivamente protetor da "casta" política, como se diz no jargão italiano, tanto que, depois do famoso escândalo conhecido como *Tangentopoli* (1992), tudo foi desmontado, na direção do extremo oposto. Este cheque em branco do questionamento judicial sobre o processo de decisão política resistiu, por sua vez, não apenas aos políticos que são vítimas potenciais de abuso judicial, mas também a muitos observadores neutros que se preocupam com o princípio da separação dos poderes.

Já há algum tempo, na Itália, uma anomalia persiste na discussão política dessas questões cruciais: por um lado, com uma narrativa de *fumus persecutionis*, os políticos tentam manter o judiciário longe de seus interesses; por outro lado, muitos juízes tentam exercer influência política e consideram qualquer tentativa de limitar a exorbitância de seu poder como uma conspiração em favor do anterior primeiro-ministro e réu frequente, o magnata Silvio Berlusconi. Um compromisso conhecido como *Lodo Alfano*, após uma longa e contenciosa gestação, produziu imunidade política para ocupantes de cargos do mais alto escalão, incluindo

a votação para autorização de processo, a ser feita pela casa do Parlamento do qual o suspeito era membro. Segundo seus opositores, o objetivo desta lei era proteger muitos políticos das investigações. Muitos estudiosos e membros da opinião pública acusaram os promotores desta lei de promulgar um estatuto privado (*lei ad personam*) para proteger o famoso político italiano Silvio Berlusconi, na época indiciado em muitos processos criminais.

O *Lodo Alfano* foi considerado incompatível com o Estado de direito por sua tendência a preservar o indivíduo de qualquer julgamento e não, como deveria ser, de defendê-lo no julgamento. Foi parcialmente reescrito pelo Tribunal Constitucional. Não surpreende que membros do judiciário e inimigos de Berlusconi enfatizem essa linha de crítica. No entanto, para sermos razoáveis, Berlusconi, o último político eleito pelo povo há quase dez anos, não foi realmente protegido pela *Lodo*, foi privado de seu assento no Senado e não foi autorizado a se candidatar, sendo mais um exemplo de como os juízes podem determinar o destino do sistema político através de seu aparente papel imparcial.

Um exemplo de narrativa judicial conforme os interesses da magistratura vem do promotor geral Gian Carlo Caselli, do Tribunal de Apelação de Turim e membro da Agência Europeia de Cooperação Judiciária (Eurojust) para a luta contra o crime organizado e Livio Pepino, ex-promotor público italiano. Em livro intitulado “A un cittadino che non crede nella giustizia” (“*Para um cidadão que não acredita em justiça*”), escreveram:

"Essa salvaguarda instrumental, com o objetivo de enfraquecer o judiciário por interesses políticos e econômicos (que ajustam as regras de acordo com o status social do réu), constitui a recusa da visão protetora clássica. As garantias não são mais uma fonte de igualdade, mas se tornam instrumento de opressão e privilégio".

Outro importante juiz italiano, do tribunal de Turim, Roberto Arata, durante o XX Congresso da Magistratura Democrática disse que ser associado ao grupo *Magistratura Democratica* seria fundamental para seus pares “*impactarem as respectivas jurisdições e criarem um estado de direito capaz de proteger os direitos das pessoas pobres, daqueles que não têm voz*”. De certo ponto de vista, isso contrariaria a corrente, no que diz respeito ao poder político que incentiva os ricos.

Como pode se ver claramente, esses dois juízes empregam a técnica sedutora da luta pela igualdade como se fosse o Decreto Alfano, e não uma longa história de relações íntimas entre o judiciário e a elite, o responsável pela natureza corrupta do primado da lei.

Nestes dias em que escrevo este artigo, o Parlamento italiano adotou uma reforma judicial adicional; mas o problema da separação do entre o poder político e o judicial não foi enfrentado. Uma das perguntas que estão sendo discutidas na Itália é como limitar a

possibilidade de juízes participarem da arena política (incluindo membros de partidos políticos) enquanto estiverem no cargo. É um argumento extremamente complexo, usado por aqueles que acreditam que os juízes têm demasiado poder para usar a justiça como argumento a seu favor. O fato de nem sequer ter sido aventada tal possibilidade mostra que o "partido dos magistrados", assim chamado pelos difamadores do judiciário, tem muitos amigos entre os políticos atualmente no poder.

Capítulo 1

O Poder Judiciário: do Estatuto Albertino à Constituição Italiana

Para entender a corrente luta política na qual o judiciário italiano está envolvido (o que poderia configurar, per se, uma patologia) e torná-la compreensível para um leitor com formação distinta, é necessário oferecer um contexto histórico e institucional simplificado. De fato, já seria uma simplificação exagerada discutir "o judiciário" se fosse apenas uma instituição que opera no vácuo, e não um conjunto de homens e mulheres com diferentes valores, orientações políticas e ideias sobre seu papel. Os magistrados italianos (como membros do judiciário profissional que na Itália inclui os promotores) são funcionários públicos que começam sua profissão logo após se formarem na faculdade de direito, sem experiências anteriores. Uma vez no cargo (às vezes já aos 24 ou 25 anos de idade), gozam de estabilidade e de uma progressão automática dos salários até a aposentadoria. A independência e autonomia do judiciário são garantidas por um órgão constitucional, o Conselho Superior da Magistratura (CSM), cujos membros são eleitos pelos magistrados dentre os candidatos que estão organizados em diferentes correntes políticas. Essas correntes, mesmo que não sejam controladas por partidos políticos são, por definição, partidárias variando do Judiciário Democrático de esquerda aos conservadores da *Unità per la Costituzione* (Unicost).

Da mesma forma, seria enganoso falar de "política" como se não houvesse uma grande variedade de interesses representados nessa classe. Portanto, falar de um "conflito entre instituições políticas e judiciais" é, em si, uma simplificação brutal que, mesmo assim, irei observar, dados os limites de espaço. Certamente, poder-se-ia dizer, em um contexto de livre escolha (simplificada, tal como qualquer modelo econômico), que os políticos tentam maximizar a improbabilidade de serem julgados e levados ao tribunal, tentando excluir a função judicial de certas áreas. Por outro lado, os juízes tentam maximizar sua parte de poder aumentando a discricionariedade em suas ações (que inclui a ampliação do leque de seus possíveis clientes entre os quais os políticos). Visto nesta forma estilizada (Cooter. R. D., The

Strategic Constitution, 1999), o conflito é pelo menos compreensível; porém, seja claro que estamos simplificando. Na realidade, a sobreposição de poderes encapsula uma longa tradição de interesses, incluindo interesses econômicos, que devem ser levados em consideração neste artigo.

A questão da separação de poderes e a autonomia e independência do judiciário estão presentes na disciplina constitucional italiana, como uma reação ao abuso fascista. O título IV da Constituição, em particular o artigo 104, declara: "O judiciário constitui uma ordem autônoma e independente em relação a qualquer outro poder. O Conselho Superior do Judiciário é presidido pelo Presidente da República. Fazem parte deste Conselho o primeiro presidente e o procurador-geral da Corte de Cassação".

A importância da separação de poderes e a consequente independência do judiciário foi discutida no debate constitucional de muitas constituições europeias do pós-guerra, às vezes sob direta pressão anglo-americana. Fazia parte da retórica dos vencedores que, se houvesse um judiciário independente, o fascismo da Itália e da Alemanha não poderiam ter surgido. Esta visão é sem dúvida a principal idéia do constitucionalismo liberal-democrático que obviamente pode ser contestada (como fizeram as concepções ou as legalidades socialistas) e foi amplamente aceita na Itália também pelo Partido Comunista na Assembleia Constitucional, graças ao anúncio de Togliatti em Salerno de agir em conformidade com as normas observar a lei burguesas, em observância a Yalta.

O Estatuto Albertino, a constituição monarquista de 1848 que permaneceu em vigor durante o fascismo, reconhecia apenas garantias limitadas de autonomia ao judiciário que, a partir de 1926, o fascismo as restringiu ainda mais.

Até a Constituição de 1948, o judiciário era estruturado hierarquicamente; o Ministro da Justiça tinha o poder de abrir ações disciplinares contra juízes, orientando assim seus comportamentos e decisões.

Além disso, uma das principais prerrogativas dos juízes por sua independência é o cargo oficial. Segundo o Estatuto Albertino, a presidência só era garantida após três anos de exercício e dizia respeito apenas às funções desempenhadas e não ao local onde o juiz realmente trabalhava. Como resultado, os juízes poderiam ser transferidos para lugares remotos como punição; ou simplesmente removidos dos processos em que vinham funcionando, caso suas investigações fossem embaraçosas para algum interesse.

Por fim, o promotor era um agente do poder executivo e estava sob a direção do Ministério da Justiça. Isso significava que ele não era formalmente independente do poder político. Tudo isso mudou drasticamente após dois movimentos, um de natureza política e outro

constitucional. No lado político, praticamente todos os juízes que serviram sob o fascismo eram mantidos em seus cargos ou, se eram procuradores, precedidos no judiciário. Foram movimentos inteligentes dos setores mais reacionários do capitalismo italiano (aqueles que apoiaram a ascensão de Mussolini ao poder) para manter pessoas de sua confiança no poder, sob a nobre ideia de um processo de perdão (na época uma ideia católica muito profunda na cultura italiana), ampliando seu poder em um momento em que eles estavam politicamente do lado perdedor da história. (*Neppi Modona*). No nível constitucional, apesar dos protestos de Piero Calamandrei, o promotor tornou-se membro do judiciário, sujeito apenas à lei e formalmente obrigado a sempre conduzir a acusação judicial. Ninguém pensaria naquela época que esse novo promotor, "um advogado sem paixão e um juiz sem independência" nas palavras de Calamandrei, estava destinado a se tornar uma das forças mais subversivas do compromisso democrático liberal que foi mantido na Itália desde 1948 até a queda do muro de Berlim.

Capítulo 2

Economia política do compromisso democrático liberal italiano

Por mais de quarenta anos, de 1948 a 1992, a Itália experimentou a chamada *Primeira República*. Mediado em nível geopolítico pelos americanos, após a visita de De Gasperi aos Estados Unidos, este compromisso envolveu o judiciário, em um país ocidental com um Partido Comunista com quase 35% dos votos nas eleições políticas, invariavelmente com um afluxo ao voto de 80-90% dos eleitores (algo atualmente impensável). Para todos os efeitos, enquanto o Partido Comunista era excluído das responsabilidades governamentais (Togliatti renunciou ao cargo de Ministro da Justiça no início da primeira legislatura), reservadas à Democracia Cristã e seus aliados moderados, o Partido Comunista ganhou hegemonia às custas da academia, dev-sindicatos e do judiciário. O último fenômeno especialmente relevante aqui se deve ao fato de um grande número de jovens magistrados (todos os novos ingressantes na profissão) serem favoráveis e frequentemente fascinados pelas ideias mais progressistas que os juristas próximos ao Partido Comunista estavam propondo para implementar o programa social avançado da Constituição de 1948. Conseqüentemente, especialmente a partir do final dos anos 60 e 70, várias reformas progressistas foram aprovadas no Parlamento, por uma solicitação por parte daqueles que ficaram conhecidos como "Magistrados de Combate" ou "Juizes Vermelhos", que estavam interpretando criativamente a lei, muitas vezes a favor do trabalho sobre o capital. (Nívarra L., *Gli anni settanta del diritto privato*, 2008).

Isso produziu um efeito duplo. Antes, os juízes se acostumaram a desempenhar, por assim dizer, um papel quase subsidiário nas inúmeras ocasiões em que a reforma da lei foi adiada pela alquimia da democracia parlamentar. Depois, os setores mais visíveis do judiciário eram juízes progressistas, com a conseqüente ideia (amplamente impulsionada por Berlusconi) de que os juízes eram todos comunistas.

Obviamente, tudo isso era apenas uma imagem que a crescente indústria da mídia, que sempre procurava histórias interessantes para relatar ou, às vezes, inventar, viria enfatizar muitas vezes. A verdade é que, em muitos dos mais importantes postos judiciais, juízes seniores operaram dentro de seus cânones mentais reacionários ao longo dos anos, bem como em inúmeras vezes as reformas mais progressistas alcançadas no Parlamento por uma esquerda bastante poderosa foram derrotadas em sua implementação.

Apesar disso, o compromisso alcançado desmoronou repentinamente sob abuso judicial, no contexto da queda do Muro de Berlim.

Capítulo 3

Um caso italiano: Tangentopoli e o papel da mídia

Foi um ex-policia! com simpatias pela direita e com método muito brutal, Antonio di Pietro, que se tornou o herói de Tangentopoli, o escândalo político que provocou o colapso da chamada "Primeira República". Di Pietro foi o membro mais vocal de um grupo de promotores em Milão -liderado por Francesco Saverio Borrelli e Gerardo D'Ambrosio (ambos membros da Magistratura Democrática), mas que também incluía Gerardo Colombo e Piercamillo Davigo (na extrema direita do espectro político)- , criado para investigar a corrupção de políticos democratas-cristãos e socialistas que estavam recebendo volumosos subornos, para eles próprios e seus amigos políticos no interior dos partidos.

Em alguns meses, um grupo inteiro de políticos imensamente poderosos, incluindo os ex-primeiros-ministros Bettino Craxi e Arnaldo Forlani, foi desmantelado por meio de interrogatórios brutais, prisão, exílio voluntário ou do ostracismo político. Alguns dos principais gerentes de empresas públicas foram presos e alguns até cometeram suicídio (a presidente da ENI, Gabriele Cagliari e Raul Gardini, um dos CEOs italianos mais conhecidos). O país estava experimentando uma atmosfera de exaltação. Pichações com as palavras "Di Pietro nos faz sonhar" apareciam nas paredes de toda a Itália. A brutalidade das acusações e a posterior ida a julgamento foram saudadas como um vento de liberdade. A chamada "Segunda República" nasceu em 1992, com um novo sistema de maioria eleitoral (que emergiu de uma

vitória esmagadora no referendo) e uma nova postura neoliberal, com santificação da competição privada contra a corrupção pública, meritocracia em vez de proteção do bem-estar, competitividade em vez de solidariedade. Todo o processo de reforma foi interrompido subitamente e um processo chamado contrarreforma começou a colocar o capital na frente da força de trabalho (Mattei U., 2013). A partir dos primeiros dias da "Segunda República", com governos tecnocráticos acionados, sob o frenesi ideológico da luta contra a corrupção, a Itália privatiza ativos por 130 bilhões de euros, em três anos.

Deve-se notar que o Partido Comunista não foi atingido pelos promotores (o que deu força à visão de Berlusconi de uma conspiração vermelha de juízes comunistas); no entanto, os derrotados dessa transformação política brutal foram os comunistas (eu sugeriria que um fato determinado muito mais em escala global do que localmente). Em um ato de suicídio político, eles renunciaram ao nome e ao símbolo; posteriormente, viriam a unir-se a membros progressistas da Democracia Cristã, com quem se mesclaram no Partido Democrata, produto copiado do partido americano.

Paradoxalmente, o verdadeiro vencedor desse processo foi Silvio Berlusconi, um magnata muito conhecido, que ganhou dinheiro com o desenvolvimento do setor imobiliário e mais tarde na primeira televisão privada sob a proteção do exilado Bettino Craxi, secretário de longa data do extinto Partido Socialista Italiano (desde 1932, inimigo número um do partido comunista). Dentro de algumas semanas, ele criou um novo partido, chamado Forza Italia, que em 1994 o levou ao poder. Por cerca de vinte anos, Berlusconi permaneceu como protagonista da cena política italiana, tendo como antagonista simbólico Antonio Di Pietro que, entretanto, havia deixado a magistratura para financiar seu partido judiciarista, o Italia dos Valores.

A história de Di Pietro era bastante patética. De fato, ele nunca foi capaz de assumir o poder, mas foi usado pela chamada coalizão progressista de Romano Prodi como ministro (felizmente nunca da justiça) para atrair os votos dos inimigos mais radicais da casta política. Ironicamente, Romano Prodi (como Silvio Berlusconi) é ele próprio um produto da Primeira República, tendo sido, entre outros cargos, o presidente do *Istituto per la Ricostruzione Industriale*, a mais importante agência pública italiana. Afinal, Di Pietro desapareceu em 2012 devido a uma má gestão dos fundos públicos de seu grupo político, mas a parábola da passagem judicial da Itália da Primeira para a Segunda República convida a algumas breves considerações finais.

Considerações finais

A transição da Primeira para a Segunda República na Itália é comumente considerada matéria da política italiana local. No entanto, sua temporalidade e a sua evolução, se analisadas numa visão mais ampla dos resultados políticos e econômicos, parecem muito mais uma variação local em um processo geopolítico de transformação capitalista que ocorreu globalmente no final da Guerra Fria.

Com o socialismo derrotado como alternativa real, os sistemas normativos e políticos nas periferias e semiperiferias passaram por um processo de centralização do poder no ramo executivo do estado, que marginalizou as legislaturas e deixou o judiciário como o único contrapeso potencial da concentração política. No entanto, os instrumentos de controle judicial do poder político tendem a se basear em acusações de corrupção com ações penais intermináveis que, por um lado, prejudicam a eficácia do governo e, por outro, produzem uma grande falta de respeito pela classe política e por sua capacidade de dirigir países.

Nesse cenário, os juízes conseguiram obter uma visibilidade considerável da mídia, o que desencadeou as ambições de indivíduos politicamente ingênuos. Na Itália, seguindo o exemplo de Di Pietro, muitos outros ex-juízes tentaram a carreira política. Até o momento, ninguém foi particularmente bem-sucedido, mas em algumas eleições diretas eles conseguiram vencer (por exemplo, o prefeito de Nápoles e o governador da Puglia).

O que se desenvolveu globalmente após a queda do Muro de Berlim foi uma espécie de sistema satélite da mídia inspirado nos Estados Unidos, onde indivíduos famosos transformaram sua visibilidade pública em cargos políticos, sem nenhuma habilidade particular na arte exigente que é a política que, sublinho, requer treinamento administrativo e ideológico específicos.

Quando esses indivíduos são membros do judiciário, e quando o judiciário como na Itália é dotado de sólidas garantias de independência, a combinação parece um tanto pernicioso.

Juízes politicamente ambiciosos gastam tempo cortejando a mídia para receber visibilidade em troca e, às vezes, agem como braços judiciais politicamente motivados por poderosos políticos em cargos públicos, a fim de obter oportunidades de carreira, destruindo por meios também políticos aquelas alternativas políticas potencialmente perigosas.

Ambos os fenômenos são ruins. O primeiro produz incentivos para deslegitimar o setor político e público, favorecendo privatizações, globalmente, e oportunidades econômicas para as corporações. Na Itália, isso se demonstrou particularmente real e as privatizações maciças dos últimos quinze anos foram acompanhadas por uma propaganda maciça sobre corrupção (judicialmente aferida) no setor público. O segundo fenômeno também é pernicioso para uma democracia genuína. O medo de processos motivados pela política enrijecia a participação nos

movimentos sociais que, na ausência de partidos políticos (reduzidos a comitês eleitorais de pessoas famosas), significa o fim da participação política em geral (hoje a participação eleitoral é inferior a 50%). Novamente, exemplos são abundantes na Itália. O mais conhecido é o da aliança ímpia entre a mídia dominante, os atuais partidos políticos (Partido Democrático) e a magistratura contra o movimento popular no vale do Susa, protestando contra um megaprojeto de trens de alta velocidade. Tais projetos devastadores do meio-ambiente geram bilhões para empresas amigas de políticos e são rechaçados pela população; mas o judiciário, com vistas a promessas de carreiras políticas ou à visibilidade na mídia, atua na criminalização da participação política.

Reitere-se, esse não é um fenômeno tipicamente italiano; mas aqui é especialmente violento contra os movimentos das pessoas que, a partir de 2011, geraram a mais sólida plataforma política de resistência contra a privatização e contra saques perpetrados por empresas. (Mattei e Bailey, 2011)

Em um breve ensaio como esse, não seria fácil ou possível buscar uma solução para um problema que parece cada vez mais estrutural.

No início deste artigo, estilizamos os diferentes planos de incentivo dos políticos e do judiciário. O programa atual da sociedade do espetáculo, para usar a reconstrução de Guy Debord, em seu famoso livro chamado "The Society of the Spectacle", parece ter misturado planos de incentivos chegando a um ponto sem retorno. Com os juízes tentando maximizar as chances de uma carreira política através do favor da mídia e os políticos atendendo aos interesses de empresas e corporações e não aos do povo, o estado terminal da crise institucional parece irremediável.

Novos modelos, novas formas de participação política e uma abordagem completamente nova do sistema político, ele próprio corporativo e privatizado, são desesperadamente necessários. Uma certa consciência do estado atual das coisas e um olhar crítico para além da oposição política estéril contra o judiciário é um pré-requisito para entender o que este artigo tentou oferecer.

Na Magistratura Democrática, por exemplo, nos anos recentes, nasceu a AREA, um grupo independente de magistrados de "esquerda" (muitos deles pertencentes à MD), cujo mote diz: a AREA "quer levar os grupos associativos ao seu papel original de compartilhar e cotejar com a opinião pública os problemas que o judiciário enfrenta".

Isso quer dizer que a consciência existe, talvez esteja faltando a vontade.

Bibliografia

ARATA R., (2015) *Diritti, Giurisdizione e Futuro, il ruolo dei giudici nell'epoca dell'incertezza*, XX Congress of MD, 27-29 MARZO 2015, Reggio Calabria.

ARATA R. – PILLA E., (2012) *Politicità della giurisdizione, impegno "politico" e impegno "in politica" del magistrato*, *Questione Giustizia Magazine*, 2012, Turin.

CALAMANDREI P., (1935) *Elogio dei giudici, scritto da un avvocato*.

COOTER R. D., (1999) *The Strategic Constitution*.

DEBORD G., (1967) *The society of the spectacle*.

GAMBINO S., (2015) *Magistratura e potere politico*, *Magazine of the Italian Constitutionnalists*.

LOFOCO N., (2016) *Politica e magistratura: l'eterna lotta che logora l'Italia*, *Huffington Post Edition*.

MATTEI U., (2011) *Beni Comuni, Un Manifesto*, Laterza Edition.

CARTA DE FIANÇA E A POSSIBILIDADE DE SUSPENDER OU NÃO A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

LETTER OF GUARANTEE AND THE POSSIBILITY OF SUSPENDING OR NOT THE REQUIREMENT OF TAX CREDIT

Paulo David Cordioli¹

Felipe Mahfuz de Araujo²

RESUMO

As hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário ainda são objeto de discussões no âmbito doutrinário e jurisprudencial. Prevalece nos tribunais o entendimento de que as causas de suspensão da exigibilidade previstas no artigo 151 do Código Tributário Nacional são taxativas, não havendo como interpretá-las extensivamente para abarcar hipóteses sem previsão expressa no rol desta norma. Enfrentando este entendimento, os contribuintes que têm contra si ajuizada uma execução fiscal têm apresentado cartas de fiança com o fim de ver garantida a execução, porém requerendo também que seja suspenso o curso do feito executivo, por entenderem que tal garantia é equiparada à hipótese prevista no inciso II da norma em comento. Dessa forma, portanto, para que se pudesse aceitar as novas modalidades surgidas pelo avanço das relações empresariais, dentre elas a carta de fiança, nas causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mostra-se necessária uma revisão do rol do artigo 151 do CTN, cabendo ao legislador refletir na norma a realidade empresarial atual.

Palavras-chave: suspensão da exigibilidade, crédito tributário, carta de fiança, taxatividade, artigo 151 do CTN.

ABSTRACT

The hypothesis of the tax credit's suspension of enforceability still are objects of discussion on the doctrinaire and jurisprudential sphere. On courts prevailed the conception that the suspension of enforceability's causes provided for in article 151 National Tax Code are restrictive. They cannot be extensively interpreted to take account of hypothesis which have not express prevision in legal list. Contrary to this conception, the tax payers have been presented a letter of guarantee issued in order to assurance the tax execution process. Therefore, they also ask the process' suspension because it is considered that this assurance is the same of the provided for National Tax Code's article 151. In this way, with the purpose of accepting new

¹ **Procurador do Estado de São Paulo**, designado para atuar na Procuradoria Fiscal, atualmente exercendo suas funções na execução fiscal eletrônica. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo em 2010 e especialista em Direito Tributário pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo em 2014. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica em 1998.

² **Procurador do Município de Niterói**, designado para atuar na Procuradoria do Município de Niterói, atualmente exercendo suas funções na área fiscal. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro em 2005.

modalities emerged with the business relations development the lawmaker needs to change the provision of 151 article in order to include the letter of guarantee issued.

Keywords: suspension of enforceability, tax credit, letter of guarantee issued, restrictive causes, National Tax Code's article 151.

1. INTRODUÇÃO

O tema carta de fiança e a possibilidade de suspensão da exigibilidade do crédito tributário é de grande importância no direito tributário brasileiro, causando diversas discussões doutrinárias, sendo a jurisprudência uma importante fonte de estudo.

O Código Tributário prevê algumas hipóteses em que apesar da existência do crédito tributário, a Fazenda não pode executar a sua cobrança devido às causas suspensivas.

Com a suspensão da exigibilidade, o crédito tributário continua existente, porém não pode ser executado enquanto perdurar a causa que impeça a sua cobrança pelo ente público.

O legislador ao elaborar o Código Tributário Nacional, em especial no artigo 151, elencou algumas situações de suspensão do crédito tributário.

Importante o estudo do presente tema, tanto do lado da atuação da Administração, que terá que respeitar os limites ao poder de executar os créditos tributários, quanto por parte do administrado, que terá que respeitar o rol das causas suspensivas, já que muitas vezes ocorre uma tentativa de enquadrar determinada causa como passível de suspender o crédito tributário, quando na realidade é uma tentativa de postergar o pagamento do tributo devido.

Será realizada uma análise da possibilidade da carta de fiança ser considerada como causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário.

Com o intuito de emprestar também um caráter prático, além de um caráter teórico ao presente estudo, serão analisados diversos julgados para a perfeita compreensão.

2. CARTA DE FIANÇA

2.1. Conceito

A carta de fiança na realidade é uma fiança bancária que se constitui em um contrato por meio do qual o banco, que é o fiador, garante o cumprimento da obrigação de seus clientes (afiançado).

A fiança nada mais é do que uma obrigação escrita, acessória, assumida pelo banco, e que, por se tratar de uma garantia e não de uma operação de crédito, está isenta do IOF.

Por ser um compromisso contratual, o Banco, como fiador, garante o cumprimento de obrigações de seus clientes, entretanto, cabe ressaltar que a carta fiança não comprova que os recursos financeiros estão depositados pela empresa na instituição fiadora, mas a instituição garante que haverá recursos, pois se torna fiadora.

São diversas as modalidades de carta fiança, destacando-se como as principais:

- Adiantamentos de contratos de fornecimentos de bens e serviços;
- Participação em concorrências públicas e privadas;
- Substituição de cauções;
- Execução de contratos (cumprimento do cronograma de obras ou fabricação de máquinas ou equipamentos sob encomenda);
- Operações em Bolsas de Mercadorias, Futuros, e Valores;
- **Interposição de recursos fiscais ou de ações judiciais;**
- Aluguel de imóveis;
- Garantias em operações de crédito;
- Performance.

No presente estudo, interessa-nos apenas a fiança bancária apresentada por devedores fiscais para garantir o débito e se é possível a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Baixa-se uma fiança: a) quando do término do prazo de validade da Carta de Fiança, desde que esteja assegurado ao cumprimento das obrigações assumidas pelas partes contratantes; b) mediante a devolução da Carta de Fiança; c) mediante a entrega ao banco da declaração do credor, liberando a garantia prestada.

2.2. Diferença entre carta de fiança e seguro garantia

Conforme explicado, na fiança bancária, o Banco é o fiador das responsabilidades assumidas pelo contratado, já no seguro garantia, a seguradora garante que o contratado irá cumprir com suas obrigações.

Na carta de fiança, o valor afiançado toma o limite operacional do Banco e também o limite de crédito da empresa junto à instituição bancária. Para expedir uma carta, o Banco leva em consideração a capacidade econômico-financeira da empresa.

No seguro garantia, o valor garantido não limita o crédito da empresa segurada, não vincula o capital de giro. Para emitir uma apólice, além de analisar a situação financeira da empresa, é comum as seguradoras analisarem a capacidade operacional, gerencial da segurada em cumprir aquela obrigação.

Analistas de mercado consideram que, por não limitar crédito junto a bancos, o seguro garantia é mais vantajoso, já que possibilita ao segurado utilizar o seu crédito bancário para outras finalidades, até mesmo para cumprimento de suas obrigações, tendo inclusive, um custo menor do que a carta de fiança, já que são cobradas taxas entre 0,25% e 2,25% do valor segurado.

3. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

3.1. Taxatividade das causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário

Após o conceito de carta de fiança, importante analisar as causas de suspensão de exigibilidade do crédito tributário e o rol do art. 151 do CTN.

A **constituição do crédito** tem como principal efeito tornar líquida, certa e exigível a obrigação já existente. A **exigibilidade** impõe ao sujeito passivo o dever de adimplir a obrigação e, em caso de descumprimento, permite que a Administração Tributária promova os atos executivos necessários para o recebimento coercitivo do que lhe é devido.

Existem hipóteses em que a possibilidade de promoção de atos de cobrança por parte do Fisco fica suspensa. São os casos de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, elencados no artigo 151 do CTN:

Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;
VI – o parcelamento.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

Tais hipóteses formam rol taxativo, na medida em que o art. 141 estabelece que o crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos nesta Lei (ou seja, previstos no CTN).

Inclusive, alguns doutrinadores, além de defenderem o caráter taxativo do art. 151 do CTN, sustentam que somente lei complementar pode dispor sobre a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, conforme nos ensina Marcos Rogério Lyrio Pimenta³:

(...) somente lei complementar, como o Código Tributário Nacional – veículo introdutor de normas gerais – pode dispor sobre a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, dirigindo essa norma igualmente aos entes tributantes. Tanto é assim que o legislador, quando desejou aumentar o rol das causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário previstas no artigo 151... o fez expressamente através de lei complementar (LC nº104/01) ... artigo 141 do Código Tributário Nacional aponta para o caráter taxativo da enumeração do seu artigo 151, não admitindo, portanto, outros fatos suspensivos da exigibilidade do crédito tributário que não os disciplinados no sobredito dispositivo legal.

No mesmo sentido, pelo rol taxativo do art.151 do CTN a jurisprudência a seguir:

Suspensão em virtude do ajuizamento de ação anulatória do crédito fiscal. Impossibilidade. Ausência de depósito integral. Art.151 e 204 do CTN... 3... o crédito tributário só pode ter sua exigibilidade suspensa na ocorrência de uma das hipóteses estabelecidas no art.151 do mesmo diploma legal. 4. Deveras, o ajuizamento de ação anulatória de débito fiscal, desacompanhado de depósito do montante integral, não tem o condão de suspender o curso de execução fiscal já proposta... (STJ, 1ª T., REsp 758.270/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, mai/07)

Cumprir destacar que a suspensão da exigibilidade é sempre temporária, conforme assevera o Prof. Kiyoshi Harada⁴:

(...) a suspensão da exigibilidade do crédito tributário é sempre de natureza temporária. A suspensão não importa na desconstituição do crédito tributário, que continua intacto desde sua constituição definitiva pelo lançamento, notificado ao sujeito passivo.

Esta taxatividade é ainda reforçada pelo art. 111, que determina interpretação literal da legislação que disponha sobre suspensão do crédito tributário.

³ PIMENTA, Marcos Rogério Lyrio. *A taxatividade das causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário*, RDDT 163/64, abr/09.

⁴ HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*, 18. ed. São Paulo: Atlas, p. 374.

Por ser um rol taxativo, há uma tentativa por parte de alguns advogados de considerar a carta de fiança equivalente ao depósito do montante integral, o que suspenderia a exigibilidade do crédito tributário, objeto do presente estudo e que será estudado no item 4.

A título de conhecimento, é importante destacar precedente em sentido contrário ao aqui sustentado, ainda não majoritário em doutrina, estabelecido na ADI nº. 2405 – RS (MC), no qual foi defendida a não taxatividade do rol previsto no artigo 151 do CTN, como se pode ver do seguinte trecho do voto do Min. Ilmar Galvão:

Com efeito, a Constituição de 67 não reservou à Lei complementar a enumeração dos meios de extinção e suspensão dos créditos tributários. Por igual, a de 88, salvo no que concerne à prescrição e decadência tributários.
De ser entendido, por isso, não ser exaustivo o rol de institutos suscetíveis de gerar tais efeitos, contidos nos arts. 151 e 156 do CTN.

3.2. Suspensão da exigibilidade do crédito e a possibilidade do lançamento

Antes de verificar a possibilidade de suspensão pela apresentação da carta de fiança, cumpre esclarecer que as causas de suspensão do crédito tributário não operam apenas nos casos em que o lançamento já foi efetuado. É possível, por exemplo, que seja concedida uma liminar em mandado de segurança mesmo antes da constituição do crédito. Nesse caso, a jurisprudência tem afirmado que a autoridade fiscal **não** fica impedida de realizar o lançamento, pois o que a liminar suspende é a exigibilidade do crédito e não a possibilidade de constituí-lo.

Embora suspensa a exigibilidade do crédito, a sua constituição pelo lançamento é possível, já que as causas suspensivas do crédito tributário recaem diretamente sobre a exigibilidade, impedindo apenas a propositura da execução fiscal.

Se houver uma causa de suspensão anterior à constituição do crédito pelo lançamento, teremos uma antecipação dos efeitos da suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Possível, portanto, que um crédito tributário ainda nem tenha sido constituído e já exista uma causa suspendendo a sua exigibilidade. Neste sentido, o Prof. Luciano Amaro⁵ aduz:

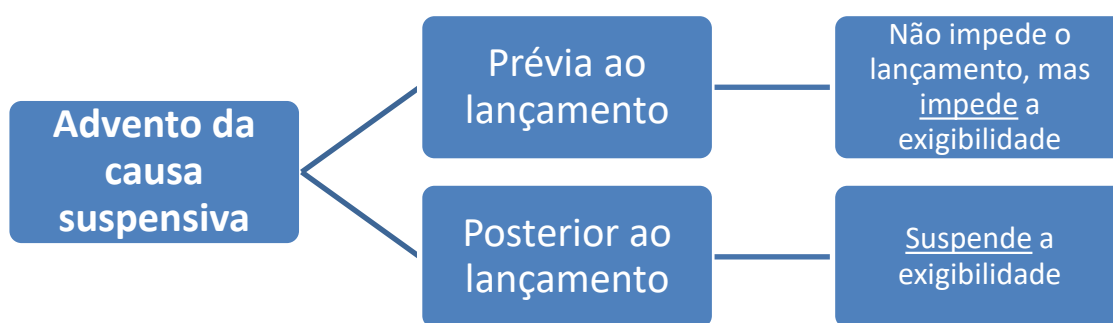
“Em suma, as causas de suspensão do crédito tributário (inclusive a moratória, incluída como tal pelo CTN) podem ocorrer mesmo antes do lançamento e, portanto, não pressupõem a existência de crédito tributário no sentido que lhe deu o Código (de entidade que só se constituiria pelo lançamento). O que se suspende, portanto, é o dever de cumprir a obrigação tributária, ou porque o prazo de pagamento foi prorrogado ou porque um litígio se esteja instaurando sobre a legitimidade da

⁵ AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 378.

obrigação, e esse litígio seja acompanhado de alguma medida que impede a prática de atos do sujeito ativo no sentido de exigir o cumprimento da obrigação”.

Assim, mesmo havendo uma causa suspensiva da exigibilidade, o crédito pode e deve ser constituído, mas sem estipulação de prazo para pagamento e sem imposição de penalidade, devendo-se apor, ao final do documento que instrumentaliza o lançamento, a expressão “suspensão por medida judicial”.

E nem poderia ser diferente, pois, se as causas de suspensão fossem impeditivas de lançamento, haveria o risco de o Fisco ver esvair-se o prazo decadencial para a constituição do crédito sem poder tomar qualquer providência por estar legalmente impedido.



Além de impedir a execução fiscal, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário implica a suspensão da inscrição no CADIN, conforme previsto na legislação pertinente à matéria e enseja a obtenção de certidão de regularidade fiscal, de acordo com o art. 206 do CTN.

4. JURISPRUDÊNCIA PELA IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO

Após um estudo sobre carta de fiança e as causas de suspensão de exigibilidade e suas consequências, há uma discussão na doutrina e na jurisprudência em considerar ou não a carta de fiança como uma causa de suspensão, equivalente ao depósito em dinheiro.

Embora alguns julgados insistam, hoje prevalece que a carta de fiança **não** é causa suspensiva de exigibilidade do crédito tributário.

De acordo com a jurisprudência dominante, não é possível considerar a carta de fiança como depósito, o que a enquadraria na hipótese do art.151, II do CTN, na qual se autoriza a suspensão da exigibilidade, impossibilitando o ente estatal de qualquer medida de cobrança.

O depósito do montante integral, como causa de suspensão de exigibilidade, deve ser em dinheiro, não podendo a carta de fiança ser considerada como equivalente.

Nos termos precisos do jurista Hugo de Brito Machado:

o depósito é um ato voluntário do sujeito passivo da relação tributária que pretenda suspender a exigibilidade do crédito tributário e, por isso mesmo, não depende de autorização do juiz, nem de qualquer outra autoridade.⁶

O depósito do crédito tributário é um **direito subjetivo** do contribuinte, que pode fazê-lo em ação judicial, seja nos autos de ação declaratória, anulatória ou medida cautelar, a fim de suspender a sua exigibilidade, conforme a jurisprudência a seguir:

O depósito previsto no art.151, II, do Código Tributário Nacional é um direito do contribuinte. O juiz não pode ordenar o depósito, nem o indeferir.' (STJ, 1ªT., REsp 324.012/RS, Min. Humberto Gomes de Barros, set/01)

CPMF. Depósito judicial. É direito do sujeito passivo da obrigação tributária suspender a exigibilidade do crédito tributário mediante depósito do seu montante integral." (TRF4, 1ªT., AI 97.04.03108-4-RS, Juiz Gilson Dipp, jun/97)

TRIBUTÁRIO – MEDIDA CAUTELAR – IPTU – DEPÓSITO – SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE – DIREITO DO CONTRIBUINTE – CTN, ART. 151, II – PRECEDENTES.

Consoante iterativa jurisprudência desta Corte, a parte tem o direito de efetuar o depósito judicial do crédito tributário, seja nos autos de ação declaratória, anulatória ou medida cautelar, a fim de suspender a sua exigibilidade.

Recurso conhecido e provido.

(Resp 196.235/RJ, Rel. Min Francisco Peçanha Martins, 2ª T., pub. DJ 04/06/2011, p. 90)

Não é necessário nenhum pedido ou qualquer formalidade ou instrumento processual para efetuar o depósito, podendo ser feito nos próprios autos em que se discute o tributo, sem a necessidade de ajuizar ação cautelar. Inclusive, nem sequer é necessário a parte peticionar ao juiz pedindo autorização para a realização do depósito, devendo simplesmente fazer e informar nos autos.

Importante destacar que o valor a ser depositado não é aquele que o contribuinte entende ser devido, mas o que contempla o importe desejado pelo Fisco, necessário, portanto, o depósito do valor integral cobrado pela Administração, incluindo o tributo, juros e multa, entendimento já pacificado na jurisprudência:

Depósito do montante controvertido. CTN, art. 151, II. O montante integral do crédito tributário, a que se refere o artigo 151, II do Código Tributário Nacional, é aquele exigido pela Fazenda Pública, e não aquele reconhecido pelo sujeito passivo da obrigação tributária. Recurso especial conhecido e provido." (STJ, 2ª T., Resp 69.648/SP, Ari Pargendler, ago/97)

Depósito em garantia do juízo. Integralidade. Liberação... O depósito de que trata o art.151, II do CTN, pode ser feito independentemente de autorização judicial.

⁶ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*, 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.189.

Independente assim, da propositura de ação cautelar. De qualquer modo, só suspende a exigibilidade do crédito tributário quando integral, vale dizer, da quantia correspondente ao que o credor pretende receber, sendo inadmissível qualquer disputa a respeito de seu valor...” (TRF5, 1ªT., AG 0502386, Rel. Hugo de Brito Machado)

O depósito do valor devido é, portanto, um direito subjetivo do contribuinte, mas para suspender a exigibilidade do crédito tributário, indispensável que seja integral e **em dinheiro**, conforme súmula 112 do STJ:

O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro.

O depósito deve ser integral e em dinheiro, podendo ocorrer até mesmo quando por algum outro motivo já estiver suspensa a exigibilidade do crédito tributário, por exemplo, devido a uma liminar obtida em mandado de segurança. Nestes casos, a função do depósito será a de obstar a fluência dos juros de mora.

O depósito tem que ser em dinheiro, de modo que a ele não equivale o oferecimento de caução ou qualquer outra forma de garantia.

No Superior Tribunal de Justiça já é pacífico o entendimento de **não** ser possível aceitar a carta de fiança como causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário:

Processo: AgRg no AREsp 402800 MG 2013/0330181-9

Relator(a): Ministro BENEDITO GONÇALVES

Julgamento: 27/03/2014

Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA

Publicação: DJe 07/04/2014

Ementa

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE EQUIPARAÇÃO DA FIANÇA BANCÁRIA AO DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL DO TRIBUTO DEVIDO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1.156.668/DF. NECESSIDADE DE GARANTIA E ANÁLISE DO JUIZ ACERCA DA RELEVÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO E DA OCORRÊNCIA DE GRAVE DANO DE DIFÍCIL E INCERTA REPARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1.272.827/PE.

1. O STJ, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1.156.668/DF (Rel. Min. Luiz Fux, DJe 10/12/2010), firmou posicionamento no viés de que a fiança bancária não é equiparável ao depósito integral do débito exequendo, para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ante a taxatividade do art. 151 do CTN e do enunciado da Súmula 112/STJ.

2. Este Tribunal Superior, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1.272.827/PE (Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 31/05/2013), assentou entendimento na linha de que, para atribuição de efeitos suspensivos aos embargos do devedor, não basta a apresentação de garantia, é imperiosa a verificação pelo juiz da

relevância da fundamentação (*fumus boni iuris*) e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*).

3. Logo, a carta de fiança bancária oferecida no bojo de ação anulatória de crédito tributário, por si só, não é capaz de suspender a exigibilidade do crédito, tampouco, da execução fiscal (§ 1º do art. 585 do CPC).

4. Agravo regimental não provido.

(...) somente as causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário, taxativamente enumeradas no artigo 151, do CTN (moratória; depósito do montante integral do débito fiscal; reclamações e recursos administrativos; concessão de liminar em mandado de segurança; concessão de liminar ou de antecipação de tutela em outras espécies de ação judicial; e parcelamento), inibem a prática de atos de cobrança pelo Fisco, afastando a inadimplência do contribuinte, que é considerado em situação de regularidade fiscal. **8. Assim, é que a constituição de garantia da execução fiscal (hipótese não prevista no artigo 151, do CTN) não têm o condão de macular a presunção de exigibilidade do crédito tributário...**” (STJ, Primeira Turma, RMS 27.473/SE, Rel. Ministro Luiz Fux, fev/2011)

Suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Art. 151 do CTN. **Inexistência de equiparação da fiança bancária ao depósito do montante integral do tributo devido para fins de suspensão da exigibilidade.** Súmula 112/STJ. Violação ao art. 535, II, do CPC, não configurada. Multa. Art. 538 do CPC. Exclusão. 1. A fiança bancária não é equiparável ao depósito integral do débito exequendo para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ante a taxatividade do art. 151 do CTN e o teor do Enunciado Sumular n. 112 desta Corte, (...) precedentes: (...) a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (que implica óbice à prática de quaisquer atos executivos) encontra-se taxativamente prevista no art. 151 do CTN, sendo certo que a prestação de caução, mediante o oferecimento de fiança bancária, ainda que no montante integral do valor devido, não ostenta o efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário, mas apenas de garantir o débito exequendo, em equiparação ou antecipação à penhora, com o escopo precípuo de viabilizar a expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa e a oposição de embargos...4. **Ad argumentandum tantum, peculiaridades do instituto da fiança demonstram, de forma inequívoca, a impossibilidade de sua equiparação ao depósito, tais como a alegação do benefício de ordem e a desoneração do encargo assumido mediante manifestação unilateral do fiador, nos termos dos arts. 827 e 835 do Código Civil, verbis:** “Art. 827. O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor.” “Art. 835. O fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor.” (...) Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (STJ, 1ª Seção, REsp 1156668/DF, Min. Luiz Fux, nov/2010)

Verifica-se claramente, pelos julgados acima, a impossibilidade de se considerar a carta de fiança equivalente a depósito em dinheiro, pois o instituto da fiança contém particularidades que a distanciam da possibilidade de considerá-la como causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário.

Nesse sentido também, os julgados de diversos Tribunais Estaduais:

- TJ/MG

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CAUTELAR INOMINADA - LIMINAR - "FUMUS BONI IURES" E "PERICULUM IN MORA" - PRESENÇA DOS REQUISITOS - OFERECIMENTO DE FIANÇA BANCÁRIA E BENS PENHORADOS NAS AÇÕES EXECUTIVAS - CERTIDÃO POSITIVA COM

EFEITOS DE NEGATIVA - EXPEDIÇÃO - POSSIBILIDADE - SUSPENSÃO DA
EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - IMPOSSIBILIDADE - ART.
151, DO CTN - ROL EXAUSTIVO.

Nos termos do art. 206, do CTN, são três as hipóteses nas quais, embora o contribuinte esteja em débito para com o fisco, é possível a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa: a) existência de créditos não vencidos; b) garantia de execução, revelada pela penhora efetivada na ação de execução fiscal, indicativa de um débito sendo discutida em juízo, mas de solvência do devedor; e c) nos casos de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, enumeradas, exaustivamente, no art. 151, do CTN.

O oferecimento de carta fiança, em sede de ação cautelar, não suspende a exigibilidade do crédito tributário, eis que, as hipóteses elencadas no art. 151, do CTN, são exaustivas, e no que se refere à garantia oferecida, esta só pode ser representada por depósito integral e em dinheiro.

Reforçando tal entendimento, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 112, estabelecendo que "o depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro", hipótese esta não configurada no caso dos autos.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CV Nº 1.0145.11.024592-8/001 - COMARCA DE JUIZ DE FORA - AGRAVANTE(S): MUNICÍPIO DE JUIZ DE FORA - AGRAVADO(A)(S): AUTO VIAÇÃO NORTE LTDA E OUTRO(A)(S), VIAÇÃO SÃO CRISTOVÃO LTDA, TUSMIL TRANSPORTE URBANO SÃO MIGUEL LTDA, GORETTI IRMAOS LTDA, VIAÇÃO SANTA LUZIA LTDA

- TJ/RS

1. Número: 70055007389

Tribunal: Tribunal de Justiça do RS Seção: CIVEL

Tipo de Processo: Apelação e Reexame Necessário Órgão Julgador: Segunda Câmara Cível Decisão: Acórdão

Relator: Almir Porto da Rocha Filho

Comarca de Origem: Comarca de Porto Alegre

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR. CAUÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO VENCIDO. OFERECIMENTO DE CARTA DE FIANÇA. POSSIBILIDADE. É possível o oferecimento antecipado de bens em garantia a créditos tributários vencidos, antes da propositura da respectiva execução fiscal, viabilizando ao contribuinte a obtenção de Certidão Positiva de Débitos Fiscais com Efeitos de Negativa, na forma do artigo 206 do CTN. Recurso Especial nº 1123669/RS do STJ, submetido ao rito do artigo 543-C do CPC. **O caucionamento não acarreta a suspensão da exigibilidade dos tributos, na forma do artigo 151, II, do CTN. Esta somente se dá mediante depósito integral em dinheiro, nos termos do verbete nº 112 da Súmula do STJ.** Há apenas a possibilidade de conversão da garantia em penhora na execução fiscal futura. A fiança bancária constitui bem idôneo para tal fim, encontrando previsão legal específica nos artigos 9º e 15 da LEF. Precedentes do STJ e desta Corte. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70055007389, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Almir Porto da Rocha Filho, Julgado em 31/07/2013)

- TJ-SP

Agravo de Instrumento AI 00213959720138260000 SP 0021395-97.2013.8.26.0000 (TJ-SP)

Data de publicação: 18/04/2013

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO Suspensão da exigibilidade do crédito tributário Carta de fiança bancária - "Apenas o depósito em dinheiro é meio idôneo

para suspender a exigibilidade do crédito tributário" - Art. 151, II, CTN - Súmula 112 do STJ Decisão reformada - Recurso provido.

Importante destacar que a carta de fiança, embora não possa ser considerada como causa de suspensão de exigibilidade, é suficiente para a garantia da execução, possibilitando o ajuizamento de embargos pelo contribuinte, de acordo com o previsto no artigo 16 da Lei 6830/1980 e ainda a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa, na forma do artigo 206 do CTN, conforme julgados a seguir:

STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO AgRg no Ag 1185481 DF 2009/0083709-1 (STJ)

Data de publicação: 05/11/2013

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. NOS TERMOS DO ART. 151 DO CTN, **É INCABÍVEL A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO COM BASE NA OFERTA DE CARTA DE FIANÇA BANCÁRIA(SÚMULA 112/STJ), O QUE NÃO IMPEDE, TODAVIA, A EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA, A TEOR DO ART. 206 DO CTN . PRECEDENTES.** AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. 1. Proferida pelo eminente Ministro LUIZ FUX, a decisão ora agravada assentou, em apertada síntese, que a prestação de caução, mediante o oferecimento de fiança bancária, ainda que no montante integral do valor devido, não se encontra encartada nas hipóteses elencadas no art. 151 do CTN, não ostentando o efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário, mas, apenas, o de garantir o débito exequendo, em equiparação ou antecipação à penhora, permitindo-se, neste caso, a expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa (DJe de 03.03.2011). 2. Entrementes, em seu dispositivo, tal decisão negou provimento ao Agravo de Instrumento e manteve, assim, o acórdão recorrido, que, fundado no Enunciado 112 da Súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, deu provimento ao Agravo de Instrumento para reformar a decisão do Magistrado de piso que, por sua vez, em pedido de antecipação de tutela, indeferiu a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mas, por outro lado, concedeu medida cautelar incidental, para suspender os efeitos do Auto de Infração que constituiu o imposto devido, bem como determinar a expedição da Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, uma vez ofertada, em garantia, Carta de Fiança Bancária. 3. Agravo Regimental provido para, provendo-se o Agravo de Instrumento, conhecer do Recurso Especial e dar-lhe provimento, reformando-se, em parte, o acórdão recorrido, para restabelecer a decisão de primeiro grau, mas apenas na parte em que determinou a expedição da Certidão Positiva com Efeitos de Negativa....

TJ-RS - Apelação Cível AC 70059871814 RS (TJ-RS)

Data de publicação: 30/05/2014

Ementa: TRIBUTÁRIO.CAUÇÃO.

SEGURO FIANÇA OU FIANÇA BANCÁRIA. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. ART. 206, CTN. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. É perfeitamente possível obter-se certidão positiva, com efeitos de negativa, na forma do art. 206, CTN, mediante caução suficiente de bens, evitando-se a contradição de assegurar-se tal declaração a quem já responde execução e negando-se essa possibilidade a quem, solvente, não se encontra submetido a processo judicial e arcará com gravosa situação quanto a sua atividade empresarial, especialmente quando para tal são ofertados seguro fiança ou fiança bancária. (Apelação Cível Nº 70059871814, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 28/05/2014)

De acordo com a jurisprudência acima, verifica-se claramente o posicionamento majoritário de nossos Tribunais, inclusive superiores, pela **impossibilidade** de se considerar a carta de fiança equivalente a depósito e conseqüentemente como causa de suspensão do crédito tributário, embora ainda haja decisões em sentido contrário, conforme será analisado no próximo item.

5. JURISPRUDÊNCIA PELA POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO

Apesar da farta jurisprudência pela impossibilidade, há julgados recentes em sentido contrário, considerando que a carta de fiança equivale a depósito em dinheiro, sendo, portanto, uma causa de suspensão de exigibilidade do crédito tributário.

Nestes julgados, argumenta-se que a carta de fiança pode ser convertida em renda no momento em que a Fazenda se torna vencedora no processo judicial. E ainda será pago o débito com os juros e correção monetária, portanto, não existiria motivos para não ser aceita como causa suspensiva de exigibilidade do crédito tributário.

Ademais, ao ser considerada como causa suspensiva, facilitaria às empresas devedoras, já que poderiam utilizar o dinheiro que seria depositado para outros fins, até mesmo na recuperação da empresa.

Seria, ainda, positivo ao contribuinte, por poder dispor do dinheiro não depositado, tendo um maior capital de giro. Além disso, a Fazenda estaria garantida por receber o dinheiro da instituição bancária caso vencedora da ação judicial, com o valor devidamente corrigido.

As instituições bancárias que trabalham com a carta de fiança são, normalmente, instituições sólidas, que com certeza possuem condições financeiras de arcar com o pagamento do tributo devido em caso de inadimplência do contribuinte afiançado.

Pensando nos argumentos acima, alguns julgadores têm decidido pela possibilidade de se considerar a carta de fiança equivalente ao depósito em dinheiro, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário. Neste sentido:

TJ-SP - Agravo de Instrumento AG 2409626720128260000 SP 0240962-67.2012.8.26.0000 (TJ-SP)

Data de publicação: 05/12/2012

Ementa: Fiança bancária para suspensão da exigibilidade de crédito tributário. Anulatória de débito fiscal sob alegação de ser locatária de veículos e não a proprietária, sem que tenha de pagar o IPVA. **Subsistência da decisão que suspendeu a exigibilidade do crédito. É que a fiança tem o mesmo efeito do depósito em dinheiro e permite ganho de tempo e economia processual.** Recurso não provido.

TJ-SP – Agravo de instrumento nº 2013889-36.2013.8.26.0000

Data do julgamento: 30/10/2013

AGRAVANTE: BARCELONA COMÉRCIO VAREJISTA E ATACADISTA SA

AGRAVADO: PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

COMARCA: SÃO PAULO

VOTO Nº 16.676

Agravo de instrumento ação anulatória AIIM decisão que indeferiu liminar oferecimento de carta fiança bancária para garantir o juízo hipótese que equivale ao depósito integral do débito devida a suspensão da exigibilidade do crédito tutela antecipada concedida decisão reformada

Recurso provido

1. Cuida-se de agravo de instrumento intentado em face da decisão que indeferiu liminar para suspender a exigibilidade de AIIM lavrado por suposto creditamento indevido, em autos de ação anulatória, mediante oferecimento de carta de fiança bancária. Condição o Juiz a suspensão da exigibilidade do AIIM ao depósito do valor da multa em dinheiro.

Processado o recurso com efeito suspensivo, vieram as contrarrazões.

É o relatório.

2. O recurso comporta provimento.

A garantia do juízo por carta fiança bancária ou seguro garantia judicial equivale ao depósito em dinheiro do valor da discussão e seguro o juízo, não há razão para que não se suspenda a exigibilidade do crédito.

Sendo a ação anulatória um dos meios admitidos para se discutir a dívida, não se mostra razoável que concomitante com esta a credora possa propor a execução judicial da dívida. E isto porque, saindo-se vencedora no processo ordinário, pode a Fazenda converter o seguro ou carta de fiança em renda, com a consequente extinção da dívida sem a necessidade de ajuizar nova ação.

Nesse sentido, nota de Theotonio Negrão ao art. 38 da lei 6.830/80, “verbis”:

“Uma vez proposta ação anulatória de débito fiscal, com o depósito do valor questionado, é defeso à Fazenda Pública ajuizar execução fiscal. Se o faz responde a exequente pelo prejuízo que causou (RSTJ 20/380, maioria)” (Cód. Proc. Civil e leg. Proc. em vigor; 38ª edição; editora Saraiva; p.1419)

Apresentada a carta fiança bancária, de mister a concessão da medida liminar para suspensão da exigibilidade do crédito.

3. Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso.

VENICIO SALLES

relator

TJ/RS - Número: 70040775876

Tribunal: Tribunal de Justiça do RS Seção: CIVEL

Tipo de Processo: Agravo de Instrumento

Órgão Julgador: Segunda Câmara Cível Decisão: Monocrática

Relator: Arno Werlang

Comarca de Origem: Comarca de Canoas

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA (ARTIGO 557, CAPUT, DO CPC). TRIBUTÁRIO. AÇÃO CAUTELAR PARA PRESTAÇÃO DE GARANTIA (CARTA DE FIANÇA). LIMINAR PARA A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL. POSSIBILIDADE. O fato de o Estado constituir o crédito tributário e deixar de, desde logo, ajuizar a respectiva execução fiscal, **possibilita ao devedor o ajuizamento de ação cautelar para prestação de garantia para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário e obtenção de certidão de regularidade fiscal, sobretudo quando a carta de fiança ofertada é idônea e de valor suficiente à garantia do débito.** AGRAVO DE INSTRUMENTO

DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70040775876, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Arno Werlang, Julgado em 13/01/2011)
Data de Julgamento: 13/01/2011
Publicação: Diário da Justiça do dia 22/02/2011

Constata-se que, apesar da súmula 112 do STJ, há posições doutrinárias e jurisprudenciais que sustentam a possibilidade de se suspender a execução fiscal com a oferta da carta de fiança, tornando-se o tema sempre presente em nossos Tribunais.

6. CONCLUSÃO

1. As causas previstas no artigo 151 do Código Tributário Nacional, em que pese entendimentos em contrário, formam um rol **taxativo**, na medida em que o seu artigo 141 estabelece que o crédito tributário regularmente constituído somente se modifica, extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos no Código previstos.

2. Por ser um rol taxativo e que impede a cobrança pela Fazenda do tributo, o juiz ao conceder a suspensão da execução fiscal, deve verificar, de forma minuciosa, se estão presentes os requisitos previstos em lei, não podendo haver uma interpretação extensiva em favor do contribuinte.

3. Com base na súmula 112 do STJ, prevalece o entendimento majoritário, inclusive de nossos Tribunais superiores, de que a carta de fiança **não** equivale ao depósito em dinheiro, não suspendendo a exigibilidade do crédito tributário.

4. Apesar da súmula, há diversos julgados em sentido contrário, sustentando que seria vantajoso para ambas as partes autorizar a suspensão pela apresentação da carta de fiança, já que a Fazenda receberia o valor corrigido, se vencedora na ação judicial e o contribuinte poderia utilizar o dinheiro que seria depositado para outros fins, inclusive para a recuperação da empresa e novos negócios.

5. Interessante seria uma mudança na legislação, acabando com a discussão proposta por este artigo, prevendo novas formas de se suspender o crédito tributário, seja pela carta de fiança, seja pelo seguro garantia ou outras formas de caução, no sentido que garanta por absoluto a Fazenda em receber o seu crédito tributário caso vencedora da ação judicial e ao mesmo tempo tornar menos gravoso para o contribuinte a discussão judicial do valor devido, com possibilidade de se recuperar financeiramente e realizar novos negócios.

6. Desta forma, com a mudança legislativa, prevendo novas causas de suspensão de exigibilidade do crédito tributário, respeitar-se-ia a taxatividade do rol do artigo 151 do CTN, importantíssimo para a cobrança dos tributos devidos e para a segurança jurídica, e possibilitaria novas formas de o contribuinte devedor discutir judicialmente o valor cobrado, de acordo com as possibilidades oferecidas pelo mercado, com um custo menor.

Referências bibliográficas:

- AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2000.
- ALVIM, Eduardo Arruda, *Mandado de Segurança Tributário*. 3. ed. São Paulo: GZ, 2014.
- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário – Constituição e Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DE MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*, 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Processo Tributário*. São Paulo: Atlas, 2004.
- MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de direito tributário*, 8. ed. São Paulo: Dialética, 2011.
- NERY, Junior e Rosa Maria Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante em Vigor*, 2012.
- PIMENTA, Paulo Rogério Lyrio. *A impossibilidade de restrições à realização do depósito suspensivo da exigibilidade do crédito tributário*. RDDT 151, abr/08.
- PIMENTA, Marcos Rogério Lyrio. *A taxatividade das causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário*. RDDT 163/164, abr/09.
- SCHOUERI, Luis Eduardo. *Direito Tributário*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

**AMICUS CURIAE – DEMOCRATIZAÇÃO NO PROCESSO E POSSÍVEL
MUDANÇA DA NEUTRALIDADE PARA A PARCIALIDADE**

**AMICUS CURIAE - DEMOCRATIZATION IN THE PROCESS AND POSSIBLE
CHANGE OF NEUTRALITY FOR PARTIALITY**

Paulo Henrique da Silveira Chaves¹

Resumo: Trata-se de uma análise do instituto *Amicus Curiae* e suas intervenções no processo, identificando sua origem e trazendo à colação, posicionamentos e participação em direito alienígena, notadamente no Common Law Inglês e nos Estados Unidos da América. Foram apontadas diferentes formas de atuação do *amicus curiae* e sua natureza jurídica. Buscou-se identificar com a evolução e ampliação das possibilidades de sua atuação, a eventual mudança da neutralidade para a parcialidade.

Palavras-chave: Acesso à justiça; *Amicus Curiae*; Democratização; Intervenções; Neutralidade.

ABSTRACT – This is an analysis of the *Amicus Curiae* institute and its interventions in the process, identifying its origin and bringing into play, positions and participation in alien law, notably in the English Common Law and the United States of America. They were identified different forms of action of the *amicus curiae* and its legal nature. We sought to identify with the evolution and expansion of the possibilities of its activities, the eventual change from neutrality to partisanship.

Keywords: Access to justice; *Amicus Curiae*; Democratization; Interventions; Neutrality.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo promover uma análise do instituto *Amicus Curiae* e suas intervenções no processo. Apontou-se que a tradução da literalidade do nome do instituto, pode induzir a equívocos, imaginando-se tratar de apenas uma de suas formas de atuação,

¹ Paulo Henrique da Silveira Chaves: Pós-Doutorado - Universidade Presbiteriana Mackenzie (2020). Doutor pela FADISP - Faculdade Autônoma de Direito São Paulo (2017). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001). Especialista em Direito Processual Civil, pela Universidade Federal de Uberlândia (1993). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (1991). Professor Associado II, na Universidade Federal de Uberlândia.

demonstrando-se que esta é mais ampla. Com a conceituação do *amicus curiae*, identificou-se sua origem, suas primeiras aparições oficialmente registradas, sua evolução, trazendo à colação, posicionamentos e participação em direito alienígena, notadamente no Common Law Inglês e nos Estados Unidos da América. Foram apontadas diferentes formas de atuação do *amicus curiae*, com conseqüentes implicações na análise de sua natureza jurídica. Com a edição do novo Código de Processo Civil e a expressa recepção do instituto do *amicus curiae* foram identificadas suas hipóteses de cabimento positivadas. Com a evolução e ampliação das possibilidades de sua atuação, notadamente nos Estados Unidos, ocorreu sensível mudança do estado de neutralidade para a parcialidade, o que apesar de criticado por alguns juristas americanos, culminou por apresentar hipótese de eventual cabimento nas situações em que há falhas na representação das partes e hipoteticamente gerando danos pela deficiência, o que se poderia suprir com a atuação do *amicus curiae*. Também foi abordado o instituto perante o novo Código de Processo Civil, identificando e interpretando as disposições do artigo 138 deste.

1 Problemática na literalidade da tradução do nome do instituto

É recorrente que haja um interesse em “traduzir” os nomes dados aos diversos institutos jurídicos, nas hipóteses em que se encontram em outras línguas. Contudo, não é sempre que a literalidade da tradução possa espelhar a natureza do instituto. Indubitavelmente, tal literalidade, pode conduzir a equívocos, como se identifica no *amicus curiae*, em que a tradução “amigo da corte”, pode não significar exatamente o que se espera de um amigo, essencialmente no que diz respeito a desinteresse e neutralidade, nem sempre tais atributos estarão associados à pessoa que lança mão do instituto para se manifestar no processo.

A expressão *amicus curiae* tem sido interpretada, por muitos, como “Amigo da Corte”, como se fosse esta a tradução do latim. Todavia, a significação originária no latim, é um pouco diversa. Quanto à palavra *amicus* não há divergência, eis que corresponde sim a amigo, mas, a palavra *curia*, esta diverge um pouco, pois seu significado original, compreende a divisão de pessoas em uma tribo, posteriormente, fora amplamente utilizada pela Igreja Católica, com o sentido de uma subdivisão de conselho eclesiástico, bem como, pelos reinos na idade média.

Curia foi o nome dado à corte na idade média, vindo a designar também corte de justiça².

² Merriam-Webster, An Encyclopedia Britannica Company. Acesso: 10 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.merriam-webster.com/dictionary/curia>>

A denominação “amigo da corte” se adequa às características do instituto no sistema inglês, onde o *amicus curiae* tem a função desinteressada de prover a corte com informações ou opiniões jurídicas acerca do tema em juízo.

Acredita-se, conforme pesquisas de Elisabetta Silvestri, a qual citou Krislov, que o primeiro exemplo da atuação do *amicus curiae* no processo civil e muito limitadamente no penal, tenha se dado na Inglaterra medieval³.

Apesar de haver entendimentos no sentido de que o sistema inglês tenha incorporado o instituto *amicus curiae* como que inspirado no *consiliarius* Romano, há diferenças, notadamente pela natureza da intervenção ocorrida neste último, em que ocorria a convocação pelo magistrado que procedia à intimação de quem poderia ter notório conhecimento da matéria, de forma a colaborar se mantendo totalmente isento em sua manifestação, tudo em conformidade com o próprio e livre convencimento, como se fosse um perito de confiança do juiz. No tocante ao *amicus curiae*, este pode comparecer espontaneamente em juízo, podendo fornecer elementos úteis até mesmo para a vitória para uma das partes, exceto na esfera criminal, que não atuará em detrimento do acusado. Prossegue Criscuoli, apontando que a única semelhança que poderia ser apresentada, ocorre quando são chamados pelo magistrado, para exercer função meramente de ordem pericial⁴.

Pelas disposições legais nos Estados Unidos, percebe-se também que o *Amicus Curiae* pode atuar de forma interessada, o que também contraria a literalidade da tradução do nome do instituto. Veja-se que pela *Rule 29* do *Federal Rules of Appellate Procedure*⁵, em seu *caput*, admite-se a intervenção como *Amicus Curiae* pela União seu representante, agência ou estado, sem a necessidade de consentimento das partes ou permissão da corte, contudo, outros que figurarem na mesma condição deverão obter a permissão da corte ou consentimento das partes.

³ SILVESTRI, Elisabetta. L’amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, ano LI, n° 3, settembre de 1997 pp. 679/680. – “I primi esempi di ricorso all’amicus curiae nel processo civile e, più limitatamente, in quello penale, possono essere rinvenuti nell’Inghilterra medievale” – “Per una ricostruzione dei casi in cui, nell’ambito del procedimento at law, l’amicus curiae compie le sue prime apparizioni, cfr. KRISLOV, The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy, in 72 Yale L. J., 1963, p. 694 ss.”

⁴ CRISCUOLI, Giovanni. Amicus curiae. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, ano XXVII, n. 1, Marzo de 1973. Milano: Giuffrè Editore. p. 198.

⁵ CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL – Legal Information Institute. Acesso: 23 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/rules/frap/>>. “Rule 29. Brief of an Amicus Curiae. The United States or its officer or agency or a state may file an amicus-curiae brief without the consent of the parties or leave of court. Any other amicus curiae may file a brief only by leave of court or if the brief states that all parties have consented to its filing.”

2 Conceito

A princípio, a figura do *amicus curiae* se caracteriza por aquele que comparece no processo, visando trazer conhecimentos, esclarecimentos e posicionamentos acerca do tema em litígio.

As principais referências no direito estrangeiro acerca do *amicus curiae* dizem respeito aos Estados Unidos da América e Inglaterra, sendo que autores apontam que neste último país, especificamente no *Common Law*, foi onde o instituto se apresentou inicialmente.

Como identificado por Giovanni Criscuoli, o *amicus curiae* se desenvolveu no *Common Law*, numa simples forma de cooperação com a Corte, ou seja, trazendo informações, seja via de um convite especial ou por sua própria iniciativa, contudo, sempre na busca da verdade, sem qualquer interesse direto na disputa⁶.

Há referências do instituto como sendo originário no Direito Romano, como fundamento primário até mesmo no nome dado, contudo, os casos mais antigos de que se tem referência dizem respeito à Inglaterra medieval.

Como identificado por Elisabetta Silvestri, que disse serem os primeiros exemplos de atuação do *amicus curiae*, mais especificamente, no processo criminal, pode ser encontrada na Inglaterra medieval. A Autora ainda fez referência que haja momentos tensos para o crédito do instituto possuir derivação romanística⁷.

No direito inglês, em seus casos originários, a neutralidade do *amicus curiae*, era nitidamente identificada. Como no exemplo trazido por Cassio Scarpinella Bueno, dizendo que em 1686, Sir George Treby teria sido autorizado pela Corte a atuar como *amicus curiae*, em um caso, trazendo detalhes sobre determinada lei, com fundamento em seu conhecimento pessoal da evolução dos trabalhos legislativos, posto que membro do Parlamento⁸. A neutralidade neste episódio se evidencia do próprio fato do interventor ser chamado e mais ainda o fundamento, pois se tratava de conhecimento específico acerca dos elementos determinantes da lei, na condição de legislador.

⁶ CRISCUOLI, op. cit. p. 195 – “La storia dell' amicus si è sviluppata in common law sulla base della più semplice forma di collaborazione con la Corte: quella cioè di informarla, dietro apposito invito o di propria iniziativa, "of the truth" senza alcun diretto interesse nella lite.”

⁷ SILVESTRI, op. cit. p. 679 – “I primi esempi di ricorso all' amicus curiae nel processo civile e, più limitatamente, in quello penale, possono essere rinvenuti nell'Inghilterra medievale, anche se non mancano tesi volte ad accreditare una derivazione romanistica dell'istituto.”

⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3ª ed. Rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 114.

Apesar de se ter registro bastante antigo, no sistema inglês da atuação do *amicus curiae*, não se pode afirmar que tenha referido instituto sua origem nesse país. Nesse sentido, há quem afirme que sua origem se encontra no direito romano, tendo sido aperfeiçoado no ordenamento inglês. Como apontado por Giovanni Criscuoli, que noutras palavras, disse que, inicialmente e de forma reservada, a figura nasceu do *consiliarius* Romano, sendo que se incorporou no sistema inglês. Finaliza o jurista comentando que não se trata de uma simples semelhança ou analogia, mas de um transplante⁹.

Aponta-se, como característica, que no *consiliarius* a atuação se dá como perito do juiz ou membro do fórum, encarregado de uma tarefa com duas características essenciais, intervir a pedido do magistrado e aconselhar de acordo com seu livre convencimento, no objetivo do respeito aos princípios do direito¹⁰.

No sistema inglês, há uma ênfase com relação à neutralidade, atendendo aos interesses da justiça. Tal característica é expressa por Elisabetta Silvestri, ao descrever que, originalmente, o *amicus curiae* se apresenta como um terceiro neutro que, a pedido da corte ou por ela autorizado, participa do processo no interesse da justiça¹¹.

Apesar da grande evolução e transformação da atuação do *amicus curiae* nos Estados Unidos, o que será objeto de análise em outro tópico, em pesquisa perante enciclopédia e dicionário, ambos americanos, primeiramente, tem-se que no *Corpus Juris Secundum*, afirmou-se que o *amicus curiae*, possui literalmente o significado de amigo da corte, sendo aquele que, como uma opção, nas hipóteses de dúvida ou equívocos do juiz, pode informar o tribunal. O termo é também aplicado a uma pessoa que mesmo não sendo propriamente ou necessariamente parte, mas que tem permissão para atuar e proteger o interesse de uma parte que ele representa¹². No dicionário Black Law Dictionary, tem-se conceituado o *amicus curiae* como “um amigo da

⁹ Cfr. CRISCUOLI, op. cit., p. 197 – “Con riferimento al primo punto vi è chi schive la nostra figura sia nata per imitazione di quella romana del consiliarius, anzi, di più, ‘that this practice became incorporated into English system as the amicus curiae’: non già, quindi, una semplice somiglianza o analogia, ma addirittura un trapianto.”

¹⁰ Cfr. CRISCUOLI, op. cit., p. 198 – “Orbene il consiliarius, come singolo iuris peritus o come componente di quel consesso, si presenta sempre come l'incaricato di un compito le cui caratteristiche costanti sono essenzialmente due: intervenire su diretta richiesta del magistrato e consigliare secondo il proprio libero convencimento, nell'obbiettivo rispetto dei principi di diritto.”

¹¹ SILVESTRI, op. cit. p. 680 – “In origine, l'amicus curiae si presenta come un terzo neutrale che, su richiesta della corte o da questa autorizzato, partecipa al processo nell'interesse della giustizia.”

¹² CORPUS JURIS SECUNDUM, vol. III. Brooklyn, NY, 1936, p. 1046 – **apud** CRISCUOLI, op. cit. pp. 189/190 – “literally meaning a friend of the court, is one who, as a standby, when a judge is doubtful or mistaken, may inform the court. The term is also sometimes applied to a person who is not a proper or necessary party, but who is allowed to appear to protect the interest of a party he represents.

corte, um colaborador (geralmente um conselheiro) que disponibiliza informações sobre algum assunto de direito no que diz respeito a alguma dúvida ou engano do juiz; também é uma pessoa que não tendo direito a recorrer no processo, mas que é admitido para interpor argumento de autoridade, ou provas para proteger seus interesses¹³.

Mesmo no sistema inglês, já se identificava a distinção de duas espécies de *amicus curiae*, considerando-se sua forma de atuação. Tal identidade de classificação é apontada por CRISCUOLI, ao dizer que o termo "*amicus curiae*" na linguagem jurídica anglo-saxônica é usado para indicar, em termos muito gerais, a pessoa que, sob convocação da Corte, ou por sua própria iniciativa aceita pela Corte, atua para cooperar, informar e ajudar na resolução de questão relevante para a decisão do litígio¹⁴.

Tem-se por fim, que se pode afirmar que o *amicus curiae* é aquele terceiro, que pode ser convocado ao processo a pedido do juiz, ou mesmo, comparecer espontaneamente, demonstrando quais são suas pretensões e interesse, sendo autorizado a se manifestar.

3 Natureza jurídica

Dessa distinção nessas duas formas de ingressar no processo, derivam automaticamente, a possibilidade de atuação com pretensões distintas. Na primeira, em que há uma convocação pelo juiz, o motivo para tal, assim como, o objetivo, já se encontram delineados e limitados na sua escolha e também no próprio documento convocatório, que trará o objeto especificado. Desta forma, nesta hipótese, a neutralidade já nasce pelo controle do magistrado, mas também, não impede que no decorrer do procedimento, tal *amicus curiae* transmude sua neutralidade para a parcialidade. E como não há mecanismos de controle, a exemplo o impedimento e suspeição, resta a vulnerabilidade.

Veja-se que mesmo partindo da hipótese em que o *amicus curiae* é chamado a atuar, pelo magistrado, e ainda assim, há algum risco de alteração em seu interesse, resta admitir a dificuldade ou até mesmo podendo-se dizer quase impossibilidade de se aferir em todas as suas

¹³ BLACK LAW DICTIONARY. St. Paul, Minn., 1968, p. 107 – **apud** CRISCUOLI, op. cit. p. 189 “a friend of the court; a by-stander (usually a counselor) Who interposes and volunteers information upon some matter of law in regard to which the judge is doubtful or mistaken; also a person who has no right to appear in a suit but is allowed to introduce argument authority, or evidence to protect his interests.

¹⁴ Cfr. CRISCUOLI, op. cit., p. 189 – “Con l'espressione "*amicus curiae*" che ha preciso valore tecnico nel linguaggio giuridico anglosassone, si intende indicare, in termini molto generali, il soggetto che, per diretto incarico della Corte o per propria iniziativa accolta dalla Corte stessa, le si affianca come "amico" per collaborare con essa, informandola ed assistendola nella risoluzione di qualsiasi problema che abbia rilevanza per la decisione della lite sottoposta al suo giudizio.

atuações, qual seu verdadeiro interesse, principiando-se na neutralidade quando visa trazer conhecimento, acrescentando democraticamente ao debate do assunto, chegando a revelar interesse no posicionamento de uma das partes e até mesmo próprio, desequilibrando o processo.

Buscar uma definição completa para o *amicus curiae*, implica na identificação de sua natureza jurídica. Tal tarefa encontra dificuldade face às formas de atuação deste sujeito, que se identificam nem sempre pela forma de seu ingresso no processo e tampouco por suas alegações acerca do interesse, mas, na verdade, se identificam no seu proceder, como se exteriorizaram seus atos.

Naquela hipótese em que ele é chamado, porque detém conhecimento capaz de auxiliar na decisão do litígio, e age exclusivamente nos limites de sua convocação, tendo por característica de atuação a objetividade, sem a presença de interesse capaz de lhe influenciar. Esta atuação e características demonstram uma natureza jurídica semelhante a de um perito. Veja-se que a semelhança se limita à convocação se dar por “confiança” do magistrado na sua pessoa e se tratar de reconhecido conhecimento no assunto, tal como deve ocorrer com a figura do perito, mas, as diferenças surgem a partir de que o *amicus curiae* não está sujeito a impedimento e suspeição, e mais, também não ocorre a presença dos assistentes técnicos, situações essas, presentes na hipótese pericial, possibilitando contraditório e equilíbrio.

Diferentemente, na outra forma de atuação do *amicus curiae*, em que, por iniciativa própria, se apresenta por petição, demonstrando exatamente, qual seu interesse na lide, pleiteando seja admitido a manifestar-se no processo. Ocorre que, ao exteriorizar sua atuação, pode-se identificar a conduta desinteressada e atuante de forma objetiva, o que leva à identidade de uma natureza jurídica de um terceiro neutro ao processo, tão somente colaborador.

Ainda na hipótese em que há iniciativa própria, mas diferentemente do parágrafo supra, identificando-se que as alegações do *amicus curiae* possuem características de alinhamento ou defesa de posicionamento de uma das partes, atuando subjetivamente. Nesta hipótese há uma semelhança da natureza jurídica assistencial, como se fosse um litisconsorte, mas que não integrando a relação, participa do processo e não é atingido pela decisão. Novamente se identifica um terceiro, mas, não neutro, com atuação semelhante de um litisconsorte, contudo, sem que seja atingido pela decisão. Nesta hipótese há notório desequilíbrio no processo, qualificado pela atuação em prol de uma das partes, sem contudo, que exista o correspondente contraditório em mesmo nível.

Por derradeiro, há que analisar que mesmo na situação em que o *amicus curiae* se apresenta, não se atém à condição de neutralidade, mas, se envolve meritoriamente, desta vez,

não assumindo o posicionamento de qualquer das partes, talvez até contrariando-as em suas pretensões, mas, participa de forma a defender seus interesses particulares, como na oposição, sem com ela se confundir, devido a grandes diferenças, no tocante ao alcance da decisão e contraditório. Novamente se tem uma situação de desequilíbrio no processo, contudo, por pessoa que não haverá de suportar a decisão, mas no processo dela, culmina por interferir com interesse próprio.

Em qualquer das hipóteses de comparecimento, seja convocado ou por iniciativa própria, tendo o *amicus curiae*, se apresentado de forma desinteressada, inexistindo portanto, manifestação de interesse subjetivo, e frise-se, evidenciada a imparcialidade, tal sujeito passa a se assemelhar com a figura do *custos legis*, aquele que no Brasil, o *munus* é exercido pelo Ministério Público, com hipóteses específicas, em que deva atuar em prol do cumprimento das leis, mas também, como destacado por Cândido Rangel Dinamarco, com o encargo de cuidar para que certos conflitos recebam o adequado tratamento¹⁵.

Há uma expressão que fora utilizada por Cássio Scarpinella Bueno, ao qualificar a atuação interventora do Ministério Público¹⁶, e aqui, a utilizamos também a uma das atuações do *amicus curiae*, “atuação que transcende o interesse subjetivado”. Tal expressão bem qualifica aquele sujeito, que conduz o magistrado a convocá-lo, como preservado o instituto no sistema inglês.

Como se observa das considerações feitas, as indagações são várias, divergindo-se quanto à natureza jurídica: Seria ele um auxiliar ou cooperador do juízo? Seu posicionamento científico jurídico, estaria no mesmo nível ou condição dos atos do perito? Trata-se de um interveniente? Poderia atuar se manifestando subjetivamente, defendendo interesses de uma das partes? Ou transcende a atuação subjetiva, ficando adstrito objetivamente?

Deve-se admitir que a cada indagação, apresenta-se um conseqüente desdobramento e novas indagações.

¹⁵ Cfr. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, São Paulo: Malheiros, 2001, v. 1, p. 678. – “O Ministério Público é por definição a instituição estatal predestinada ao zelo do interesse público no processo. O interesse público que o Ministério Público resguarda não é o puro e simples interesse da sociedade no correto exercício da jurisdição como tal – que também é uma função pública – porque dessa atenção estão encarregados os juízes, também agentes estatais eles próprios. O Ministério Público tem o encargo de cuidar para que, mediante o processo e o exercício da jurisdição, recebam o tratamento adequado certos conflitos e certos valores a eles inerentes.”

¹⁶ Cfr. BUENO, op. cit., p. 355 – “Para empregarmos outra que nos parece bastante reveladora de muitas informações úteis para o desenvolvimento do nosso trabalho: uma atuação que *transcende* o interesse subjetivado, próprio, de cada uma das partes que estão na relação processual perante o Estado-juiz.”

Enquanto no sistema inglês, a atuação do *amicus curiae* tenha se dado restrita à condição de isenção quanto a interesses e manifestações desinteressadas, diferentemente nos Estados Unidos, a figura evoluiu, admitindo-se sua participação de forma interessada.

Mantendo-se adstrito à referência objetiva e desinteressada na vitória de qualquer das partes, pelo *amicus curiae*, exteriorizada pelas manifestações no processo, seja na hipótese daquele convidado pelo magistrado ou mesmo na hipótese de comparecimento espontâneo, mas adstrito à condição de isenção, resta possível de se concluir diante de tais características que se trata de uma figura autônoma, posto que não se confunde com um dos polos da lide, muito menos poderá ser atingido subjetivamente pela decisão, tampouco se equivale à condição análoga de um perito que está sujeito a impedimento ou suspeição. Autônomo portanto, que é o que pelo momento se vislumbra denomina-lo.

Considerando-se a hipótese do instituto nos Estados Unidos que admite a participação do *amicus curiae*, mesmo exteriorizando-se seu interesse de forma subjetiva, sendo por lá denominada tal figura como “*litigant amici*”, aqueles terceiros que buscam a tutela de seus interesses, desconsiderando a neutralidade ou interesse público¹⁷. O conteúdo retro expressado por Cassio Scarpinela Bueno, traz a referência a denominações utilizadas nos Estados Unidos, sendo “*partisan amici*” em oposição aos “*neutral amici*”, as quais são sustentadas naqueles país, por Stuart Banner¹⁸.

Nessa outra espécie, em que o sujeito se apresenta, pretendendo se manifestar no processo e para tanto, deverá demonstrar qual seu interesse, havendo assim, duas opções: atuar objetivamente, buscando elucidar as questões, acrescentando conhecimento, ou agir de forma subjetiva, buscando interesses privados, subdividindo-se esta última na forma tendenciosa a reforçar a tese de uma das partes ou mesmo o interesse pessoal do interventor.

Quanto ao Brasil, com a recentemente edição da Lei 13.105/2015 – novo Código de Processo Civil, o qual deu tratamento específico ao *amicus curiae*, no seu artigo nº 138, situado no “Capítulo V – Do amicus curiae”, da “Seção III – Da assistência litisconsorcial”, do “Título III – Intervenção de terceiros”. Essa localização, remete a um eventual enquadramento na condição de “assistente litisconsorcial”.

Em análise do texto do artigo 138 do novo Código de Processo Civil, que segue:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por

¹⁷ BUENO, op. cit., p. 120.

¹⁸ Cfr. BUENO, op. cit., p. 120 – “Assim, v. g.: Stuart Banner, ‘The myth of the neutral amicus: american courts and their friends, 1790-1890’, p. 116.”

decisão irrecurável, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1o A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3o.

§ 2o Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3o O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Pode-se identificar que há uma certa neutralidade em relação às possíveis atribuições do *amicus curiae*, sem tratamento diferenciado para as diferentes formas de atuação do interveniente.

Ao dispor que o juiz ou relator, poderá de ofício solicitar a participação, nesta hipótese, estamos diante daquele que é escolhido em razão de atributos ou atribuições específicas, capazes de contribuir objetivamente, para acrescer conhecimento diante da ampliação da discussão e análise, a que se chegue a um resultado melhor na solução do processo.

Já no momento em que admite mediante requerimento de quem pretenda manifestar-se, a disposição permite as outras duas formas de atuação, sendo ambas de natureza subjetiva, porém numa, ocorre a defesa de interesse de parte e noutra, há a defesa de interesse próprio.

Pode-se deduzir que apenas quando se trata da atuação em defesa de interesse de uma das partes, é que ocorre a semelhança com “assistência litisconsorcial”, de forma a se admitir sua capitulação na Seção III, tal qual denominada.

Quanto às outras duas formas de atuação do *amicus curiae*, considerando-se a natureza de sua atuação, não se assemelha às formas de assistência litisconsorcial.

Diante dessas possibilidades de atuação do *amicus curiae*, seja num momento com isenção de interesses, atuando objetivamente, ou manifestando-se favorável a uma das partes, ou ainda, defendendo seus próprios interesses, nessas duas últimas hipóteses, atuando subjetivamente, tem-se que sua natureza jurídica, em qualquer das três, é de uma figura autônoma, com as já mencionadas semelhanças em relação a outros institutos, sem contudo, com eles se identificar.

4 Da neutralidade para a parcialidade

Como já mencionado, o instituto do *amicus curiae*, tem passado por algumas transformações, desde suas aparições iniciais, novamente fazendo referência ao caso inglês de

1686, em que Sir George Treby foi autorizado pela Corte, a atuar como *amicus curiae*, trazendo detalhes sobre determinada lei, eis que fora membro do Parlamento e tinha conhecimento pessoal acerca da discussão da referida lei, prosseguindo no tempo, o instituto, passou por um célebre marco, perante a Suprema Corte dos Estados Unidos, julgado em 06 de abril de 1964, denominado “United States v. Barnett, 376 U.S. 681 (1964)”, este caso, trata-se da inadmissão de um negro na University of Mississippi, sendo elevado à Suprema Corte, sob o fundamento de violação ao direito constitucional de igualdade em relação aos demais cidadãos americanos, após desobediência do Governador e vice-governador do Estado do Mississippi. No processo, fora admitida a participação do Procurador Geral Federal ou seus assistentes, a atuar como *amicus curiae*, o qual defendeu a unidade nacional e a prevalência do princípio constitucional¹⁹.

Este caso americano, tem sido tratado como paradigmático perante vários outros ofertados pela jurisprudência, como, apontado por Giovanni Criscuoli, sendo este, um marco histórico particularmente significativo na história da “revolução negra” estadunidense, e mais ainda, com a importantíssima atuação do *amicus curiae*²⁰.

Identificada esta notória evolução e expansão da atuação do *amicus curiae*, tendo-se por referência, os primeiros conceitos, atrelados a uma forma de contribuição desinteressada, ou até consultiva da corte. Foi incrementada a sua atuação ao nível do interesse e até parcialidade.

Essa expansão das atribuições e possibilidades de atuação do *amicus curiae*, em muitas situações trouxe desconfortos e até gerou desproporcionalidade entre os litigantes, justamente quando ele se coloca interessadamente em prol de uma das partes ou de seus próprios interesses.

¹⁹ JUSTIA US SUPREME COURT. Acesso: 12 de junho de 2015. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/681/>>

²⁰ Cfr. CRISCUOLI, op. cit., p. 189 – “Ricordiamo, come paradigmatico, tra i molti esempi dalla giurisprudenza, il caso United States v. Barnett, particolarmente significativo nella storia della ‘rivoluzione negra’ statunitense degli ultimi vent’anni e così eclatante da avere attraversato, sia pure a livello di cronaca, i confini degli ‘States’: il giovane negro Meredith aveva insistentemente tentato, come primo studente della sua razza, di iscriversi all’Università statale del Mississippi, ricevendo un netto rifiuto; egli allora iniziò un procedimento contro l’Università, facendo valere la violazione del suo diritto costituzionale ad essere trattato al pari di ogni altro cittadino, ed ottenere una sentenza favorevole; l’Università, però, col compiacente appoggio del governatore dello Stato, evase il giudicato, ricorrendo ad ogni mezzo legale ed illegale; Meredith per ottenere l’execuzione della sentenza fu, quindi, costretto a rivolgersi di nuovo alla Corte ed in questa fase il Governo federale richiese ed ottenere ‘to appear and participate as amicus curiae in all proceedings in this action before this court’: il suo scopo era quello di ottenere, attraverso la soddisfazione della pretesa particolare di Meredith, che il principio costituzionale della parità di trattamento dei cittadini senza alcuna discriminazione razziale venisse affermato da un punto di vista obiettivo ed in senso generale; e questo corrispondeva, secondo le parole del giudice Goldberg, ad ‘an interest of its own separate and distinct from that of plaintiff’.”

Em recente estudo, nos Estados Unidos, o qual considerou pesquisas empíricas, foram identificados casos em que ocorreram rejeições à manifestação de *amicus curiae*. Como apresentado, tratava-se de situações que justificavam o indeferimento das manifestações, contudo, foram preocupantes, as considerações do magistrado, pois tratava-se de eminente jurista, muito bem conceituado²¹.

A pesquisa naquele artigo científico, apontou a decisão do juiz Posner, no caso *Ryan v. Commodity Futures Commission*, em que fora negada a petição de *amicus curiae* da Chicago Board of Trade, sendo que a princípio o fundamento alegado se lastreava nos vários anos de experiência do magistrado²².

A citação do magistrado se deu obviamente, pelo peso de sua opinião no meio jurídico dos Estados Unidos, pois se trata de um grande jurista – Richard Allen Posner, tendo acumulado grande experiência como juiz e presidente do Tribunal de Apelação da 7ª Região, além de professor e escritor de diversas obras²³.

No caso supra citado, houve um recurso no sentido de que o magistrado apresentasse seus fundamentos acerca do indeferimento do *amicus curiae*, sendo que ele se manifestou, nos termos em que traduzimos:

Uma petição de amicus normalmente deve ser autorizada quando uma parte não está competentemente ou completamente representada, quando o amicus tem interesse em alguns outros casos, que possam ser afetados pela decisão no caso vertente (embora não o suficiente para autorizar a habilitar o amicus para intervir e tornar-se parte no presente caso), ou quando o amicus tem informações exclusivas ou perspectiva que possa ajudar o tribunal além da ajuda que os advogados das partes estão capacitados a prover²⁴.

²¹ GARCIA, Ruben J. A democratic theory of amicus advocacy, in *Journal of Florida State University Law Review*, v. 35, n. 2, Winter 2008, p. 326 – “Although courts do not often reject amicus briefs, one particularly influential appellate judge, Richard Posner of the Seventh Circuit, has expressed skepticism about the value of some amicus briefs. Although these cases are somewhat isolated, Judge Posner’s status as a prominent judge and intellectual means that his decisions rejecting amicus briefs may encourage other judges to reject amicus briefs. Thus, a closer examination of these cases is warranted.”

²² GARCIA, op. cit., p. 326. – “In *Ryan v. Commodity Futures Trading Commission*, Judge Posner, sitting alone, denied the Chicago Board of Trade leave to file an amicus brief in a disciplinary proceeding brought by the Commission in the Seventh Circuit. Judge Posner refused to accept the brief, stating that ‘after 16 years of reading amicus curiae briefs the vast majority of which have not assisted the judges, I have decided that it would be good to scrutinize these motions in a more careful, indeed a fish-eyed, fashion.’”

²³ WIKIPÉDIA – a enciclopédia livre. Acesso: 18 de junho de 2015. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Richard_Posner>

²⁴ PROJECT POSNER. Acesso: 18 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.projectposner.org/case/1997/125F3d1062>> - “An amicus brief should normally be allowed when a party is not represented competently or is not represented at all, when the amicus has an interest in some other case that may be affected by the decision in the present case (though not enough affected to entitle the amicus to

O posicionamento do magistrado Posner, como por ele afirmado, construído com base em sua experiência, apesar de ter sido utilizado para negar a participação da figura do *amicus curiae*, naquele processo, na verdade, parece contribuir para mais alguns pontos positivos a justificar a intervenção.

Veja-se que em sua citação, foram apontados pontos como: 1) a competente representação da parte; 2) a completa representação da parte; 3) a possibilidade de algum outro caso de interesse do *amicus curiae*, ser afetado pela decisão do caso; 4) o *amicus curiae*, possuir informações exclusivas e; 5) o *amicus curiae* detiver perspectiva (entendimento) que outros não proveram.

Os dois primeiros pontos relacionados à competente e completa representação da parte, não haviam se apresentado em outro momento, como fundamentos justificadores para a intervenção. Como de fato, a falha na representação é preocupante, e ainda, se encontra além do alcance da parte, que pode não ter o conhecimento do trabalho de seu advogado, ou mesmo o conhecimento suficiente para identificar eventual perda pela falha. Apesar de ser argumento que não esteja presente em nosso ordenamento, de forma a fundamentar a intervenção, ainda assim, é válida a sua citação e estudo, pois, na realidade, pode não autorizar o ingresso do *amicus curiae*, no processo, mas que, de uma certa forma, traz compensação a uma deficiência pretérita.

Assim como a democratização do processo, ampliando-se a participação, representa um avanço na busca de transparência e publicidade, assim como permite-se com a pluralidade de opiniões, a busca da decisão mais justa, por outro lado, deve-se ter em foco, a preocupação apontada pelo magistrado americano, quanto àqueles que se apresentam como *amicus curiae*, mas não demonstram qualquer daqueles pontos que justifiquem seu ingresso no processo. E mais, como já comentamos, que uma vez ultrapassada a competência de atuação do *amicus curiae*, este pode se transformar numa figura que desequilibre as forças no processo.

O desinteresse subjetivo, seja pessoal ou por representação de outrem e ao mesmo tempo buscando o interesse público ou da prevalência da justiça, tem sido critérios de análise para a justificação da intervenção pela via do instituto do *amicus curiae*, que mostram verdadeiramente eficazes. Com estes parâmetros se harmoniza a atuação, sem que se provoque desequilíbrio no processo.

intervene and become a party in the present case), or when the amicus has unique information or perspective that can help the court beyond the help that the lawyers for the parties are able to provide.

O desinteresse se evidencia, quando se está diante da espécie em que o *amicus curiae* é convidado pelo magistrado, face a notórios conhecimentos, ou ciência acerca de particularidades do caso ou da lei, e que possa contribuir ao chamado, acrescentando informações ou conhecimento. Ressalta-se que objetivamente, deva haver algum interesse, mas não de cunho subjetivista.

Diferentemente, quando se tem a participação a pedido do interessado e mesmo este tendo justificado com base em fundamentação de ordem objetiva, buscando trazer conhecimento e democratização no processo, mas, ao contrário, se posta de forma tendenciosa e passa a reforçar a tese de uma das partes, ou mesmo ainda, seu interesse pessoal ou de quem representa, afastando-se de interesses coletivos ou públicos. Nesse caso, a parcialidade pode gerar situação de desequilíbrio.

As alterações e evoluções promovidas no sistema americano, demonstram que lá tem-se admitido a intervenção, mesmo detectando-se o interesse, apesar das preocupações e considerações do juiz Posner. Há autores que consideram que o novo *status* equivale a posições como de advogar em prol de uma parte ou tese, como expôs, Criscuolli, asseverando que a história do *amicus curiae* nos Estados Unidos se caracteriza pela transformação da neutralidade para advocacia em face do interesse²⁵.

Outro fator que necessita ser apontado, com relação aos Estados Unidos, tendo sido apontado por Cassio Scarpinella, é que o crescimento da atuação dos *amicci curiae* se deu não somente numericamente, mas também ocorreu uma expansão na qualidade de sua atuação, com que ampliando seus poderes no processo²⁶.

Acreditamos na importância da expansão da discussão, ampliando-a democraticamente. Contudo, não pode apresentar desproporcionalidade ou desequilíbrio, considerando-se como tais, aquelas manifestações que multipliquem ou repitam os argumentos e fundamentos de uma das partes, pois assim, ocorreria de forma oportunizada a exposição de seus fundamentos em mais momentos do que a outra parte – isso é romper com o equilíbrio do tratamento igualitário, o que pode gerar uma desproporcionalidade em relação à sustentação dos fundamentos de uma parte em relação à outra.

²⁵ Cfr. CRISCUOLLI, op. cit., p. 201. – “La storia dell’amicus negli Stati Uniti è essenzialmente la storia dello ‘shift from neutrality to advocacy’ e cioè dell’affermazione della sua ‘interessata’ funzione difensiva accanto (o aggiunta) a quella ‘disinteressata’ di collaborazione neutra alla giustizia, che, come abbiamo visto, caratterizza l’origine della figura.”

²⁶ BUENO, op. cit. p. 121.

Pode não ser possível de início, detectar o interesse oculto do *amicus curiae*, e talvez, já seja tarde para conter sua manifestação que já se encontra no processo. Em tal situação, deve-se abalizar a permanência do interventor ou sua saída do processo. O que se pode imaginar, com cautela, é que onde ocorra a manifestação em prol da tese de uma das partes, poder-se-ia admitir uma réplica em favor da parte mitigada, gerando uma compensação no equilíbrio. Mas, de outro lado, é preocupante, o acréscimo de manifestações, o que induz a uma “eternização” do litígio.

5 A figura do *amicus curiae* no novo Código de Processo Civil

Pela disposição lançada no novo Código de Processo Civil, identifica-se que uma série de indagações, ainda que já pacificadas, tiveram suas questões dirimidas diante da positivação.

Identifica-se que restou reservado o Capítulo V, denominado “Do *amicus curiae*”, que apesar de conter apenas um artigo com três parágrafos, trouxe as disposições mínimas necessárias para que a figura da intervenção, cumpra seu mister.

Tem-se, inicialmente, que o fato do código nomear a figura que fará a intervenção nas amplas hipóteses que o artigo 138 autorizou, sem que a conceituasse ou mesmo estabelecesse suas atribuições e limites de atuação, culminou por permitir que a doutrina e a práxis o façam.

A condições estatuídas no artigo, quais sejam: “relevância da matéria”, especificidade do tema” ou “repercussão social da controvérsia”, são amplas, admitindo-se a participação e intervenção em diversas lides.

Veja-se inicialmente – “relevância da matéria”. Qual seria o critério para se medir a relevância? É evidente que aquilo que é muito relevante para alguns, pode não ter a mesma intensidade para outros. A ausência de limites ou pelo menos referenciais, permite novas indagações. Seria então, a amplitude da circunscrição daqueles que serão afetados pela decisão? Se um grande ou pequeno número de pessoas serão atingidos pela decisão? Mesmo assim, ainda não se tem um critério delimitador, ou pelo menos, controlável. Buscar o que vem a ser “relevância”, sob o aspecto do que é direito público, estraria se excluindo as hipóteses de direito privado, sendo que neste também se identificam matérias de extrema relevância, e cuja decisão pode vir a influenciar futuras decisões nas subseqüentes ações assemelhadas, o que culminaria por atingir um número imenso de pessoas. Estas foram apenas algumas indagações para conduzir a uma reflexão.

Vislumbra-se aqui, que a análise acerca da “relevância da matéria”, deverá ser conduzida por uma fundamentação convincente, baseando-se nas particularidades. Talvez um

dos fundamentos que se contrapõem à expressão, ou seja, não seria relevante a matéria, naquelas hipóteses, em que há uma certa sedimentação no entendimento do tema. Reiteradas decisões na mesma linha de raciocínio, com fundamento perfeitamente alicerçado.

Quanto à “especificidade do tema” – Esta se apresenta melhor identificada. Acreditamos que nessa hipótese, está se considerando que há particularidades e detalhes, muito específicos, sendo que estão diretamente relacionados ao campo de conhecimento do *amicus curiae*, podendo-se se afirmar que se trata de um expert no assunto, de forma a justificar seu ingresso no processo, podendo contribuir para com a ampliação e esclarecimento do conhecimento na matéria.

Por fim, a “repercussão social da controvérsia” – Quanto a esta condição, há que se admitir a presença do consequencialismo, de forma que poderá influenciar na decisão de admissão da intervenção.

O consequencialismo se traduz numa preocupação e responsabilidade para com os resultados, que as decisões poderiam ocasionar, contrariando a ideia de autonomia radical do sistema jurídico²⁷. A pesquisa e tese de doutoramento do escocês Joxerramon Bengoetxea, acerca do consequencialismo no Direito, aponta que a atividade judicial busca racionalizar além da jurídico-formal, analisando consequências²⁸.

Assim, sob a denominação “repercussão social da controvérsia”, tem-se a necessidade do magistrado em analisar eventual magnitude do interesse da sociedade acerca do tema em litígio, assim como, a própria manifestação exteriorizada pelos segmentos sociais, e mais ainda, quais seriam os possíveis efeitos da decisão, analisando-se as opções decisórias possíveis ao caso.

Aparentemente, parece não haver meios concretos para se delinear tal análise, no entanto, a anamnese deve seguir fundamentada, harmoniosamente no sistema e nas especificidades do caso em voga.

Um fator relevante, ao se analisarem consequências, é que muitas vezes é recorrente a postura fundamentada em experiências próprias do magistrado, com base naquele

²⁷ BENGOETXEA, Joxerramon. Una defensa del consecuencialismo en el derecho. Universidad del País Vasco, Donostia, v. II, n. 2, 1993, p. 37. Acesso: 21 de junho de 2015. Disponível em: <http://dspace.usc.es/bitstream/10347/5601/1/pg_033-072_telos2-2.pdf>.

²⁸ Cfr. BENGOETXEA, op. cit. – “La actividad judicial recurre a otros tipos de racionalidad además de la jurídico-formal: se analizan las consecuencias que mejor conseguirían los objetivos del legislador (para lo cual se echa mano del sistema social, económico y cultural) las cuales a su vez dependen de los valores por los que haya optado el mismo y que los jueces adoptarán como propios (para lo cual se echa mano de otros sistemas normativos como la política o la moral).

conhecimento acumulado que possui, sem que haja verdadeiro empirismo, ou estudo prognóstico de forma a conferir segurança à análise.

Essa possibilidade de empregar conhecimento pessoa, em análise consequencialista tem sido identificada em julgados do Supremo Tribunal Federal do Brasil. A Exemplo a ADI nº 3.614/PR, em que se discutia a constitucionalidade de um decreto do estado do Paraná, que autorizava a atuação de sargentos e subtenentes a desempenhar atendimento nas delegacias de polícia, quando não possuíssem delegados. Nesse julgado, os Ministros se debateram, havendo fundamentos em que poderia se tratar de um bem à população, provendo o atendimento, onde não existe, suprimindo temporariamente um déficit, e de outro lado, a questão constitucional da delegação de atribuições e atividades específicas da Polícia Civil a servidor da Polícia Militar, e tudo pela via de decreto, e ainda, a ineficiência do executivo estadual que em tantos anos, pós Constituição de 1988, que ainda não efetivou o provimento dos cargos de delegados. Evidenciou-se no caso em apreço, forte argumentação com fundamento nas consequências²⁹.

O novel Códex, além de recepcionar o disposto na Lei 9.868/1999, no seu §2º, do artigo 7º, cuidou em positivar a participação do *amicus curiae*, a outras hipóteses, além dessa Lei, como também, admitiu a participação em outras instâncias.

Quanto à instância de atuação, o artigo 138 do Código de Processo Civil, trouxe, *ab-initio* a expressão: “O juiz ou o relator”, evidenciando com o uso de termos técnicos acerca da função do magistrado, sendo a primeira e posteriores instâncias, respectivamente. É consenso tecnicamente, que a palavra “relator” se refere àquele magistrado que atua em tribunais, com atribuições específicas em relação ao processo que lhe coube, sendo tal palavra, a mesma ao se referir à segunda instância, ou instâncias superiores. Quanto à palavra “juiz”, está ela demonstrando uma função ou atribuição, diversa do “relator”, posto que justamente por não estar isolada, não se refere genericamente aos magistrados, mas sim, àquele da primeira instância. Assim, não se apresenta dúvida acerca da possibilidade da intervenção se efetivar em qualquer instância.

Sem adentrar em profundidade na análise dos benefícios ou mesmo eventuais contratempos gerados na primeira instância, neste trabalho, nos limitaremos a apontar como ganho, de tal possibilidade de intervenção, a evidente democratização do processo, bem como, a amplitude e possibilidade de que os argumentos se esgotem na instância, evitando-se a vinda

²⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 3.614/PR. Acesso: 22 de junho de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=495516>>.

destes em instâncias superiores, o que a experiência forense tem demonstrado que causa a delonga na solução dos litígios.

Acreditamos que a ocorrência de tal intervenção na primeira instância, possa possibilitar melhor coleta de provas, a exemplo prova oral, e a prática de atos pelo próprio juiz, sem a necessidade de cartas. Essa proximidade com as provas, possibilita mais precisão e facilidade, até mesmo na busca de dados empíricos acerca de repercussões da controvérsia.

Estes são alguns pontos positivos, que apontamos por ora, reservando a possibilidade para ampliação do estudo, e identificação de eventuais pontos negativos, em momento futuro.

Prosseguindo no caput do artigo 138 do Código de Processo Civil, que ao tratar daqueles que podem empreender a intervenção, houve um cuidado, em se incluir a expressão “representatividade adequada”.

Tal disposição vem dirimir qualquer dúvida no tocante à representatividade por aquelas pessoas, que em nome de uma entidade ou órgão, se apresentam na condição de *amicus curiae*. Acreditamos que a inclusão da disposição, criou na verdade, um “poder especial”, o qual precisa ser precedido por representatividade específica para o ato.

A exemplo de uma entidade, deverá ela proceder a uma assembleia nos moldes determinados pela lei, de forma a se votar e decidir pela concessão de poderes específicos para a representatividade e mais, delineando desde já o posicionamento que deverá ser defendido.

O §1º, do artigo 138, dispôs da vedação a que a intervenção provoque a alteração de competência. Assim procedendo, manteve-se a linha de compromisso com a celeridade, pois o contrário, demandaria longa análise e, eventual declínio da competência, demandaria um espaço de tempo, que contraria objetivos do novo código.

Pode-se exemplificar com uma hipótese relativamente simples, entre vara da justiça comum e vara especializada, o que hipoteticamente poderá ocorrer com certa frequência. Trata-se de um feito tramitando perante justiça comum estadual, e que eventualmente possa haver algum interesse à municipalidade, como na demanda entre vizinhos acerca de janela edificada a menos de metro e meio da linha divisória (art. 1.301 do Código Civil), interessando o objeto ao município como guardião das posturas de obras. Neste exemplo, havendo a intervenção, e sem a presente disposição positivada no §1º do art. 138 do Código de Processo Civil, ensejaria a declinação da competência para a vara especializada em comarcas que a possuam, com desperdício de tempo apenas na análise do incidente à declinatória, tangenciando o foco da lide e assim também o mérito da intervenção. Enfatize-se que neste caso hipotético, não haveria qualquer especificidade restrita a uma vara de Fazenda Pública, que justificasse a declinação, tão-somente a presença do Município.

Poderia haver defensores da declinação da competência, alegando até mesmo se tratar de competência absoluta, as melhores condições de análise de determinado mérito em vara especializada, dentre outros argumentos. Em contraposição, há que se considerar outros fatores que podem ser aventados em defesa da disposição adotada pelo Código. Acima já nos referimos à celeridade, que, por si só, já constitui um relevante motivo.

Há também a grande contribuição para significativa mudança do pensamento no tocante ao uso do instituto como atitude que poderia trazer desgaste e procrastinação, merecendo inclusive considerar a possibilidade da nova leitura à palavra: “incidente”, eis que atualmente, ainda atrelada a características negativas face ao desperdício temporal.

Ainda como característica positiva, tem-se como relevante a manutenção do foco no mérito da lide, sem interrupção para análise de assunto tangencial, mantendo-se a continuidade no seguimento do feito. Tem-se ainda, que o magistrado não estaria analisando matéria adversa à sua área de atuação, como no citado exemplo a declinação se daria em razão da pessoa, nada implicando portanto, em conhecimento específico além daquele que já possui o magistrado.

Por fim, no tocante à vedação de alteração da competência, ressalta-se que a intervenção não é obrigatória, e não há ônus determinando a sua utilização, bem como, não fora prevista consequência ou presunção de veracidade acerca do desinteresse daquele que não intervém, ainda que hipoteticamente admissível fazê-lo. Assim, além de inexistência de ônus, não há possibilidade de dano subjetivo.

O que se depreende, por ora, é que resta que a experiência, na atuação do *amicus curiae*, venha acrescer mais elementos ao estudo da figura. Mas de antemão, apresenta-se como forma perfeitamente em sintonia com a democratização do processo, que é como denominamos o que essa atuação do interventor possibilita, assim como, muito bem vinda, a sua amplitude nas demais instâncias.

6 Conclusão

A pretensão é poder afirmar que todo o processo tem a ganhar com a sua abertura a uma participação democrática, ampliando-se não somente o número de interessados em participar, mas também, a amplitude da discussão e dos argumentos apresentados. E tudo isso, sendo alcançado sem que haja prejuízo na celeridade.

Tamanha pretensão pode parecer utópica, mas há indicações que caminham neste sentido, como na hipótese do *amicus curiae*, que tem se mostrado eficaz.

Como se percebe, o instituto se mostra apto a romper com a concepção rígida da bipolaridade no processo. A caracterização da lide como base de início do processo, mantém essa bipolaridade, e assim também a pretensão cega pela vitória de uma das partes.

Essa atuação com vista apenas na vitória tem ofuscado a necessidade do cumprimento das normas e seu aperfeiçoamento, mediante a clarificação do pensamento jurídico, sendo que, em defesa desse aperfeiçoamento, a qual deve se manter objetiva, naquelas hipóteses em que o *amicus curiae*, agir desinteressadamente em relação às partes e a pretensão do processo.

Enquanto na forma de atuação desinteressada e objetiva, esta representa um grande avanço no sentido de reduzir a litigiosidade e até animosidade, acirrada em parte, pelas características e atuações, impostas pela bipolaridade e a visão obtusa voltada exclusivamente para a pretensão de vitória.

Pode-se imaginar e até mesmo desejar, que a experiência com o instituto venha a direcionar o foco do processo e daqueles que participam nele, para a solução do problema, de forma que torne possível afastar a animosidade.

Pode-se afirmar com segurança que as intervenções de terceiros, como outrora, sem a recepção do *amicus curiae*, não são suficientes a esgotar as possibilidades de interessados na decisão jurisdicional.

A questão do interesse, exteriorizado na atuação do *amicus curiae*, não pode ser um único determinante para conceituá-lo ou mesmo admitir sua permanência no processo. Por tal critério, poderia se chegar ao quase “engessamento” ou paralisação do instituto, posto que sob a amplitude da palavra “interesse”, poder-se-ia classificar o mais remoto, pois não há que se negar que sempre, algum interesse existirá, ainda que aquele altruísta de cunho exclusivamente objetivo.

A experiência americana, em que o instituto alçou níveis além da neutralidade, é muito importante para que se possa aprender, para igualmente além de se ter um problema, mas sim, um aliado na solução do litígio, mantendo-se a visão na amplitude de participação democrática em número e também na qualidade da argumentação.

7 Referências

BENGOETXEA, Joxerramon. Una defensa del consecuencialismo en el derecho. Universidad del País Vasco, Donostia, v. II, n. 2, 1993. Acesso: 21 de junho de 2015. Disponível em: <http://dspace.usc.es/bitstream/10347/5601/1/pg_033-072_telos2-2.pdf>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 3.614/PR. Acesso: 22 de junho de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=495516>>.

BUENO, Cassio Scarpinella. Amicus curiae no processo civil brasileiro : um terceiro enigmático. 3ª ed. Rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2012.

CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL – Legal Information Institute. Acesso: 23 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/rules/frap>>.

CRISCUOLI, Giovanni. Amicus curiae. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, ano XXVII, n. 1, Marzo de 1973. Milano: Giuffrè Editore. pp. 187-216.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, São Paulo: Malheiros, 2001, v. 1.

GARCIA, Ruben J. A democratic theory of amicus advocacy, in Journal of Florida State University Law Review, v. 35, n. 2, Winter 2008, pp. 314-358.

JUSTIA US SUPREME COURT. Acesso: 12 de junho de 2015. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/681/>>

MERRIAM-WEBSTER, An Encyclopedia Britannica Company. Acesso: 10 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.merriam-webster.com/dictionary/curia>>.

PROJECT POSNER. Acesso: 18 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.projectposner.org/case/1997/125F3d1062>>.

SILVESTRI, Elisabeta. L'amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, ano LI, n° 3, settembre de 1997 pp. 679-698.

WIKIPÉDIA – a enciclopédia livre. Acesso: 18 de junho de 2015. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Richard_Posner>.

PROCESSO CIVIL, ESTATÍSTICAS E DIREITO COMPARADO: TRÊS SUGESTÕES

CIVIL PROCEDURE, STATISTICS AND COMPARATIVE LAW: THREE SUGGESTIONS

Thiago Serrano Lewis¹

Ana Mirela da Silva Dantas Lewis²

Resumo: Por meio deste trabalho, o Direito Processual Civil Brasileiro é comparado com Direitos Processuais de outros países, objetivando localização de deficiências e sugestão de aprimoramentos. Através de métodos indutivo, dedutivo e comparativo, com base em pesquisa bibliográfica e referências estatísticas, chega-se à conclusão de que o Processo Civil do país é mais deficiente do que a média internacional em termos de celeridade e que, portanto, alterações mais enérgicas na legislação processual seriam positivas. São abordadas a relativização da exigência de fundamentos em sentenças, a atribuição excepcional de efeito suspensivo aos recursos e a imutabilidade de decisões relativas a direitos menos vultosos.

Palavras-chave: Direito Processual Civil, Estatísticas, Direito Comparado, Sugestões.

Abstract: By this work, the Brazilian Civil Procedural Law is compared to Procedural Laws in other countries, aiming to find deficiencies and suggest improvements. By inductive, deductive and comparative methods, based on literature references and statistics, we can take the conclusion that the country's Civil Procedure is more deficient than the international average in terms of speed and that therefore bigger changes in procedural law would be positives. Are discussed the relativization in the requirement of motivation in judgments, the exceptional granting of appeal's suspensive effect and the immutability of decisions regarding less significant rights.

Keywords: Civil Procedural Law, Statistics, Comparative Law, Suggestions.

INTRODUÇÃO

Em uma avaliação feita entre 189 países, constatou-se que o Judiciário Brasileiro é 121º mais eficiente. Em termos de celeridade, é o 146º mais rápido. Os dados são de estudo do

¹ Analista Judiciário na Justiça do Trabalho. Ex-Técnico Judiciário na Justiça Federal. Ex-Estagiário na Justiça Estadual. Especialista em Direito Processual Civil pelas Faculdades Integradas de Jacarepaguá. Professor de Direito Processual Civil na Faculdade Maurício de Nassau (Campina Grande – PB).

² Especialização em Direito de Família e Sucessões pela Faculdade Internacional Signorelli (2019). Graduação em Direito pela Faculdade Maurício de Nassau (Campina Grande – PB). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4565271188659964>

Grupo Banco Mundial³ que, embora mencione o título “Execução de Contratos”, também engloba a fase processual de conhecimento, conforme demonstra sua metodologia⁴.

Diante de tal estatística, constata-se que o processo brasileiro é um dos mais lentos do mundo.

Por que o processo brasileiro é tão moroso? Os Magistrados são lentos? Não, pelo contrário.

Cada Magistrado julgou, em média, 1.564 processos no ano-base (2013) do último relatório Justiça em Números, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça⁵. Considerando os dias úteis de trabalho (normalmente menos de 200 dias por ano) e considerando que, em sua jornada, o Magistrado tem outras atividades além de julgar, podemos estimar que cada processo foi julgado em cerca de 45 minutos.

Para julgar cada causa, o Magistrado deve ler uma média de 10 a 50 páginas de petições, analisar diversos documentos, lembrar-se do que foi dito em audiência ou reler sua ata, fazer eventuais pesquisas e escrever uma média entre 2 e 10 páginas de sentença ou voto (números estimados com base na experiência de um dos autores em três esferas do Judiciário). Tudo isso em meros 45 minutos. Ainda que sejam consideradas as causas repetitivas e a eventual ajuda de Assessores, a carga de trabalho dos Magistrados continua sendo extrema. Conforme o caso, para a realização adequada de tantas tarefas, seria necessário um dia inteiro de trabalho destinado exclusivamente a uma única sentença.

Sendo gravíssima a situação do processo brasileiro, todas as medidas no sentido da celeridade processual deveriam ser concretizadas.

Por meio deste texto, são abordados exemplos de práticas processuais do Direito Comparado que poderiam (e deveriam) ser adotadas no Brasil para que nosso deficiente processo fosse aprimorado.

1. Relativizar a exigência de fundamentação em julgamentos

³ GRUPO BANCO MUNDIAL. **Doing Business: Medindo Regulamentação de Negócios**. Washington, DC, p. 1, 2014. Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/data/exploretopics/enforcing-contracts>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

⁴ _____. **Doing Business: Medindo Regulamentação de Negócios: Metodologia**. Washington, DC, p. 1, 2014. Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/Methodology/enforcing-contracts>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

⁵ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2014**. Brasília, DF, p. 39, 2014. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

Como se observa com o art. 489, § 1º, do novo Código de Processo Civil (CPC), o legislador estabeleceu mais requisitos relativos à fundamentação das sentenças, exigindo, na prática, que sejam mais fundamentadas do que já são.

Sob primeira análise, a medida parece positiva. Mais fundamentação, mais cuidado nos julgamentos, mais justiça nas decisões.

Mas voltemos aos números acima referidos. O Judiciário Brasileiro é extremamente lento, e não por culpa dos juízes. Devemos nos espelhar na média mundial para deixar as últimas colocações em termos de celeridade.

Entendemos, portanto, que foi equivocada a escolha do legislador. Não deveria ter elevado as exigências relativas à fundamentação dos julgados. Aliás, entendemos que o legislador deveria ter caminhado em sentido oposto, deveria ter dispensado a fundamentação em muitos dos julgados.

Decisões não fundamentadas? Parece absurda a sugestão, mas não é. Em reforço a tal possibilidade, seguem referências do Direito Comparado.

O *site* do Senado Federal publicou, com o título “A sentença estrangeira sem fundamentação pode ser homologada?”, artigo de Marcela Harumi Takahashi Pereira⁶. Em seu texto, constam os seguintes trechos:

No processo civil alemão, a fundamentação é dispensada: “nos casos em que ocorrer revelia, desistência da ação ou reconhecimento jurídico do pedido” (TUCCI, 1987, p. 82-83); e “quando as partes, após o encerramento da instrução, mas antes da sentença, desistirem da interposição de recurso” (TUCCI, 1987, p. 82-83), caso em que as custas judiciais serão reduzidas (SEC 5.157-6 – Alemanha, rel. Néri da Silveira, j. em 19.06.96).

Na Inglaterra e nos Estados Unidos, de onde às vezes nos vêm sentenças desmotivadas, não existe lei que obrigue os juízes a fundamentarem suas decisões. Mas, nesses países, o julgador desempenha um papel passivo, e os protagonistas do processo são as partes. Enquanto o civil law – tradição à qual nos filiamos – tende ao processo inquisitivo, o common law – que inclui os Estados Unidos e a Inglaterra – tende ao adversarial.

Portanto, como se observa pelas transcrições, nos Estados Unidos, na Inglaterra e na Alemanha, muitos dos julgamentos não são fundamentados.

Além do Direito Comparado, o próprio Ordenamento Jurídico Brasileiro fornece exemplo de julgamento sem fundamentação: o que ocorre no Tribunal do Júri (exceto na parte relativa à dosimetria da pena).

⁶ PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. **A Sentença Estrangeira sem Fundamentação Pode Ser Homologada?** Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, Brasília, DF, v. 43, n. 169, p. 220-221, jan./mar. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/92448>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

O jurista pode argumentar que a dispensa de fundamentação ocorre pelo fato de o Tribunal do Júri ser formado por representantes da sociedade, sem exigência de graduação em Direito, e que tal dispensa não se justificaria perante os juízes de carreira. Não nos parece, contudo, argumento razoável. O Tribunal do Júri trata justamente dos processos mais delicados do ordenamento jurídico, os que envolvem crimes dolosos contra a vida, e não costuma ter a qualidade de suas decisões questionada pelos doutrinadores.

Há quem diga que a ausência de fundamentação inviabilizaria o oferecimento de recursos. Entendemos que não formaria qualquer obstáculo à recorribilidade. Assim como são possíveis recursos em face do Júri quando a decisão é contrária às regras jurídicas ou à prova dos autos (art. 593, III, do Código de Processo Penal), sentenças civis sem fundamentação admitiriam plena recorribilidade.

A falta de fundamentação diminuiria a qualidade dos julgamentos? Talvez sim, mas diminuiria pouco. Alguns detalhes poderiam passar despercebidos pelos Juízes. Mas a inovação tornaria os julgamentos extremamente mais céleres. Numa estimativa baseada em matemática empírica, a falta de fundamentação poderia diminuir a qualidade dos julgamentos em 10% a 20%, mas poderia aumentar a celeridade em 100% a 200% (ou mais).

Se a dispensa da fundamentação em todos os processos seria uma mudança muito radical, poderia ocorrer apenas com determinados tipos de ações, como, por exemplo, as seguintes:

- a) Processos relacionados a direitos disponíveis;
- b) Processos relacionados a obrigações de valores inferiores a determinados patamares;
- c) Quando a(s) parte(s), com vistas à celeridade processual, autorizar(em) a dispensa da fundamentação (alternativa adotada na Alemanha, conforme referência acima transcrita).

A presente ideia, mesmo com as limitações sugeridas nos itens acima, costuma encontrar resistência nos círculos de debate, tanto profissionais quanto acadêmicos. De fato, uma mudança profunda sobre séculos de tradição jurídica não seria aceita facilmente. Mas o *ranking* internacional de celeridade e os exemplos de países mais desenvolvidos (além do exemplo do próprio ordenamento brasileiro – Tribunal do Júri) demonstram a necessidade de quebra de paradigmas.

2. Atribuir efeito suspensivo aos recursos excepcionalmente

Diferentemente da sugestão acima, a presente ideia não é isolada, encontra correspondência em inúmeras doutrinas que tratam do novo CPC. São muito comuns opiniões no sentido de que o legislador deveria ter ampliado as hipóteses de recursos sem efeito suspensivo.

A regulamentação do tema, constante nos arts. 520 e 521 do CPC anterior e no art. 1.012 do novo Código, não passou por alterações substanciais. Continua sendo regra o efeito suspensivo no recurso de apelação, o que inviabiliza a execução provisória da sentença.

O argumento principal pela manutenção do efeito suspensivo como regra genérica é a possibilidade de modificação do julgado. Parece razoável. Se o julgado pode ser modificado, sua concretização imediata aparenta ser temerária. O condenado e executado provisoriamente, se vence nas instâncias superiores, pode ter sua esfera de direitos violada.

Outro ponto de vista, contudo, demonstra-se adequado. É extremamente comum o vencedor de uma demanda não receber o que lhe é de direito. É o que ocorre, por exemplo, nas incontáveis execuções de valor cujos demandados não têm bens penhoráveis. Qualquer vara que trate de ações condenatórias civis (a maioria das varas do Brasil) tem em seu acervo inúmeros processos em tal situação. Portanto, o credor de uma obrigação está sempre sob o risco considerável de não receber o que lhe é de direito.

Se o credor está sempre sob o perigo da injustiça, por que não submeter, eventualmente, o devedor a esse perigo? Por que a demora do processo deve penalizar somente o credor? Aliás, por exercício de lógica, é intuitivo afirmar: se as circunstâncias do processo devem prejudicar alguém, que seja o devedor, e não o credor. O devedor, como a própria gramática do nome revela, está em dívida, está com mais do que tinha de estar. Consequentemente, o ordenamento jurídico deveria fornecer mais cuidados ao credor que ao devedor.

Mas, como afirmado, o novo CPC praticamente não avançou quanto aos efeitos recursais. Continua mantendo como regra a impossibilidade de execução provisória. Permanece protegendo de maneira extrema o devedor. Enquanto isso, um número enorme de credores tem suas execuções frustradas no Brasil.

Sugere-se, em síntese, distribuição mais equânime dos riscos da execução. O autor frequentemente não recebe o que lhe é de direito. Deixemos eventualmente, então, o réu com o risco de pagar mais do que é devido.

A sugestão encontra ressonância em outras legislações.

A respeito do Direito Italiano, Ravi de Medeiros Peixoto⁷ informa o seguinte:

A partir do uso do direito comparado, observamos que no direito italiano, o efeito suspensivo é tido no segundo plano, em face da celeridade processual, conforme é possível auferir do art. 282 do CPC italiano. Neste ordenamento jurídico, a regra é pela não concessão do efeito suspensivo.

Situação semelhante é relatada, a respeito do Direito Inglês, por Rosana Silva⁸:

Na Inglaterra, por sua vez, a sentença é de imediato executiva, a menos que seja determinada a suspensão da execução (*stay of execution*). Normalmente, essa suspensão é concedida apenas em situações especiais, desde que preenchidas certas condições, como, por exemplo, a possibilidade de êxito no recurso de apelação.

Ainda como exemplo, o Código de Processo Civil de Portugal, em seu art. 647-1, assim dispõe: “A apelação tem efeito meramente devolutivo, exceto nos casos previstos nos números seguintes (...)”⁹.

Com o exposto, demonstra-se que a concessão de efeito suspensivo aos recursos como regra geral é algo que afronta argumentos de lógica e referências do Direito Comparado. Não deveria, portanto, constar no novo CPC.

3. Tornar irrecorríveis sentenças que envolvem direitos disponíveis em até determinado valor

Os recursos servem como garantia de direitos, para que o indivíduo não fique excessivamente submetido ao arbítrio do julgador. De fato, como ser humano que é, o juiz pode errar, tanto *in procedendo* quanto *in iudicando*. Logo, é razoável que se permita ao irresignado, como regra genérica, a reanálise da sua situação. Além disso, quanto mais reavaliada uma decisão, mais aprimorada ela fica.

Em síntese, os recursos têm de existir. Mas no Brasil há, obviamente, um exagero na sua utilização.

⁷ PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **Breves considerações sobre os efeitos dos recursos**. Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, RS, ano 13, n. 74, p. 1, mar. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7366>. Acesso em: 29 jul. 2015.

⁸ SILVA, Rosana Josefa Martins Dias Bizarro Borges Cardoso da. **Efetividade da Tutela Executiva Defensiva: Enfoque Comparado**. Revista CADE-FMJ, Rio de Janeiro, RJ, p. 7, 2001. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/FMJRJ/coordenadoria_pesq/Revista_CADE/CADE_8/tutela.doc>. Acesso em: 29 jul. 2015.

⁹ PORTUGAL. **Código de Processo Civil**. Atualizado até 26 de junho de 2013. p. 3599 e 3603, Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-de-processo-civil/codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

Um bom exemplo para demonstrar isso é a comparação entre o número de processos julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

As referências divergem quanto ao número de ações apreciadas por ambos anualmente, mas a disparidade, seja qual for a base de dados considerada, é enorme.

Segundo notícia publicada no jornal Gazeta do Povo¹⁰, o STF julgou cerca de 70.000 recursos em 2013, enquanto a Suprema Corte dos EUA julgou cerca de 60 (não “sessenta mil”, mas somente “sessenta”). De acordo com esses dados, para cada processo julgado pela Suprema Corte dos EUA, o STF teria julgado 1.167 processos.

Por sua vez, no *site* Direitonet, consta artigo de Gabriel Nogueira¹¹ com a seguinte informação: “*enquanto são julgados menos de 200 (duzentos) recursos por ano nos EUA, no Brasil são apreciados e julgados por nossa corte maior mais de 20.000 (vinte mil) no ano*”. Trata-se de estimativa mais conservadora, porém, ainda assim, demonstrativa de extrema disparidade: para cada processo julgado pela Suprema Corte dos EUA, o STF teria julgado 100 processos.

“Mil, cento e sessenta e sete vezes mais recursos” ou “cem vezes mais recursos” na nossa Suprema Corte em comparação com a norte-americana. Seja qual for a estatística mais aproximada da realidade, demonstra que a disparidade é absurda, revela que o processo brasileiro sofre de carências extremas, devendo passar por substancial aprimoramento.

Voltamos a afirmar que, a respeito dos recursos, o legislador do novo CPC não estabeleceu melhora considerável. Poderia ter ido além em suas reformas. Poderia ter estabelecido irrecorribilidade em determinados tipos de ações.

Parece grande ousadia a defesa da irrecorribilidade, parece até contrária às justificativas apresentadas no início deste tópico, mas a medida é, sim, defensável.

Obviamente, a irrecorribilidade seria adequada para ações de menor vulto. Por exemplo, as que envolvessem cobranças inferiores a vinte ou a dez salários-mínimos. Naturalmente, os indivíduos ficariam mais sujeitos ao arbítrio dos juízes em tais situações. Mas os juízes normalmente não erram. Quando errassem, os prejuízos à esfera de direitos dos

¹⁰ GAZETA DO POVO apud PARANÁ, Ministério Público. **MP na Imprensa**. Curitiba, PR, p. 15, 02 mai. 2014. Disponível em: <<http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/imprensa/2014/Clipping/0205.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

¹¹ NOGUEIRA, Gabriel José de Andrade. **Recursos ordinários e extraordinários: peculiaridades e divergências doutrinárias**. Direitonet, Sorocaba, SP, p. 1, 28 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7242/Recursos-ordinarios-e-extraordinarios-peculiaridades-e-divergencias-doutrinarias>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

indivíduos seriam reduzidos. Em compensação, as instâncias recursais seriam consideravelmente desafogadas e os processos seriam solucionados mais brevemente. Assim, o Brasil saltaria posições no *ranking* internacional de celeridade e, indiretamente, atrairia mais investimentos externos. Enfim, a relação “custo x benefício” seria compensatória.

Mais uma vez, o Direito Comparado serve como base para os presentes argumentos.

O Código de Processo Civil Português, também mencionado acima¹² denomina como recursos ordinários os de apelação e de revista (art. 627-2). A respeito de tais recursos, embora admita exceções em seu art. 629-2, diz o seguinte no art. 629-1:

O recurso ordinário só é admissível quando a causa tenha valor superior à alçada do tribunal de que se recorre e a decisão impugnada seja desfavorável ao recorrente em valor superior a metade da alçada desse tribunal, atendendo-se, em caso de fundada dúvida acerca do valor da sucumbência, somente ao valor da causa.

Outra referência é o Processo Civil Alemão. Seguem palavras de Edson Rodrigues Baptista¹³ a respeito do assunto:

No Direito Alemão, o recurso de apelação é cabível em face de sentença definitiva proferida por órgão jurisdicional de primeira instância (...) Em se tratando de controvérsias de natureza patrimonial, a apelação somente é admissível quando o gravame exceder a certo valor.

No mais, assim como o Tribunal do Júri serve como referência brasileira para a ausência de fundamentação em julgados, também temos em nossa legislação referência para a irrecorribilidade. A Lei nº 5.584/70, em seu art. 2º, §§ 3º e 4º, estabelece irrecorribilidade, quanto a matérias não constitucionais, em processos que envolvem menos de dois salários-mínimos no âmbito da Justiça do Trabalho.

Por fim, com a necessidade de observância dos precedentes jurisprudenciais, o que foi estabelecido pelo legislador com o art. 489, § 1º, VI, e o art. 927 do novo CPC, os Magistrados seguirão mais rigorosamente os julgamentos das instâncias superiores. Assim, parte da função dos recursos (uniformização de jurisprudência) terá sua utilidade substancialmente reduzida. Eis, portanto, mais um argumento, este surgido recentemente, em defesa da presente ideia.

CONCLUSÃO

¹² Op. cit., p. 3599.

¹³ BAPTISTA, Edson Rodrigues. **Apelação Civil no Direito Comparado**. Rio de Janeiro, RJ: Universidade Cândido Mendes, p. 33, 2010. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k212260.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2015.

O novo Código de Processo Civil estabeleceu alguns avanços pela celeridade processual.

A necessidade de observância dos precedentes jurisprudenciais (art. 489, § 1º, VI, e art. 927), que deriva em decisões mais uniformes e menos recursos, é algo positivo. As críticas acima dirigidas ao art. 489, § 1º são referentes aos seus demais incisos.

A elevação dos valores das multas por litigância de má-fé (art. 81) evita protelação indevida e também resulta em mais celeridade.

A realização de audiência de conciliação antes que seja preparada a contestação (arts. 334 e 335) também é procedimento dos mais elogiáveis, pois favorece a composição amigável das lides e poupa o trabalho dos Advogados.

O novo CPC, no entanto, deveria ter ido além. O Brasil tem um dos processos mais lentos do mundo. Portanto, pode-se dizer que é um dos mais deficientes do ponto de vista científico. As mudanças estabelecidas com o novo código foram limitadas e, em alguns aspectos, representaram retrocesso, como relativamente à exigência de fundamentação exaustiva nos julgamentos (art. 489, § 1º, I a V).

Os principais valores a serem satisfeitos pelo ordenamento jurídico são justiça e segurança jurídica. O processo brasileiro já faz justiça em níveis exaustivos. Os incontáveis recursos em diversas instâncias, os inúmeros meios conferidos às partes para a defesa dos seus argumentos e a relativização da coisa julgada são atributos que viabilizam decisões muito refletidas.

É tempo, portanto, de mais cuidado com a segurança jurídica. Um processo lento traz constante sensação de insegurança aos indivíduos. Insegurança e insatisfação diante das instituições estatais.

Por fim, salientamos que um processo lento, em última análise, traz obstáculos ao crescimento da economia e empobrece a sociedade. O relatório informado na introdução deste texto, o qual coloca o processo brasileiro na posição 146º/189, foi elaborado pelo Banco Mundial para recomendar às empresas os melhores ambientes para a realização de negócios. Nosso Processo Civil, portanto, é um “cartão de visitas” negativo para a atração de investimentos externos.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2014**. Brasília, DF, p. 39, 2014. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941: Código de Processo Penal**. Atualizado até 29 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 29 jul. 2015.

_____. **Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970**. Atualizada até 29 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L5584.htm>. Acesso em: 29 jul. 2015.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: Institui o Código de Processo Civil**. Atualizada até 29 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 29 jul. 2015.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015: Código de Processo Civil**. Atualizada até 29 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 29 jul. 2015.

BAPTISTA, Edson Rodrigues. **Apelação Civil no Direito Comparado**. Rio de Janeiro, RJ: Universidade Cândido Mendes, p. 33, 2010. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k212260.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2015.

GAZETA DO POVO apud PARANÁ, Ministério Público. **MP na Imprensa**. Curitiba, PR, p. 15, 02 mai. 2014. Disponível em: <<http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/imprensa/2014/Clipping/0205.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

GRUPO BANCO MUNDIAL. **Doing Business: Medindo Regulamentação de Negócios**. Washington, DC, p. 1, 2014. Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/data/exploretopics/enforcing-contracts>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

_____. **Doing Business: Medindo Regulamentação de Negócios: Metodologia**. Washington, DC, p. 1, 2014. Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/Methodology/enforcing-contracts>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

NOGUEIRA, Gabriel José de Andrade. **Recursos ordinários e extraordinários: peculiaridades e divergências doutrinárias**. Direitonet, Sorocaba, SP, p. 1, 28 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7242/Recursos-ordinarios-e-extraordinarios-peculiaridades-e-divergencias-doutrinarias>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **Breves considerações sobre os efeitos dos recursos**. Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, RS, ano 13, n. 74, p. 1, mar. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7366>. Acesso em: 29 jul. 2015.

PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. **A Sentença Estrangeira sem Fundamentação Pode Ser Homologada?** Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, Brasília, DF, v. 43,

n. 169, p. 220-221, jan./mar. 2006. Disponível em:
<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/92448>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

PORTUGAL. **Código de Processo Civil**. Atualizado até 26 de junho de 2013. p. 3599 e 3603, Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-de-processo-civil/codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

SILVA, Rosana Josefa Martins Dias Bizarro Borges Cardoso da. **Efetividade da Tutela Executiva Defensiva: Enfoque Comparado**. Revista CADE-FMJ, Rio de Janeiro, RJ, p. 7, 2001. Disponível em:
<http://www.mackenzie.br/fileadmin/FMJRJ/coordenadoria_pesq/Revista_CADE/CADE_8/tutela.doc>. Acesso em: 29 jul. 2015.