



ANAIIS

XX SEMANA JURÍDICA

UFSC

2016

Agência Brasileira do ISBN

ISBN 978-85-67995-08-3



9 788567 995083

Anais da XX Semana Jurídica



Anais da XX Semana Jurídica

Florianópolis

Centro Acadêmico XI de Fevereiro – CAXIF

2017

ANAIS DA XX SEMANA JURÍDICA - 2016**Coordenação Geral do Evento**

Victoria Cruz Bartell

Comissão Organizadora do Evento

Murillo Preve Cardoso de Oliveira, Natália Guglielmi Lummertz Silva, Hamilton Antônio Zardo, Joana Brancher Machado, Amanda Karol Coelho, Caue Fernando Dias, Felipe Vieira, Henrique Carlesso, Joana Bolsoni, Juliana Blanco, Juliana Oliveira Rocha, Luiza Becker de Souza, Paulo Henrique Ribeiro, Tobias Klen, Vitor Oliveira.

Responsável Editorial

Henrique Carlesso e Luis Guilherme Ribeiro

Pareceristas

Alexandre Botelho, Jéssica Gonçalves, Leatrice Faraco Daros, Mikhail Cancelier, Eduardo de Carvalho Rêgo.

Realização

Centro Acadêmico XI de Fevereiro - CAXIF

Revisão

Henrique Carlesso e Luis Guilherme Ribeiro

**Catálogo na Fonte pela Biblioteca Universitária da
Universidade Federal de Santa Catarina**

<p>S472a</p> <p>Semana Jurídica (20. : 2017 : Florianópolis, SC). Anais da XX Semana Jurídica / coordenação geral Victoria Cruz Bartell ; Realização Direito/UFSC, Centro Acadêmico XI de Fevereiro - CAXIF. - Florianópolis : CAXIF/UFSC, 2017. 470 p.</p> <p>Inclui bibliografia. Evento realizado de 24 a 27 de outubro de 2016.</p> <p>1. Direito - Congressos. I. Bartell, Victoria Cruz. II. Centro Acadêmico XI de Fevereiro - UFSC. III. Título.</p> <p style="text-align: right;">CDU: 34</p>
--

Sumário

Apresentação.....	4
Programação.....	6
Trabalhos apresentados na Mostra de Pesquisa.....	8

A IMPORTÂNCIA DA COMPREENSÃO ACERCA DOS PRECEDENTES E SUA VINCULAÇÃO SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL.....	9
<i>MAXWEL ERNANDES MOREIRA DE SOUZA</i>	

A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 3(G) DA DEFINIÇÃO DE AGRESSÃO À LUZ DE CASOS DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA.....	24
<i>TACIANO SCHEIDT ZIMMERMANN</i>	

A MÁ CONSERVAÇÃO DAS VIAS PÚBLICAS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DECORRENTE DE ACIDENTES COM PARTICULARES.....	41
<i>MATEUS STALLIVIERI DA COSTA</i>	

A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PERANTE CORTES NACIONAIS: O CASO MÃES DE SREBRENICA V. HOLANDA E ONU.....	64
<i>FERNANDA RUY E SILVA</i>	

A RAZÃO COMUNICATIVA E A TEORIA DO DISCURSO DE JÜRGEN HABERMAS.....	79
<i>EDUARDO XAVIER COSTA ANDRADE</i>	

A RETIRADA DA NACIONALIDADE COMO SANÇÃO POR CRIMES DE TERRORISMO RESULTANTE EM APATRIDIA: ANÁLISE DO PROJETO DE REVISÃO CONSTITUCIONAL Nº 3381 NA FRANÇA.....	102
<i>MAYARA LOEBMANN PEREZ</i>	

AVERBAÇÃO PREMONITÓRIA E A FRAGILIDADE DE SUA EFETIVAÇÃO NO CPC/2015.....	124
<i>DÉBORAH CRISTINA DELGADO GUERREIRO</i>	

MANUELA CELESTE TOMASI

JUSTIÇA SEGUNDO RAWLS: UMA ANÁLISE DO CONTO HARRISON BERGERON.....142

GABRIELA MARQUES DE ALMEIDA

THAIS BECKER HENRIQUES DA SILVEIRA

O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA ORDEM POLÍTICA DA REPÚBLICA OLIGÁRQUICA.....156

THAYRINE PAÔLA CANTELI

APLICAÇÃO DA CISG E LEGISLAÇÕES NACIONAIS NOS CONTRATOS DE COMPRA E VENDA DE MERCADORIAS.....177

EDUARDO MORETTI

GUSTAVO BECKER MONTEIRO

SUBJETIVIDADE JURÍDICA INTERNACIONAL NA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XIX: NAÇÃO E ESTADO NAS DOCTRINAS ITALIANA E FRANCESA.....191

GUILHERME BEDIN

A DECADÊNCIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E A INCONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE ACERCA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 817.338.....214

WILLIAN NUNES ROSSATO

RESRESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....234

JOÃO VITOR GOMES MARTINS

THATIANE CRISTINA FONTÃO PIRES

Apresentação

O Centro Acadêmico XI de Fevereiro tem a honra de publicar os Anais da XX Semana Jurídica, realizada entre os dias 24 e 27 de outubro de 2016 no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina. O evento contou com a participação de vários palestrantes de nossa Universidade e de outras instituições que se reuniram para discutir questões relevantes e controversas a respeito do Curso e do Ensino de Direito, além de diversos assuntos que tangenciam a formação dos juristas.

A Semana Jurídica é um evento organizado anualmente pelo CAXIF, com tradição já consolidada no calendário acadêmico da graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Com o esforço dos acadêmicos envolvidos na organização e da colaboração dos palestrantes que se mobilizaram para concretizar a programação, o evento chegou a sua décima oitava edição, cumprindo um dos princípios básicos do Centro Acadêmico, elencado em nosso Estatuto: “*O aperfeiçoamento das atividades acadêmicas do Curso, (...) e sua integração com todos os setores da comunidade*”.

O objetivo do evento foi promover um espaço de debate e reflexão de questões atuais, buscando oferecer uma formação complementar aos estudantes, trazendo à discussão assuntos que não são habitualmente abordados em sala de aula e aprofundando outros tantos que não recebem a devida atenção. Com esse propósito, foram abordados temas como a Reforma Curricular, a avaliação de Curso como instrumento de melhoria

do Ensino, os desafios iniciais das Carreiras Jurídicas, dentre outras problemáticas que permeiam diversos flancos do Direito.

O conteúdo da presente publicação é o resultado dos trabalhos apresentados na Mostra de Pesquisa da XX Semana Jurídica, que aconteceu na tarde do dia 27 de outubro de 2016 e teve a participação de acadêmicos de diversas instituições, efetivando um espaço de diálogo e de troca de conhecimentos.

A Comissão Organizadora buscou, no arranjo desse espaço de divulgação de pesquisas, incentivar a pesquisa científica na área jurídica e possibilitar discussões entre os pesquisadores, e destes com os demais alunos. O CAXIF apoia o desenvolvimento da pesquisa enquanto componente fundamental do tripé universitário – ao lado do ensino e da extensão – por reconhecer nessa atividade um canal de ampliação dos horizontes científicos do conteúdo programático do Curso que ultrapassa os limites estritos da sala de aula. É por meio da pesquisa que os acadêmicos abandonam uma postura passiva de aprendizado para assumirem seu papel de protagonistas na construção de novos conhecimentos. Ao produzir uma Mostra de Pesquisa, este sempre foi nosso objetivo: fazer com que os acadêmicos tivessem um espaço para expor, discutir e aprimorar suas ideias.

A Comissão Organizadora da XX Semana Jurídica agradece, primeiramente, a todos os palestrantes que se dispuseram a participar do evento, contribuindo para a construção de um espaço de debates de alta qualidade e relevância para os demais juristas participantes. Agradece, também, à Universidade Federal de Santa Catarina e sua Pró-

Reitoria de Extensão, ao Centro de Ciências Jurídicas e a todas as entidades parceiras que apoiaram a Semana Jurídica, possibilitando que sua realização se desse nesses moldes de alcance e qualidade.

Por fim, merecem igual agradecimento todos os acadêmicos que contribuíram para a excelência do encontro: aos que voluntariamente se dispuseram a organizar o evento, aos que suscitaram discussões e reflexões ao longo das palestras, e, especialmente, aos que elevaram a qualidade acadêmica do encontro ao apresentarem seus trabalhos na Mostra de Pesquisa.

Espera-se, com o evento e com esta publicação, que se possa contribuir para o interesse em temas atuais e relevantes para o estudo do direito e também para o despertar de reflexões críticas e o interesse na área da pesquisa científica.

Florianópolis, 17 de dezembro de 2017.

Comissão Organizadora

Programação do Evento

Dia 24.10.2016 - Segunda-feira

ABERTURA

20: 00 - A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Prof. Dr^a. Maria Sylvia di Pietro

Professora da Universidade de São Paulo (USP).

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam

Professor da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Dia 25.10.2016 - Terça-feira

08:30 - A VIVÊNCIA NA ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR - SERVIÇO DE ASSESSORIA JURÍDICA UNIVERSITÁRIA (SAJU)

Me. Daniela Félix

Advogada e Professora da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Luiza Maria Cabreira

Advogada e Professora do Centro de Formação e Aperfeiçoamento Profissional (CEFAP).

10:30 - RELIGIÃO E ESTADO NO SÉCULO XXI: GARANTIA DA LIBERDADE OU OPRESSÃO DAS MINORIAS?

Prof. Dr. Alessandro Pinzani

Professor da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Prof^a. Dr. Delamar José Volpato Dutra

Professor da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

14:00 - PAINEL: OFICINA DAS CARREIRAS JURÍDICAS

Dr^a. Caroline Köhler Teixeira

Defensora Pública.

Dr^a. Mikhail Vieira de Lorenzi Cancelier

Professor.

Dr. Victor Rorato

Advogado.

Dr^a. Vanessa Wendhausen Cavallazzi

Promotora.

Dr. Ulisses Gabriel

Delegado.

18:30 - DISCUSSÃO: ESCRITÓRIO MODELO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA

Prof. Me. Clarindo Epaminondas de Sá Neto

Professor da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Prof. Me. Rodrigo Mioto dos Santos

Professor da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI).

Prof. Ione Heiderscheidt Nunes

Professora da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

20:30 - MANIFESTAÇÕES DE RUA E SEGURANÇA PÚBLICA: LIMITES E CONTROVÉRSIAS

Prof. Me. Sandro Cesar Sell

Professor do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC).

Dia 26.10.2016 - Quarta-feira

08:30 - A INFLUÊNCIA DO NOVO CPC NO DIREITO PRIVADO

Prof. Me. Marcus Vinícius Motter Borges

Advogado e Professor da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Prof^a. Dr^a. Renata Raupp Gomes

Advogada e Professora da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Prof^a. Dr^a. Dóris Ghilardi

Professora da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Prof. Dr. André Lipp Basto Lupi
Advogado.

10:30 - A INFLUÊNCIA DO NOVO CPC NO DIREITO PÚBLICO

Prof. Dr. Pedro Menezes Niebuhr
Advogado e Professor da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy
Advogado e Professor da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Me. Marcelo Ramos Peregrino Ferreira
Advogado e Doutorando na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

14:00 - OFICINA A PARTIR DO DOCUMENTÁRIO: "SEM PENA" - NÚCLEO DE EXECUÇÃO PENAL DA UFSC (NEPEN)

16:00 - A IMPORTÂNCIA DA ORATÓRIA E DA ARGUMENTAÇÃO NO TRIBUNAL DO JÚRI - SOCIEDADE DE DEBATES DA UFSC (SdDUFSC)

Prof^ª. Dr^ª. Fernanda Mambrini Rudolfo
Defensora Pública e Professora da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Dr. Andrey Cunha Amorim
Promotor.

18:30 - BREXIT E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA O DIREITO INTERNACIONAL

Prof. Dr. Arno Dal Ri Júnior
Professor da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Prof^ª. Dr^ª. Patrícia Fonseca Ferreira Arienti
Economista e Professora da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

20:30 - AS POLÊMICAS ENVOLVENDO O BLOQUEIO DO WHATSAPP NO BRASIL

Prof. Me. Guilherme Coutinho Silva
Advogado e Professor da Universidade Positivo (UP).

Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa
Juiz e Professor da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Dia 27.10.2016 - Quinta-feira

08:30 - O EMPREENDEDORISMO NO MEIO JURÍDICO

Camila Berni Schimanski
Advogada e Presidente da Comissão de Empreendedorismo Jurídico do IASC

Dr. Diogo Machado Ulisses Figueiredo
Advogado.

18:30 - DOPPING: QUAIS OS LIMITES DA VITÓRIA?

Prof. Me. Rodrigo Steinmann Bayer
Professor da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Glaycon Michels
Médico do Esporte.

Guilherme Cysne Rosa
Nutricionista Esportivo.

14:00 - MOSTRA DE PESQUISA

ENCERRAMENTO

20:00 - PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Prof. Dr. Fernando Noronha
Professor aposentado da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Prof. Dr. Guilherme Henrique Lima Reinig
Professor da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Trabalhos apresentados na Mostra de Pesquisa

A IMPORTÂNCIA DA COMPREENSÃO ACERCA DOS PRECEDENTES E SUA VINCULAÇÃO SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

Maxwel Ernandes Moreira de Souza^{1}*

Resumo: Estamos inseridos em cotidiano no qual se tentam valorizar os precedentes como a ferramenta para solução de casos, principalmente os repetitivos, onde se multiplicam ações “idênticas”. Anterior à entrada em vigor da nova legislação processual civil, onde não havia obrigação legal de fundamentação, era comum nos depararmos com decisões limitando apenas a repetir ementas e enunciados de súmulas, desprezando em alguns casos decisões anteriormente proferidas em situações idênticas, como por exemplo, quando o mesmo julgador/turma tem entendimento diverso em julgamento ocorrido na mesma semana. Com isso o legislador viu a necessidade de uniformizar a jurisprudência, trazendo assim maior valoração aos precedentes judiciais, os tornando inclusive vinculantes em determinados casos, sendo esses defendidos sob

^{1*} Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR. Especialista em Contato de Seguro e Resseguro pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Especialista no Novo Código de Processo Civil pela Faculdade Damásio. Advogado em Florianópolis na Pimentel e Associados Advocacia. Convidado Especial da Comissão de Direito do Seguro da OAB/SC – Seção de Florianópolis/SC. Membro do Grupo Regional de Trabalho do Sul – AIDA. Membro do Grupo Nacional de Trabalho de Processo Civil – AIDA. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4531314959231013>

a justificativa de que tornarão o feito mais célere nas causas repetitivas, cooperando ativamente para uma melhoria do Judiciário e, enfim, trazendo a almejada celeridade e efetividade processual, nos termos da constituição. Pois bem, apontada a forma como a qual o judiciário Brasileiro tenta, não de hoje, com base na valoração jurisprudencial, solucionar de vez o problema das demandas de massa, deve-se ater ao fato de que tal instituto precisa ser analisado a fundo, vez que sua aplicabilidade desenfreada e equivocada poderá causar transtornos futuros, com o “congelamento” das decisões judiciais, em um judiciário mais preocupado com a quantidade do que com a qualidade dos julgados.

Palavras-Chave: precedentes; vinculação; cautela; aspecto prospectivo.

Abstract: We are inserted in everyday life that tries to value precedents for solving cases, especially repetitive ones, where "identical" actions are multiplied. Prior to the entry into force of the new civil procedural law, where there was no legal obligation to justify decisions, it was common for decisions to be limited to repeating previous judgments, in some cases dismissing decisions previously handed down in identical situations, such as when Even the judge / class has different understanding in judgment occurred in the same week. With this, the legislator saw the need to unify the judges, bringing greater appreciation to judicial precedents, making them even obligatory in certain cases, being defended under the justification that they will make the fastest in repetitive causes, actively cooperating for an improvement in the Judiciary and, finally, bringing the desired speed and procedural effectiveness, under the terms of the constitution. Well, pointing out the way in

which the Brazilian judiciary tries, not today, based on jurisprudential valuation, to solve once and for all the problem of mass demands, we must analyze the tool in the correct way, since its unrestrained and mistaken applicability may To cause future upsets, with the "freezing" of judicial decisions, in a judiciary more concerned with quantity than with the quality of judges.

1. Introdução

O Código de Processo Civil vem passando por sucessivas alterações nos últimos anos, com o objetivo de simplificar o procedimento, trazendo maior celeridade aos processos, na tentativa de enfim conceder duração razoável ao processo. Finalmente, com a chegada do novo código, encontram-se dispositivos com esse objetivo efetivamente.

Um deles é o que dá força vinculante aos precedentes, sendo esse o enfoque do presente trabalho, abordando seu contexto bem como seu procedimento e consequências.

É evidente que se chega a um momento onde a aplicação do direito deve ser feita de forma diferente, inclusive na própria exposição de motivos do novo CPC encontra-se expressa à necessidade de harmonizar a lei ordinária em relação à Constituição Federal.

O trabalho tem o objetivo de sanar a interrogação que resiste ao entorno do instituto, qual seja se o mesmo será suficiente para combater a morosidade do judiciário, efetivando assim o princípio constitucional da duração razoável do processo.

Primeiramente será necessário discorrer acerca da visão geral acerca dos precedentes no Brasil, para que seja possível verificar sua aplicabilidade no decorrer dos anos, dando a devida atenção e relevância ao tema.

Em um segundo momento será tratado acerca da Aplicação dos precedentes no ordenamento jurídico Brasileiro (*Stare decisis, Ratio Decidendi, obter dictum, distinguishing e overruling*), demonstrando brevemente cada conceito.

No terceiro ponto será tratada a eficácia vinculante dos precedentes no Novo Código de Processo Civil, abordando suas características.

Por fim, no último tópico se dá atenção à importância da compreensão do real poder dado aos precedentes, com enfoque na ideia de aspecto prospectivo do instituto, com poder para vincular no futuro os magistrados com base em fato ocorrido em tempos atuais.

Evidente que uma das principais novidades no Código de Processo Civil vigente é a adoção do modelo de precedentes vinculantes ao nosso ordenamento jurídico. Todavia devemos ter cautela ao abordar o tema, ao menos não trabalhar com grandes expectativas nesse primeiro momento, vez que a cultura de precedentes já é algo que se construiu de forma lenta na cultura anglo-americana.

Necessário se faz destacar e assim fazer-se compreender que é a atual massificação das relações sociais que leva à massificação das demandas, responsáveis pela atual ausência de celeridade de nosso judiciário.

Tomando por base as garantias constitucionais de igualdade e segurança jurídica, o ordenamento brasileiro tenta não de hoje adotar e aperfeiçoar o sistema de valoração da jurisprudência, utilizando-se de súmula dos julgados repetitivos nos tribunais superiores, como por exemplo, (a) o incidente de uniformização de jurisprudência (artigo 476 do CPC/1973); (b) a possibilidade de suspensão de segurança em liminares (Leis 8.437/1992 e 12.016/2009); (c) a uniformização de jurisprudência em âmbito dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/2001) e nos Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei 12.153/2009); (d) o julgamento imediato de improcedência em

casos idênticos (artigo 285-A do CPC/1973); (e) as súmulas vinculantes (artigo 103-A da CF/1988); (f) o julgamento de recursos repetitivos por amostragem (arts. 543-B e 543-C do CPC 1973).

A massificação da economia nacional foi indubitavelmente uma das grandes responsáveis pela quantidade de litígios no Brasil, bem como a privatização dos serviços públicos, como é o caso da telefonia e energia elétrica, os quais hoje alcançam grande parte da população. Assim, em razão dos inúmeros questionamentos em juízo tratando acerca da qualidade da prestação desses serviços, é que sobreveio a grande quantidade de ações judiciais no país.

A garantia de acesso à justiça, no passado não tão distante, era apenas vista como simples petição de ingresso em juízo, porém com todas as conquistas sociais dos últimos tempos, o cenário foi forçadamente alterado, garantindo-se um maior leque de direitos aos que buscam a tutela estatal. Assim, a problemática encontra-se na obtenção de tutela jurisdicional qualificada, adequada e célere.

Tomando por base a metodologia referente ao presente artigo, destaca-se o fato de que a técnica de pesquisa realizada é

estritamente bibliográfica e o método de abordagem, por sua vez, indutivo. Ademais, o objetivo do presente artigo não é tratar acerca da aproximação ou não entre os sistemas *common law* e *civil law*, bem como das diferenças existentes entre a cultura de precedentes brasileira e a norte-americana, todavia necessário se faz ter a consciência de que o Novo Código de Processo Civil partiu do mecanismo de identificação de tese no momento da inserção do sistema de precedentes, e não do caso (*common law*), traçando regras com a finalidade de aprimorar a técnica na formação dos julgados e sua respectiva fundamentação.

Desse modo, a princípio devem ser abordadas as noções basilares do modelo, apresentando seus aspectos de maior relevância. Em seguida será analisada a relação com o sistema processual nacional e destacado o teor dos novos comandos insertos na lei.

É evidente a atuação mais ativa dos precedentes judiciais, adotados atualmente pela legislação processual vigente com a finalidade de tornar o feito mais célere, trazendo maior segurança jurídica, na teoria.

De certo modo o CPC/2015 tenta se utilizar de fundamentos adaptados do *common law* e da cultura do *stare decisis* com a finalidade de privilegiar a busca por uniformização

e estabilidade jurisdicional, conseqüentemente maior celeridade ao feito.

As jurisdições onde impera o *civil law* são organizadas em respeito ao direito positivado, ou seja, aplicando-se puramente o teor do direito escrito. Ademais, o magistrado é o aplicador e interprete da lei, segundo os adeptos desse sistema.

Destarte, tem-se a ideia de que o uso dos precedentes vinculantes trará paralelamente algumas vantagens: segurança jurídica, previsibilidade, estabilidade e igualdade diante à jurisdição e da lei, imparcialidade do magistrado, duração razoável do processo, enfim, maior eficiência do judiciário como um todo.

Enfim, o tema será abordado de forma geral e objetiva, buscando atingir o seu objetivo que é de esclarecer a efetividade desse instituto e o que devemos esperar de sua aplicabilidade, se efetivamente trará a celeridade tão almejada pelo novo Código de Processo Civil.

2. Visão geral sobre os precedentes no Brasil

Não se pode considerar que os precedentes judiciais no Brasil surgiram apenas após a promulgação da EC 45/2004,

momento onde se introduziu em nosso ordenamento a figura da súmula vinculante, editada exclusivamente pelo STF. Há mais de vinte anos nosso ordenamento vem adotando tal sistema.

A lei 8.038/90 permitiu ao relator do STF ou STJ decidir de forma monocrática o pedido/recurso que houver perdido o objeto, bem como negar seguimento ao pedido/recurso intempestivo, incabível ou improcedente, ou que contrariar, nas questões de direito, súmula do respectivo Tribunal, nos termos do artigo 38:

Art. 38 - O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal (LEI Nº 8.038, DE 28 DE MAIO DE 1990).

A EC 3/1993 que foi responsável por acrescentar o §2º do comando inserto no artigo 102 da CF/1988, bem como por atribuir efeito vinculante ao decisório emitido pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Direta de Constitucionalidade pode ser considerada como o marco normativo quando abordamos a aplicação dos precedentes no Brasil.

Afinal, o que são os precedentes? Em suma, compreendem-se em todas as decisões jurisdicionais anteriores ao julgamento do feito. São, via de regra, resoluções da mesma questão jurídica que, analisada pelo judiciário, vai ao encontro de decisão em caso similar. Ou seja, são exemplificadamente decisões modelo.

Desse modo partimos da ideia de que havendo direito, indubitavelmente existirão precedentes, esses essenciais à atividade jurisdicional. Todavia, nem toda decisão deve ser considerada como precedente, o que se explica na medida em que nem todo julgado tratará de questão que poderá ser novamente pleiteada no judiciário.

Nesse ínterim, não é qualquer decisão que poderá criar/definir norma, o que é essencial quando abordamos os precedentes. Dessa feita, decisões obsoletas e superadas pela jurisprudência/doutrina não devem ser seguidas.

Analisando superficialmente o instituto, pode-se concluir que os precedentes judiciais surgiram no Brasil a partir da promulgação da Emenda nº 45/2004, a qual introduziu em nosso ordenamento os enunciados das súmulas vinculantes, editadas apenas pelo Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, é possível considerar que há mais de vinte anos há o sistema de

obrigatoriedade dos precedentes, isso porque a Lei nº 8.038/1990 deu poderes aos Relatores do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, para que nos casos onde houvessem pedidos incabíveis ou improcedentes, recursos intempestivos, ou ainda que contrariassem súmula do respectivo tribunal, fossem negados de forma monocrática.

Ademais, conceituam-se precedentes, segundo a doutrina de Teresa Arruda Alvim Wambier (2012, p. 133-202), como *“o pronunciamento judicial que, por sua autoridade e consistência, deveria ser adotado por outros juízes como padrão para a decisão em casos semelhantes”*.

Para que seja possível delimitar os precedentes, necessário se faz diferenciar o instituto em comento dos demais já constantes na legislação processual pátria, evitando eventual confusão. Para tanto, abordam-se a jurisprudência, a ementa e as súmulas, estabelecendo assim sucintamente os critérios de distinção.

A princípio, a forma normativa jurisprudencial parte da existência de alguns precedentes passíveis de indicar a interpretação que vem sendo dada pelo respectivo Tribunal a determinada questão, quando o precedente, por sua vez, limita-se a apenas uma decisão, já com força normativa reconhecida.

Ademais, tendo em vista que a jurisprudência parte do conjunto de decisões em lapso temporal, sua forma de produção também difere do precedente, vez que mais complexa.

Ademais, a ementa nada mais é do que o elemento facultativo constante das sentenças, simplificando o acesso aos posicionamentos das cortes superiores, sendo em suma o resumo da decisão. A nossa cultura jurídica infelizmente leva em consideração que para citar jurisprudência, necessário se faz apenas considerar a Ementa, não sendo assim possível extrair a *ratio decidendi* (razão de decidir do julgador), o que por si só pode ocasionar o fracasso do sistema dos precedentes, tendo em vista que impossibilita sua efetiva aplicação, nesse caso.

Quanto às súmulas, são aquelas que contêm enunciados oriundos de reiteradas decisões, possuindo procedimento de criação próprio. A sua existência se verifica no sistema onde a eficácia vinculante dos precedentes é completamente nula, tendo em vista que partimos do ponto onde o precedente é fonte normativa, passam a serem desnecessários os enunciados dos Tribunais.

Destarte, apesar de ambos os institutos tratados serem oriundos das decisões judiciais, os precedentes não se confundem

com os demais, os quais apenas convivem no mesmo ordenamento.

Outrossim, no período de vigência do Código de Processo Civil revogado (1973), os precedentes figuravam com eficácia persuasiva, ou seja, eram levantados como mera argumentação das partes, prestando-se a buscar o convencimento do magistrado, utilizando-se muitas vezes de terminologia equivocada - confundindo com jurisprudência - porém não tinham a obrigatoriedade de serem seguidos pelo juízo, via de regra (exemplo de exceção é a súmula vinculante).

Com a vigência do novo Código de Processo Civil os precedentes deixam de ser exceção em nosso ordenamento, passando a se tornar a regra, porém é necessário ainda se desenvolver para que seja possível distanciar do sistema experimentado até o momento.

3. Aplicação dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro - *stare decisis: ratio decidendi, obiter dictum, distinguishing e overruling*

Como mencionado não é o objetivo do presente tratar acerca da diferença entre os sistemas *common law* e *civil law*,

todavia nesse momento para compreensão do tema necessário se faz a exposição pontual de alguns conceitos.

Frise-se que os precedentes não podem ser aplicados de forma desmedida pelos magistrados. Deve haver a comparação entre o caso concreto e a *ratio decidendi* (razões de decidir do magistrado) da decisão paradigmática. Assim, possibilita-se considerar às peculiaridades dos casos concretos submetidos ao judiciário, entendendo se existem semelhanças com o caso paradigma.

A tal comparação, caso verificada dissonância faz-se o *distinguishing*, ou seja, a distinção (mesmo diante de precedente vinculante). Desse modo, é através desse confronto que o magistrado verifica se o caso em julgamento pode ser considerado análogo ao paradigma em questão.

Distinguishing trata-se de técnica utilizada exclusivamente nos precedentes, oriunda do *common law* e que consiste no afastamento da aplicação de determinado precedente em virtude de peculiaridade fática que o possa distinguir do caso concreto. Nesse sentido, inova o atual Código de Processo Civil ao estabelecer em seu artigo 489 §1º, VI que demonstrada a distinção entre o caso concreto e precedente,

permite-se ao magistrado deixar de seguir, dentre outros, precedentes invocados pela parte.

Para tanto, em caso negativo (caso não análogo) foram instituídas técnicas de superação dos precedentes judiciais, como por exemplo, o *Overruling*, onde o precedente é revogado ou superado em virtude da modificação dos valores sociais, jurídicos (superação de entendimento), dentre outros. Necessário se faz destacar que se confere apenas ao órgão judicial legitimado à revogação do precedente. Ou seja, precedente do STF apenas poderá ser revogado pelo mesmo.

Do exposto se denota que o precedente pode não ser mantido, sob pena de gerar injustiças, evidentemente que o magistrado apoiado no teor da legislação processual civil em vigor deve devidamente fundamentar a decisão em comento, vez que não se permite “carta branca” para desconstituição de precedente.

Por fim, para completa compreensão acerca do instituto em comento, deve-se entender o *Stare Decisis*, bem como seus efeitos e a relação com o sistema processual pátrio. Trata-se de termo oriundo do sistema Common Law, utilizado para designar a adoção dos precedentes vinculantes.

Outrossim, duas ferramentas são imprescindíveis para a compreensão da forma de aplicação dos precedentes: *ratio decidendi* e a *obter dictum*. Ambos encontram-se nas decisões judiciais e são tratados na correta aplicação no sistema de precedentes.

Ratio decidendi são as razões de decidir ou motivos para a decisão. Consiste na essência do julgado, o que se faz necessário para entender o resultado da decisão.

Por sua vez, a *obter dictum* significa literalmente o que foi “dito para morrer”, ou seja, são partes da decisão que não trazem importância alguma ao caso, não servindo inclusive à construção da norma jurídica.

Um dos temas de maior complexidade é a extração das razões de decidir, principalmente quando estamos diante de casos com maior complexidade. Todavia tal fato não deve retirar a necessidade de sua identificação para a correta aplicação da *Stare Decisis*.

4. A eficácia vinculante dos precedentes no Novo Código de Processo Civil

Após tratado sobre a acepção do termo “precedente”, nesse momento deve-se destacar quais são os precedentes vinculantes e no que consistem.

A atual e gradativa introdução do sistema de precedentes no Brasil motivou ao legislador, através do Novo Código de Processo Civil, após notar a relevância e o valor do instituto, legislar e positivizar disposições sobre os precedentes vinculantes, dando o merecido valor no sistema pátrio, por se tratar de instrumento otimizador da justiça, atendendo aos anseios da nova legislação processual civil.

A novidade em questão segue a partir do comando inserto no artigo 926 e seguintes do novo diploma, o qual instaurou os precedentes com aplicação obrigatória. Nesse íterim, o caput: “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Destarte, adotando-se critérios do Stare Decisis, o artigo 927 destaca as decisões que deverão ser seguidas em julgamentos posteriores onde se tratar sobre igual matéria, destacando-se as novidades que encontram-se dispostas nos incisos III, IV, V:

Artigo 927. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

[...]

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

(LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015)

Para se compreender a extensão da valoração dada ao sistema em comento, destaca-se ainda outros dispositivos do Novo CPC, que normatizam a observância aos precedentes vinculantes: Tutela de evidência com base em precedentes dos tribunais superiores (art. 311, II); a improcedência liminar do pedido, seguindo precedentes ou súmulas (art. 332, I a III); dispensa de remessa necessária em casos decididos através de precedentes (art. 496, §4º, I a III); dispensa de caução e execução provisória de decisão pautada em precedentes (art. 521, IV); possibilidade de decisão por parte do relator em atenção aos precedentes/súmulas (art. 932, IV e V e 955, I e II); vinculação à tese em assunção de competência (art. 947, §3º); vinculação à tese proferida em incidente de resolução de demandas

repetitivas firmada pelo STF (art. 1035, §3º, I e II), bem como a aplicação da tese retirada em repetitivo nos recursos que encontram-se sobrestados (art. 1.039).

Destaca-se o fato de que a própria legislação, conforme supramencionado, trouxe institutos capazes de ocasionar a formação de precedentes, destacam-se: Incidente de assunção de competência (art. 947), Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (art. 976), Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos (art. 1.036), e, por fim, a ampliação dos embargos de divergência, possibilitando o fundamento em divergência com outras decisões do órgão.

Quanto à formação de precedentes vinculantes em casos repetitivos, (Recursos Especiais e Extraordinários de idêntica controvérsia e IRDR), nesses casos a decisão prolatada no recurso representativo deve ser aplicada a todos os casos semelhantes, sendo que a decisão paradigma vincula os órgãos jurisdicionais sujeitos ao respectivo Tribunal e eventual desrespeito enseja o cabimento de reclamação.

Por outro lado a reclamação também é cabível caso órgãos inferiores ao Tribunal deixarem de observar e aplicar os precedentes firmados em assunção de competência, sendo que nesses casos o relator tem a possibilidade de propor que o caso

seja julgado pelo órgão colegiado indicado pelo regimento interno do respectivo Tribunal, e sua decisão vincula todos os magistrados e órgãos fracionados no mesmo âmbito.

Não se pode deixar de considerar que a legislação processual em vigor também prevê a possibilidade de afastamento da eficácia vinculante dos precedentes, nos seguintes casos: - quando não forem imprescindíveis para o resultado final; e - quando não houver menção pela maioria dos membros do determinado órgão julgador, mesmo que presente no acórdão. Destarte, terá efeito vinculante apenas argumentos essenciais, responsáveis por definirem a tese a ser aplicada, desde que aceitos pela maioria.

5. Da importância da compreensão do real poder dos precedentes

Deve-se apesar de toda dimensão dada a esse instituto, ter total cautela em sua aplicabilidade, sempre se pautando à lei, sob pena de grave transgressão, vez que de certo modo está se antecipando o julgamento de futuros casos, sendo o aspecto prospectivo pensado pela nova legislação, de certo modo,

equivocado. Destaca-se, nesse ínterim, a doutrina de Eduardo Lamy:

A decisão de um caso, mesmo que se trate de *idêntica questão de direito* (CPC, art. 985, II), sempre envolve um elemento criativo, porque o juiz não está somente declarando o direito, mas o construindo para um conjunto determinado de fatos perante aquele direito. Qualquer tentativa de antecipar esta construção de sentido falhará. (LAMY, EDUARDO. 2016, p.117).

Por fim, os precedentes com eficácia vinculante têm evidente relevância no atual sistema e o objetivo de garantir que casos iguais recebam as mesmas respostas (isonomia), conferindo em tese maior previsibilidade às decisões emanadas pelo judiciário, nos termos da lei. Todavia, os casos decididos sob essa nova perspectiva deverão ser levados aos futuros magistrados que dificilmente terão como se desvincular, impossibilitados de interpretar de modo diverso, em razão disso deve-se ter a mentalidade de que tal ferramenta deve ser utilizada com muita cautela e seu ideal poderá ser alvo de reanálise futuramente.

Destaca-se o panorama global do instituto para que se possa compreender a importância dessa reflexão: parte-se do julgamento de um único caso, já com o contraditório onde não se

pode haver surpresa para a formação, sendo que através da Causa Piloto, a instância superior formaria posteriormente o julgado que deverá ser aplicado em todos os casos considerados “idênticos”, presentes e futuros. Ou seja, trata-se de tentativa da lei de prever todas as hipóteses futuras de aplicação do julgado, bastando aos magistrados apenas analisar o caso, extrair dele o tema e aplicar o precedente, sem mais.

O desejo em instituir sistema onde a decisão passada será futuramente utilizada para o caso à época demanda extremo cuidado e cautela, bem como dedicação dos sujeitos do processo e também dos julgadores. Inclusive, esse trabalho de construção sobre discursos de aplicação não deve pertencer apenas ao julgador isoladamente, também deve ser feito com a ajuda das partes (pelo contraditório).

Nenhuma norma pode prever todas as hipóteses de sua aplicação, vez que é pensada para determinados casos e assim impossível de abarcar todas as situações hipotéticas em que podemos nos deparar em nossas vidas.

Dessa feita, devemos ter a preocupação de que tais técnicas processuais para formação de precedentes necessitam da correta abordagem para enfim conseguir a efetividade constitucional do processualismo. Caso não seja dessa forma,

infelizmente poderá se padronizar como forma pobre e quantitativa, podendo inclusive criando maiores problemas. Não se pode simplesmente reduzir a Jurisprudência a uma determinada isonomia forçada, com o objetivo de lograr êxito na solução quantitativa.

É notável que com tal ferramenta tenta-se abarcar a necessidade de duas vertentes. Para o Judiciário, é importante resgatar a imagem de guardião dos direitos fundamentais e garantias individuais do indivíduo, perdida ao longo dos anos, bem como seu prestígio no exercício do serviço público. Por outro lado, para o jurisdicionado, se tem como importante o sentimento de amparo em seus anseios, atendendo à sua confiança de que o judiciário lhe trará resultado justo, sem surpresas, na busca da pacificação social.

Em razão do iminente colapso do judiciário Brasileiro, vez que são elevados os gastos da sociedade para administração da demanda de massa, soluções a curto prazo não são foram o bastante. Assim, levando em consideração os fracassos e as configurações bem sucedidas do CPC/1973, é que o tratamento com as demandas repetitivas começou a se tornar uma das preocupações da Comissão responsável pela elaboração do Novo Código de Processo Civil.

Pois bem, o engessamento de tese jurídica que se mostram adequadas em determinado momento, podem perder sua qualidade no futuro e assim não ser útil para ninguém, nem ao menos ao Judiciário, que de certo modo estaria sendo contrário ao senso de Justiça, afrontando inclusive os preceitos constitucionais.

O que se é possível constatar após tal análise, é que a nova legislação processual civil tenta concretizar de modo efetivo os princípios da isonomia e segurança jurídica, isto no campo da jurisprudência. Todavia tal argumento esconde complexidade muito maior, isso porque a sociedade contemporânea é cada dia mais globalizada, vez que, por exemplo, atualmente é possível acessar uma quantidade gigantesca de informações que jamais se cogitaria há algum tempo.

Outro ponto interessante e que de certo modo é desafiador levantar tal argumento, é que a tentativa da legislação de vincular às decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, tornando obrigatório que os demais juízes e tribunais sejam obrigados a seguir determinado entendimento, mesmo que contrário à lei, poderia se considerar como inconstitucional. Isso porque pode-se considerar que a legislação processual modifica

competência jurisdicional, o que deveria ser feito apenas por emenda à constituição.

Como se pode notar, a nova legislação processual civil trás uma espécie de roteiro aos juízes e demais julgadores, para que possam aplicar corretamente os precedentes. Frise-se, não se trata da faculdade, mas sim de imperatividade. A princípio resta afastada a independência do juízo, retirando-se o livre convencimento do magistrado, isso porque havendo precedente sobre determinada questão, não resta ao juiz outra atitude ou apreciação diversa do direito ora discutido.

6. Considerações finais

Tomando por base o tema tratado no presente trabalho corroborado com a realidade do sistema processual Brasileiro, é evidente a urgência para a utilização de técnicas que reduzam o gasto do Poder Judiciário, bem como que promovam maior racionalidade na prestação jurisdicional. Para tanto, com a força dada aos precedentes vinculantes vai se buscar, em tese, a uniformização do entendimento das questões jurídicas controvertidas, contribuindo efetivamente para que a tutela

jurisdicional seja mais célere. Isso somente será descoberto no decorrer dos anos.

Destarte, os precedentes e sua vinculação são uma das grandes inovações dispostas no novo Código de Processo Civil, podendo ser visto inclusive como o mecanismo hábil a evitar excessiva dispersão jurisprudencial. Todavia se deve destacar que o ordenamento processual vigente já possui alguns institutos que tentaram diminuir a massificação dos litígios, os quais não obtiveram sucesso, não sendo o incidente uma aventura jurídica.

Do mesmo modo, é possível concluir que somente a partir da efetiva utilização do instituto é que será possível firmar entendimento sólido sobre sua aplicabilidade, tendo em vista a lacuna acerca do tema, vez que há divergência sobre sua eficácia ao longo dos anos, devido à força da vinculação. Entretanto pode-se afirmar que de fato trata-se de mecanismo criado tendo em vista a necessidade de racionalização e agilidade dos julgamentos, eliminando a vasta divergência jurisprudencial e alcançando isonomia.

Por fim, um questionamento fica sem resposta, a vinculação do magistrado aos precedentes retira sua liberdade para decidir acerca do tema, ficando limitado exclusivamente ao

precedente anteriormente formado? Realmente será necessário observar a aplicabilidade do presente instituto, para seja possível uma conclusão objetiva. Todavia deve ser levado em consideração, é merecedor de atenção.

Tendo em vista o tema tratado no presente trabalho corroborado com a realidade do sistema processual Brasileiro, é evidente a urgência para a utilização de técnicas que reduzam o gasto do Poder Judiciário, bem como que promovam maior racionalidade na prestação jurisdicional.

De fato a solução da maior parte dos problemas em massa é tratada é buscada com a interposição de demandas individuais repetitivas, entretanto se busca rápida e eficaz solução, o que não ocorre. Portanto, desse ponto é que surge a necessidade de se encontrar um meio de solução dos conflitos. Com a análise detalhada do Novo Código de Processo Civil, desde o anteprojeto até a versão final, é possível notar o reconhecimento ante a ineficácia do atual sistema em reduzir a quantidade de demandas repetitivas.

A legislação processual civil encontra-se não de hoje em constante mutação, isso na evidente tentativa de acompanhar às mudanças sociais, as quais de algum modo interferem na Justiça e no modo com o qual as pessoas buscam a concretização dos

direitos. Fatores como a instituição de novos direitos - como, por exemplo, pelo Código de defesa do consumidor – serviram para tornar o judiciário em símbolo do ideal de coletividade, passando-se a esperar muito mais à pacificação dos conflitos, resolvendo-se assim o maior número de controvérsias.

Nesse ínterim, tomando por base a necessidade de uma jurisdição previsível, estável e uniforme, onde a decisão independa única e exclusivamente da figura física do magistrado, é possível notar a grande preocupação do novo CPC com tais inserções, buscando a formação dos precedentes e sua correta observância, garantindo ao final a tão almejada eficácia jurisdicional.

Isso porque no âmbito jurídico nacional os precedentes buscam fornecer certeza aos jurisdicionados em casos polêmicos, pois não há segurança quando estamos diante da atual jurisprudência incerta.

Frise-se que a mencionada previsibilidade do resultado não acarreta a mumificação do Poder Judiciário, pelo fato de que as demandas referentes às questão de fato seguirão a serem decididas de acordo com o conjunto probatório constante dos autos. Não obstante os tribunais podem modificar seus precedentes, conforme já destacado, porém desde que seja

através de decisão fundamentada, como prevê a legislação processual em vigência.

A ampla adoção dos precedentes é um desafio ao judiciário e aos juristas no geral, pois argumenta com termos de pouca utilização até o momento, na tentativa de racionalizar os tribunais extremamente sobrecarregados, trazendo a tão almejada segurança jurídica, promovendo conseqüentemente à isonomia.

Por fim, é pacífico que os precedentes com eficácia vinculante são os mais relevantes do sistema e têm o objetivo de garantir que casos iguais recebam as mesmas respostas (isonomia), conferindo conseqüentemente maior previsibilidade às decisões emanadas pelo judiciário (segurança jurídica). Isso na teoria processual.

Todas as técnicas em torno dos precedentes, bem como sua atual valoração por parte da lei, devem servir para valorizar a celeridade processual, isonomia e segurança jurídica, além de aprimorar o sistema processual pátrio. Não se deve admitir que tal ferramenta seja responsável pelo engessamento da atuação interpretativa dos julgadores, sob pena de limitar o acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

LAMY, EDUARDO. Aspectos Polêmicos do Novo CPC. 1ª Edição. Florianópolis: Ed. Empório do Direito. 2016.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. 17. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme: Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012;

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Precedentes e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito brasileiro contemporâneo. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Direito jurisprudencial. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SANTOS. Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. Direito Jurisprudencial. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: Ed. RT. 2012.

A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 3(G) DA DEFINIÇÃO DE AGRESSÃO À LUZ DE CASOS DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

Taciano Scheidt Zimmermann^{2}*

Resumo: O artigo 3(g) da Definição de Agressão da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) (Resolução 3314/1974, XXIX) dispõe que é caracterizado como “ato de agressão” por parte de um Estado o “envio (...) de bandos ou de grupos armados, de forças irregulares ou de mercenários que pratiquem atos de força armada contra outro Estado”, ou o “envolvimento substancial” daquele Estado nas atividades do grupo enviado. É hipótese de agressão indireta, perpetrada por forças irregulares. A questão é importante pois a eventual determinação de um ataque armado indireto pode dar azo à invocação do direito à legítima defesa pelo Estado vítima. Assim, o propósito deste artigo é examinar de que modo a Corte Internacional de Justiça, em seus julgamentos, interpreta o artigo 3(g) da Definição de Agressão. O foco é posicionado sobre

^{2*} Mestre em Direito e Relações Internacionais pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Bacharel em Direito pela mesma Universidade. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional ‘Ius Gentium’ (UFSC/CNPq). E-mail: tacianoz@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8499729240523617>.

a natureza e o grau da relação que deve se estabelecer entre um Estado e um grupo armado para que esse Estado seja considerado agressor. Três julgamentos realizados pela Corte são analisados: Nicarágua vs. Estados Unidos da América (1986), (República Democrática do Congo vs. Uganda (2005) e Bósnia e Herzegovina vs. Sérvia e Montenegro (2007). O estudo discute, especialmente, o relacionamento entre o direito internacional do uso da força e o direito da responsabilidade internacional, bem como o significado concreto e o *status* jurídico atribuído pela Corte às expressões “envio” e “envolvimento substancial”, ambas presentes no texto do artigo 3(g). Ao final, sustenta-se que a Corte desenvolveu interpretação restritiva dos vínculos e critérios necessários para que uma atividade armada praticada por um grupo não-estatal seja atribuída ou imputada a um Estado e, nessa medida, configure uma violação ao artigo 3(g). Argumenta-se, ainda, que há problemas jurídicos importantes nesse domínio cuja resolução foi deixada em aberto pela Corte.

Palavras-chave: atores não-estatais; uso da força; agressão; legítima defesa; corte internacional de justiça.

Abstract: Article 3(g) of the Definition of Aggression of the General Assembly (Resolution 3314, XXIX) provides that “sending by [...] a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State”, or the “substantial involvement” of that State in the activities of the respective group, is characterized as an “act of aggression”. It is the case of indirect aggression, perpetrated by irregulars. The importance of the problem lies on the eventual determination of an armed attack by irregulars, a fact that can be use to justify the invocation of self-defence by the victim State. Therefore, the purpose of this article is to

investigate the interpretation of Article 3(g) of the Definition of Aggression by the International Court of Justice. The analysis focuses on the nature and the degree of the relationship that should be established between a State and an armed group in order that the State could be seen as an aggressor. Three judgments delivered by the Court are scrutinized: Nicaragua vs. United States of America (1986), Democratic Republic of the Congo vs. Uganda (2005) and Bosnia and Herzegovina vs. Serbia and Montenegro (2007). The study particularly discusses the relationship between the law of the use of force and the law of international responsibility, as well as the concrete meaning and the legal status attributed by the Court to the expressions “sending” and “substantial involvement”, both present in Article 3(g). Ultimately, it is argued that the Court has developed a restrictive interpretation of the links and criteria that are necessary for attributing or ascribing to a State an armed activity carried out by a non-state group and, consequently, for regarding the conduct of that State as a violation of Article 3(g). It is also pointed out that there are important legal problems in this domain that were left unsettled by the Court.

1. Introdução

Em 1974, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) adotou a Resolução 3314 (XXIX)³ sobre a

³ Disponível aqui: <https://www1.umn.edu/humanrts/instree/GAres3314.html>. Acesso em 6 dez 2016.

Definição de Agressão⁴, que foi pensada para servir como um guia ao Conselho de Segurança em sua tarefa de “determinar, de acordo com a Carta, a existência de um ato de agressão” (art. 4º). Muito embora ela tenha sido raramente utilizada para o seu propósito principal, o texto, ou ao menos algumas de suas disposições, mostrou-se significativamente relevante em alguns casos trazidos perante a Corte Internacional de Justiça. Esse foi o caso do artigo 3(g), o qual, desde o seu nascimento, desenvolveu sua própria história de interpretação pela Corte.

A Definição de Agressão foi estabelecida em uma combinação de um elemento abstrato de seu significado (art. 2º) com uma lista ilustrativa de atos (art. 3º) que poderiam, de acordo com aquela premissa abstrata, qualificar-se como atos de agressão. Entre esses atos, há o artigo 3(g), o qual afirma que “o

⁴ Sobre o conceito de agressão: GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*. 3 ed. New York: Oxford University Press, 2008; KLEIN, Pierre. *Le Droit International à l'Épreuve du Terrorisme. Recueil des Cours*, 2006. pp. 372-373; “Aggression is an old concept in international law meaning, in essence, State conduct that either initiates war against another State or brings about a situation in which the victim is (or may be) driven to war.” DINSTEIN, Yoram. *Aggression. Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Encyclopedia entries, 2009. Veja também: ZEMANEK, Karl. *Armed Attack. Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Encyclopedia entries, 2009; WESTRA, Joel. *International Law and the Use of Armed Force: The UN Charter and the major powers*. New York: Routledge, 2007; WRIGHT, Quincy. *The Concept of Aggression in International Law. The American Journal of International Law*. Vol. 29, No. 3 (Jul., 1935), pp. 373-395.

envio por ou em nome de um Estado de bandos armados, grupos, irregulares ou mercenários, os quais conduzem atos de força armada contra outro Estado de gravidade tal que se equipare aos atos listados acima [tais como invasão ou ataque, bombardeio, bloqueio de portos ou costas, etc.], ou seu envolvimento substancial em tais atos”, pode constituir um ato de agressão. Chegar a um consenso sobre essa provisão de caráter não estatal⁵ foi “uma das maiores dificuldades” (WILMSHURST, 2008, p. 2) do processo que culminou no estreitamento de algumas propostas anteriores a fim de “limitar o texto ao ‘envio’ de grupos organizados, em vez da organização e do apoio a eles” (*ibidem*).

Apesar das tentativas relativamente bem sucedidas acerca da restrição do texto aprovado, alguns dos termos sobre os quais houve consenso ainda eram de natureza aberta, tais como o “envio” ou o “envolvimento substancial”. Deixou-se aos juízes, portanto, a tarefa de interpretar e elucidar o significado

⁵ Sobre o conceito de “atores não estatais”: D’ASPROMONT, Jean (Ed.). *Participants in the International Legal System: Multiple perspectives on non-state actors in international law*. New York: Routledge, 2011; CLAPHAM, Andrew. *The Rights and Responsibilities of Armed Non-State Actors: The Legal Landscape & Issues Surrounding Engagement*. *Graduate Institute of International and Development Studies*. (February 1, 2010). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1569636>. Acesso em 6 dez 2016.

do artigo 3(g) à luz dos casos específicos⁶. Assim, aproximadamente quarenta anos depois da adoção da Resolução, o propósito da pesquisa ora apresentada é examinar de que modo a Corte Internacional de Justiça (CIJ) interpreta o artigo 3(g) da Definição de Agressão em seus julgados, especialmente no que diz respeito às condições necessárias para que um ato de agressão indireta seja verificado. O foco é posicionado sobre a natureza e o grau da relação que deve se estabelecer entre um Estado e um grupo armado que pratica um ataque para que esse Estado seja considerado agressor, nos termos da Resolução 3314 (XXIX) da Assembleia Geral.

A CIJ não teve muitas oportunidades em que pôde analisar especificamente a questão do uso da força envolvendo grupos armados não estatais. Por isso, apenas três julgamentos realizados pela Corte, que de algum modo podem ser utilizados na interpretação do referido dispositivo, são analisados neste trabalho: Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua (Nicarágua vs. Estados Unidos da América, 1986), Atividades Armadas no Território do Congo (República

⁶ GRAY, Christine. *The ICJ and the Use of Force*. In: TAMS et SLOAM (Org.). *The Development of International Law by the International Court of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Democrática do Congo vs. Uganda, 2005) e Aplicação da Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio (Bosnia e Herzegovina vs. Sérvia e Montenegro, 2007).

À guisa de hipótese, sustenta-se que a Corte apresenta histórico de interpretação restritiva dos vínculos e critérios necessários para que uma atividade armada praticada por um grupo não-estatal seja atribuída ou imputada ao Estado e, nessa medida, configure uma violação à Definição de Agressão da Assembleia Geral da ONU. Ao mesmo tempo, argumenta-se que há problemas jurídicos importantes nesse domínio cuja resolução foi deixada em aberto pela Corte nos julgados analisados.

2. A interpretação do artigo 3(g) no caso *Nicarágua* (1986)

Doze anos após a adoção da Definição de Agressão pela Assembleia Geral, a CIJ teve sua primeira oportunidade de interpretar o artigo 3(g) no seu julgamento de 1986 sobre o mérito do caso “Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua” (CORTE..., 1986)⁷. A questão relevante posta à

Corte, relacionada ao artigo 3(g), era o envolvimento dos Estados Unidos nas atividades paramilitares conduzidas pelos *contras* no território da Nicarágua e as consequências jurídicas derivadas dessa situação. Para responder à questão, uma abordagem dupla era necessária: primeiro, determinar se os atos dos *contras* eram atribuíveis aos Estados Unidos sob o direito da responsabilidade internacional e, segundo, determinar a responsabilidade dos Estados Unidos por seus próprios atos relacionados ao apoio que o país ofereceu aos rebeldes nicaraguenses e se essa conduta poderia ser considerada um ato de agressão sob o artigo 3(g).

Acerca do primeiro problema, a Corte separou a questão da atribuição aos Estados Unidos dos atos dos *contras* (violações ao direito internacional humanitário, por exemplo) da questão da responsabilidade dos Estados Unidos “por sua própria conduta *vis-à-vis* a Nicarágua, incluindo a conduta relacionada aos atos dos *contras*” (CORTE..., 1986, parágrafo 165), e considerou que, para que os Estados Unidos fossem responsabilizados pelas violações do direito internacional

of Nicaragua. Oxford: Greenwood, 2010. pp. 43-62; BARACCO, Luciano. *Nicaragua: The Imagining of a Nation. From Nineteenth-Century Liberals to Twentieth-Century Sandinistas*. New York: Algora Publishing, 2005. pp. 52-57.

⁷ Para uma contextualização histórica do caso: STATEN, Clifford L. *The History*
27

cometidas pelos *contras*, “seria necessário, em princípio, provar que o Estado detinha controle efetivo das operações militares ou paramilitares no curso das quais as alegadas violações haviam sido cometidas” (CORTE..., 1986, parágrafo 115). Assim, os juízes aplicaram um princípio de atribuição de conduta, que pertence às regras gerais da responsabilidade internacional, e o nível de envolvimento que deveria ser verificado para que essa atribuição ocorresse era o “controle efetivo” dos *contras* pelos Estados Unidos. A Corte concluiu que, à luz das provas disponíveis, o Estado não possuía o grau de controle suficiente (*controle efetivo*) sobre os insurgentes e, portanto, as violações cometidas pelos *contras* não poderiam ser atribuídas a ele.

Entretanto, acerca da segunda questão, i.e., o grau de envolvimento de um Estado com grupos armados que pode significar um ato de agressão ou um ataque armado, os critérios utilizados pela Corte foram aqueles estabelecidos no artigo 3(g), os quais serviriam para determinar a responsabilidade dos Estados Unidos por sua própria conduta em relação ao apoio oferecido a tais grupos e se esse apoio poderia ser considerado um ato de agressão. Nesse ponto, a Corte mencionou a Resolução 3314 (XXIX) (CORTE..., 1986, parágrafo 195):

[...] um ataque armado deve ser entendido como

incluindo não apenas ação por forças armadas regulares através de uma fronteira internacional, mas também “o envio por ou em nome de um Estado de bandos armados, grupos, irregulares ou mercenários, que praticam atos de força armada contra outro Estado de gravidade tal a ponto de serem equiparados” (inter alia) a um verdadeiro ataque armado conduzido por forças regulares, “ou seu envolvimento substancial na empreitada”. Essa descrição, contida no Artigo 3, parágrafo (g), da Definição de Agressão anexa à Resolução 3314 (XXIX) da Assembleia Geral, pode ser tomada como um reflexo do direito internacional costumeiro. A Corte não vê razão para negar que, no direito costumeiro, a proibição de ataques armados pode ser aplicada ao envio por um Estado de grupos armados ao território de outro Estado, se tal operação, por causa de sua escala e de seus efeitos, teria sido classificada como um ataque armado em vez de um mero incidente fronteiriço se tivesse sido conduzida por forças armadas regulares. Mas a Corte não acredita que o conceito de “ataque armado” inclua não apenas atos por grupos armados quando tais atos ocorram em uma escala significativa mas também assistência a rebeldes na forma de fornecimento de armas ou suporte logístico ou outro tipo de suporte. Tal assistência pode ser considerada uma ameaça ou uso da força, ou configurar uma intervenção nos assuntos internos ou externos de outros Estados.

Há duas afirmações importantes a serem feitas sobre esta passagem. A primeira é a de que a Corte reconheceu expressamente que o texto do artigo 3(g) da Resolução reflete o

direito consuetudinário⁸, uma conclusão bastante significativa, considerando-se a força jurídica que ela confere a um dispositivo de uma Resolução não vinculante da Assembleia Geral. A segunda, por sua vez, é a de que, apesar de conceder a possibilidade de um ataque armado ser praticado por uma entidade não estatal, a Corte excluiu do conceito de ataque armado o mero apoio de um Estado a um grupo armado.

De acordo com a Corte, era necessário distinguir as “as formas mais graves de uso da força (aquelas que constituem um ataque armado) de outras formas menos graves” (CORTE...,

⁸ Uma conclusão da qual Schwebel, o juiz americano, discordou: “The significance of the Definition of Aggression - or of any definition of aggression - should not be magnified. It is not a treaty text. It is a resolution of the General Assembly which rightly recognizes the supervening force of the United Nations Charter and the supervening authority in matters of aggression of the Security Council. The Definition has its conditions, its flaws, its ambiguities and uncertainties. It is open-ended. (...). At the same time, the Definition of Aggression is not a resolution of the General Assembly which purports to declare principles of customary international law not regulated by the United Nations Charter. The legal significance of such resolutions is controversial, a controversy which is not relevant for immediate purposes. This resolution rather is an interpretation by the General Assembly of the meaning of the provisions of the United Nations Charter governing the use of armed force - the use of armed force "in contravention of the Charter". As such, of itself it is significant. (...) In substance, however, the Court's Judgment - while affirming that the Definition of Aggression reflects customary international law - does dismiss both the import of the Definition of Aggression and the State practice and doctrine which on this paramount point is reflected by the Definition.” Opinião Dissidente do Juiz Schwebel. Julgamento do Mérito. ICJ Reports 1986. parágrafo 168.

1986, parágrafo 191). Ao final do julgamento, o fornecimento de armas e o apoio logístico cedido pelos Estados Unidos foram reconhecidos apenas como uma intervenção ilícita nos assuntos internos ou externos de outro Estado. De acordo com Dinstein, a Corte fez uma afirmação escorregadia (2009, p. 24) ao dizer que “não acreditava” que “a assistência a rebeldes na forma de apoio com armas ou logístico ou de outra natureza” pudesse ser qualificada como um ataque armado. Desse modo, estabeleceu-se que um Estado não poderia ser responsabilizado pelo cometimento de um ataque armado enquanto sua conduta se limita ao fornecimento de (qualquer tipo de) apoio a rebeldes.

O juiz Jennings contestou o *dictum* em seu voto dissidente e escreveu que a Corte “foi longe demais” (1986, p. 543) quando disse que o fornecimento de armas *aliado ao apoio logístico ou outro tipo de apoio* não pode ser um ataque armado. E concluiu: “se se acrescenta muito à expressão ‘outro tipo de apoio’, torna-se difícil de entender o que é que, além de um ataque direto pelas próprias forças de um Estado, não possa ser feito aparentemente sem uma resposta lícita na forma de legítima defesa coletiva [...]” (JENNINGS, 1986, p. 543)⁹.

⁹ Veja também: AREND, A. C.; BECK, Robert J. *International Law and the Use of Force: Beyond the U.N. Charter Paradigm*. New York: Routledge, 2013. p. 198.

A análise realizada pela Corte no julgamento do caso pareceu evitar, ainda, o uso do critério do “envolvimento substancial” do artigo 3(g). Assim, não ficou exatamente claro porque o grau de assistência fornecida pelos Estados Unidos aos *contras* não podia ser considerado – ou qual grau poderia ser considerado – um “envolvimento substancial” para o propósito do artigo 3(g). De acordo com Stone, ao qual o juiz Schwebel fez referência em seu voto dissidente, enquanto o artigo 3(g) “requer que tenha havido um ‘envio’ em direção ao Estado alvo, ele incrimina o Estado territorial não apenas quando ele realizou esse envio, mas também quando ele possuiu um ‘envolvimento substancial na situação’” (STONE, 1977, pp. 75-76).

Em suma, atentando-se a esses dois aspectos cruciais do julgamento, pode-se concluir que a Corte, apesar de ter reconhecido o *status* consuetudinário do artigo 3(g), adotou uma interpretação estrita do dispositivo, à medida que recorreu a uma expressão ampla (“outro tipo de suporte”) para referir-se ao que não poderia constituir um ataque armado sob o dispositivo, bem como tomou como parâmetro a distinção entre usos mais graves e menos graves da força, estabelecendo um critério rígido – e, para alguns, indevidamente rígido (AREND *et* BECK, 2013, p. 198) para a configuração de um ataque armado.

3. A interpretação do artigo 3(g) no caso *RDC vs. Uganda* (2005)

Esse segundo julgamento, entregue pela Corte em 2005, relacionava-se a atos de “agressão armada” alegadamente perpetrados por Uganda no território da República Democrática do Congo (RDC) (CORTE..., 2005, parágrafo 1). Uganda procurou justificar seu uso de força armada argumentando que estava agindo em legítima defesa. A Corte, portanto, deveria considerar esse argumento para decidir se os ataques realizados por Uganda no território da DRC violaram o artigo 2(4)¹⁰ da Carta das Nações Unidas. De acordo com o artigo 51¹¹, que resguarda a

¹⁰ “Artigo 2. A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios: [...] 4. Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas.”

¹¹ “Artigo 51. Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos Membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais.”

legítima defesa como exceção à proibição da força na Carta, um pré-requisito para o exercício do direito à legítima defesa é a ocorrência de um ataque armado. Entretanto, os “ataques armados” contra os quais Uganda sustentou ter agido em legítima defesa não vinham diretamente das forças armadas da RDC, mas de um grupo armado chamado “Forças Democráticas Aliadas” (FDA), que operava em território congolês. Esse fator demandaria uma interpretação do artigo 3(g) da Definição de Agressão.

A Corte haveria de responder se o governo da RDC havia *enviado* (ou se *envolvido substancialmente* na situação) as FDA para Uganda, onde essas forças perpetraram os respectivos ataques armados. Se isso pudesse ser provado, o argumento da legítima defesa poderia ser aceito, uma vez que o ataque armado poderia ser juridicamente conectado pelo artigo 3(g) ao ato de um Estado (a RDC). A Corte, porém, concluiu que, a despeito de alguns documentos apresentados por Uganda, não havia “prova satisfatória” do envolvimento da RDC nesses ataques e afirmou que “os ataques não partiram de bandos armados ou irregulares enviados pela RDC ou em seu nome, no sentido do artigo 3(g) da Resolução 3314 (XXIX) da Assembleia Geral” (CORTE..., 2005, parágrafo 146). De fato, a posição da Corte foi de que não havia

evidência suficiente para dizer que a RDC estava fornecendo qualquer forma de apoio às FDA.

Não obstante, é digno de nota que a Corte parece ter menosprezado o critério do “envolvimento substancial” presente no artigo 3(g), ao restringir sua interpretação apenas ao “envio” de grupos armados por um Estado, exatamente como ela já havia feito no caso *Nicarágua*. De uma certa perspectiva, esse fato pode ser visto como uma interpretação que igualou os dois critérios estabelecidos no artigo 3(g): “o envio por ou em nome de” teria o mesmo significado prático que o “envolvimento substancial”. Portanto, o artigo 3(g), “tendo sido interpretado restritivamente pela Corte, não admitiria muito menos que um verdadeiro envio” (TRAPP, 2015, p. 683). Com efeito, a Corte dificilmente evitaria a análise do critério pela segunda vez por uma falta de diligência. Parece, portanto, que o critério do “envolvimento substancial” não foi (bem) recebido pelo *case-law* da CIJ.

Outro aspecto é que, em sua Declaração, o juiz Koroma lembrou os casos *Nicarágua* e *Plataformas de Petróleo* (CORTE..., 2003) e destacou a visão da Corte sobre a diferenciação entre as formas mais graves do uso da força – ataques armados – e outras formas menos graves. Sua

declaração continha uma interpretação relevante dessa diferenciação. Ele afirmou que era “necessário distinguir entre o suporte maciço de um Estado a grupos armados, incluindo a autorização deliberada para acessarem seu território, e a permissão de um Estado para que esses grupos ajam contra outro Estado” (KOROMA, 2005, parágrafo 9). Assim, a primeira hipótese “poderia ser caracterizada como um ‘ataque armado’ no sentido do artigo 51” (*ibidem*), enquanto a segunda não. Sua Declaração, nesse sentido, pode ser uma sugestão sobre o que, sem ser um ataque direto, a Corte poderia eventualmente considerar como um ato de agressão em termos de fornecimento de apoio a rebeldes (*apoio maciço*). Entretanto, muito embora digna de ser notada, é necessário ter em mente que se trata apenas de uma opinião individual.

Além disso, outro tópico que não deve passar despercebido é o uso, pela Corte, da palavra “não-atribuível” enquanto interpretava o artigo 3(g) (CORTE..., 2005, parágrafo 146):

Os ataques não emanaram de bandos armados ou irregulares enviados pela RDC ou em nome da RDC, no sentido do artigo 3(g) da Resolução 3314 (XXIX) da Assembleia Geral sobre a definição de agressão, adotada em 14 de dezembro de 1974. A Corte é da visão de que, pela evidência trazida

perante si, mesmo se essa série de ataques pudesse ser considerada como de caráter cumulativo, elas ainda assim permaneceriam não-atribuíveis à RDC.

O uso dessa expressão pode levantar certas hesitações sobre o que parecia ter sido decidido no caso Nicarágua. Naquele julgamento, o problema da *atribuição* da conduta dos *contras* aos Estados Unidos havia sido devidamente separado da violação do direito pelos Estados Unidos por meio de sua própria conduta em relação ao apoio que ofereceu aos *contras* (o primeiro, um problema do direito da responsabilidade internacional¹² e o último, relacionado ao artigo 3(g)). Na passagem citada acima, porém, parece que o artigo 3(g) foi considerado uma norma de atribuição de conduta¹³. Essa é a razão pela qual Nicholas

¹² Conforme dispõe o artigo 8º do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Condutas Internacionalmente Ilícitas: “A conduta de uma pessoa ou um grupo de pessoas será considerada um ato de um Estado sob o direito internacional se a pessoa ou o grupo de pessoas está, de fato, agindo sob as instruções de, ou sob a direção ou o controle desse Estado enquanto realiza aquela conduta.”

¹³ Sobre o assunto: “(...) the ‘sending by or on behalf of a State of armed bands... or... substantial involvement therein’ in paragraph (g) must be interpreted as a *lex specialis* threshold for attributing the acts amounting to aggression carried out by the armed bands to the state sending them, thereby maintaining the Article 1 requirement that an act of aggression be a ‘use of armed force by a State’”. TRAPP, Kimberley N. Can Non-State Actors Mount an Armed Attack?. In: WELLER, Marc (Ed.). *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015. pp. 682-683. Veja também: MICHAEL, Brent. Responding to Attacks by Non-State

Tsagourias aponta para uma necessidade de melhor definir o relacionamento entre o direito internacional do uso da força e o direito da responsabilidade internacional (2011, p. 499):

É importante [...] elaborar mais acerca do relacionamento entre o direito da responsabilidade internacional e o direito sobre o uso da força. [...] O direito da responsabilidade dos Estados e o uso da força são regimes distintos com *racionales* diferentes; o primeiro é sobre as consequências jurídicas que exsurtem de violações de obrigações internacionais enquanto o último prescreve as condições para o uso lícito da força. Como resultado, o regime do uso da força aplica seu próprio conjunto de critérios para quando a força pode ser licitamente utilizada e contra quem, os quais são pertinentes a esse regime. Mesmo se o uso da força toma emprestado termos e conceitos do direito da responsabilidade internacional, esses empréstimos são interpretados no contexto dentro do qual eles se aplicam.

Embora amplamente teórica, a distinção permanece importante e pode ter efeitos práticos. O artigo 3(G) é uma regra que pertence ao regime do uso da força (regras primárias), que aplica seus próprios critérios para determinar “quando a força pode ser licitamente usada e contra quem”. Mesmo se alguns critérios possam ter sido tomados de empréstimo das normas

secundárias do regime de responsabilidade, isso não torna o artigo 3(g), necessariamente, uma norma de atribuição de conduta. É importante notar que o critério para a atribuição de atos para o propósito de responsabilização internacional (*controle efetivo*) é, em teoria, mais rígido que aquele requerido para a constituição de um ato de agressão sob o artigo 3(g) (*envio ou envolvimento substancial*).

Por isso, de um lado, para determinar a existência de um ato de agressão quando atos são perpetrados por uma entidade não estatal, o artigo 3(g) deverá ser analisado para considerar se há um Estado por trás desse grupo que o *enviou* ou que estava *substancialmente envolvido* na situação. Em caso afirmativo, haverá um ato de agressão perpetrado *pelo próprio Estado* através de seu *envio* ou de seu *envolvimento substancial*. De outro lado, quando o que está para ser determinado é a atribuição de *cada ato* de uma entidade não estatal a um Estado, seja atos que se traduzam em uma agressão ou não (como, por exemplo, violações ao direito internacional humanitário), então será necessário olhar para as regras de atribuição da responsabilidade internacional, especificamente para o teste do *controle efetivo* estabelecido nos casos Nicarágua e Genocídio (que será estudado adiante).

Actors: The Attribution Requirement of Self-Defence. *Australian International Law Journal*, vol. 16, 133. 2009.

Aqui, é importante esclarecer que, se um Estado exerce *controle efetivo* sobre um grupo, *todos os atos* desse grupo praticados sob controle do Estado, incluindo um ataque armado, podem ser atribuídos a esse Estado. Entretanto, se um Estado não detém *controle efetivo*, mas apenas *envia* o grupo ou se *envolve substancialmente* com um grupo que conduz um ataque armado, esse Estado somente seria responsável pelo seu próprio ato de agressão de acordo com o artigo 3(g), materializado em sua própria conduta de *enviar* ou *envolver-se substancialmente* com o grupo armado que praticou o ataque.

Olhando-se para o julgamento em questão, é possível observar que a Corte seguiu uma linha estrita de interpretação do artigo 3(g), evitando o reconhecimento de ato ilícito por parte do Estado através de um ato de agressão sem uma prova convincente de que o Estado havia efetivamente enviado ou detinha controle efetivo sobre a respectiva entidade não estatal. A interpretação da Corte, na realidade, tende a aproximar os critérios do artigo 3(g) do teste do *controle efetivo*, visualizado na responsabilidade internacional.

4. A interpretação do artigo 3(g) no caso *Genocídio (2007)*

Ainda que o artigo 3(g) não seja, em si, uma norma de atribuição, é indiscutível que deve ser interpretado “em relação às regras gerais da responsabilidade internacional” (CORTEN, 2010a, p. 21). Afinal, quando o critério mais rígido de atribuição é verificado (*controle efetivo*), todo ato do grupo controlado pelo Estado será atribuível a esse Estado e, conseqüentemente, um ataque armado praticado sob controle do Estado também será a ele atribuído. Em outras palavras, de um ponto de vista teórico, uma vez que o critério do controle efetivo esteja satisfeito (limite mais alto), não é necessário olhar para o artigo 3(g) (limite mais baixo) para concluir que um Estado que controla um grupo que praticou um ataque armado cometeu um ato de agressão. Nesse raciocínio reside a importância desse terceiro caso para o dispositivo sobre o qual este estudo se debruça.

O caso *Genocídio* (CORTE..., 2007) não dizia respeito a atos de agressão. Em vez disso, a discussão era sobre se, e sob quais critérios, o genocídio perpetrado em *Srebrenica* por um grupo armado (a *Republika Srpska*), que não era um órgão de um Estado, poderia ser atribuído à ex-República da Iugoslávia (ERI), devido ao seu alegado envolvimento na situação. A especial relevância desse caso deve-se ao fato de que ele aparentemente resolveu um imbróglio surgido entre a CIJ e o Tribunal Penal

Internacional para a ex-Iugoslávia (TPII) a respeito dos critérios de atribuição aplicáveis à conduta de entidades não estatais (CASSESE, 2007).

Em 1986, a CIJ havia estabelecido o teste do *controle efetivo* no caso Nicarágua para determinara a (não) atribuição dos atos dos *contras* aos Estados Unidos, como explicado anteriormente. O TPII, no caso *Tadic* (1995), ao decidir sobre a natureza (não) internacional de um conflito para fins de aplicação do direito internacional humanitário, baseou-se em um teste diferente, a saber, o *controle global (overall control)*, como critério determinante para a sua decisão. Na verdade, o TPII até reconheceu e aceitou o requisito do *controle efetivo*, mas apenas com relação a atos de indivíduos e não no caso de um grupo organizado ou uma unidade militar ou paramilitar, no qual um *controle global* deveria ser suficiente para propósito de atribuição de conduta¹⁴. Entretanto, a CIJ revisitou a questão em 2007 e rejeitou essa proposição.

No caso Genocídio (2007), a Corte se fundamentou no precedente da Nicarágua e decidiu que, para atribuir o genocídio

¹⁴ Conforme esclarece Antonio Cassese (2007, pp. 659-663), que também sugere que o teste do *controle global* pode ser útil em “avaliar juridicamente novas tendências no uso por Estados e Organizações Internacionais de Grupos Armados ou Unidades Militares” (p. 665).

perpetrado em *Srebrenica* pelo exército da *Republika Srpska* à ERI, deveria ser provado que esta última detinha *controle efetivo* sobre aquela¹⁵. Depois de ter cuidadosamente considerado o julgamento do caso *Tadic*, a Corte rejeitou a conclusão lá estabelecida. Para que a responsabilidade de um Estado pudesse emergir, a conexão entre o Estado e a conduta deveria ser suficientemente forte (CORTE..., 2007, p. 406):

[...] o teste “controle global” tem o principal defeito de ampliar o escopo da responsabilidade do Estado para muito além do princípio fundamental que governa o direito da responsabilidade internacional: um Estado é responsável apenas por sua própria conduta, ou seja, a conduta de pessoas agindo, sob qualquer fundamento, em seu nome. [...] Para além desses casos, a responsabilidade de um Estado pode se configurar por atos cometidos por pessoas ou grupos de pessoas – que não são órgãos estatais e nem se equiparam a eles – apenas se, partindo-se da premissa que esses atos são internacionalmente ilícitos, eles forem atribuíveis ao Estado sob a regra de direito costumeiro refletida no artigo 8º citado acima (parágrafo 398). Assim o é quando um órgão do Estado deu as instruções ou forneceu a direção de acordo com a qual os perpetradores do ato ilícito agiram ou onde ele exerceu controle efetivo sobre a ação durante a qual o ato ilícito foi cometido. Nesse sentido, o

¹⁵ Para mais detalhes: AZAROV, Valentina. Internationalisation and Attribution: The Tadic Analysis in the Genocide in Bosnia Case (2009). *University of Westminster School of Law Research Paper* No. 09-11. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2297629>. Acesso em 7 dez 2016.

teste do “controle global” é inviável, porque ele estica demais, quase a um ponto de ruptura, a conexão que deve existir entre a conduta de órgãos de um Estado e a sua responsabilidade internacional.

À luz do exposto, verifica-se que o julgamento sobre o *Genocídio*, de 2007, reafirmou a tendência da Corte de aplicar critérios estritos para a atribuição de atos no domínio da responsabilidade internacional. Portanto, se um Estado detém *controle efetivo* sobre um grupo armado que conduz um ataque armado contra outro Estado, esse ataque será atribuído àquele Estado o qual, por consequência, será responsável pela ação, e poderá ter de suportar em seu território as consequências do exercício de um direito à legítima defesa por parte do Estado prejudicado. Esse não será o caso, porém, se o grau de controle for menos estrito, tal como o critério do *controle global* aplicado no caso *Tadic* (1995).

Ainda, parece que essa forma de atribuição de conduta através do *controle efetivo* não recairia sob o artigo 3(g), o qual, como já afirmado, não é uma regra de atribuição. Em vez disso, esse ataque deverá ser considerado um ataque armado perpetrado pelo próprio Estado, de acordo com o artigo 8 do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados da

Comissão de Direito Internacional, e, como tal, seria considerado ilícito por se subsumir à proibição prevista nos outros parágrafos do artigo 3º da Resolução 3314 (XXIX), como uma agressão cometida pelo Estado, em si. Não obstante, interpretando essa resolução contra o pano de fundo desses casos e desses conceitos, deve-se admitir que a Corte dificilmente aceitaria que o critério do “envio” presente no artigo 3(g) significasse algo menos estrito que um “controle efetivo” do grupo enviado pelo Estado que o enviou. Provavelmente, essa é a razão pela qual o requisito do *envolvimento substancial*, apesar de ser parte do mesmo artigo, tem sido até agora solenemente preterido.

5. Considerações finais

Depois de quarenta anos da adoção da Resolução 3314 (XXIX) pela Assembleia Geral, a interpretação do artigo 3(g) – reconhecido como reflexo do direito costumeiro – pela Corte Internacional de Justiça clama por uma abordagem restritiva acerca do assunto. De fato, embora não seja uma norma de atribuição, a interpretação do artigo 3(g) tem sido associada ao

direito da responsabilidade internacional, cujos critérios exigem um entendimento estrito do referido dispositivo. Assim, quando se leem os testes de “envio” e “envolvimento substancial” positivados no artigo 3(g), deve-se manter em mente que, na prática, uma conexão mais forte do que a sugerida *a priori* por essas expressões – provavelmente o *controle efetivo* – deverá ser provada para que a norma possa ser aplicada.

Para além dessa conclusão geral, porém, algumas questões parecem permanecer em aberto. A primeira é a necessidade de esclarecer o relacionamento entre o artigo 3(g), isto é, uma regra do regime do uso da força, e as regras gerais do direito da responsabilidade internacional. A interpretação conjunta, sistêmica, realizada pela Corte pode tanto contribuir para a consolidação em separado das respectivas regras como pode fazer surgir uma névoa em suas mútuas implicações. Portanto, tomar emprestado os critérios do direito da responsabilidade internacional, especialmente das regras de atribuição de conduta, para propósitos de interpretação, não deveria afetar uma adequada compreensão da natureza do artigo 3(g), que não é – ou não deveria ser – uma norma de atribuição.

Ainda, há a questão de qual seria o grau de suporte

oferecido por um Estado a grupos armados, se é que algum, que poderia ser levado em conta para determinar a existência de um ato ilícito desse Estado sob o artigo 3(g) especificamente. O *case-law* da CIJ, muito embora se refira a essa questão, não joga luz o bastante sobre ela. Assim, o que pode ser dito nesse momento é que o grau exigido não é baixo, uma vez que mesmo o suprimento de armas em conjunto com apoio logístico não parece ser suficiente para uma tal conclusão sob o artigo 3(g). Na verdade, não está claro se há qualquer forma de suporte que, ausente o controle efetivo, poderia recair sob o escopo do artigo 3(g). O Estado teria provavelmente de estar envolvido de modo bastante próximo nos ataques armados perpetrados para que se considere que tenha violado o artigo 3(g), muito embora essa não pareça ser a conclusão que emerge da própria leitura do dispositivo.

Por fim, a falta de análise consistente do requisito do “envolvimento substancial” do artigo 3(g) deixa em aberto o problema de sua aplicabilidade e relevância. Malgrado a Corte tenha reconhecido o caráter costumeiro da norma inserta no referido dispositivo, parece não estar claro se esse critério, em específico, passou a ser considerado, na prática, como parte do direito costumeiro. Um exame mais detido da expressão teria

sido útil para clarificar sua adequada interpretação: se ela não carrega, de fato, nenhum *effet utile* – como o silêncio da Corte sugere –, possuindo o mesmo significado prático de “envio”, ou se ela deve ser considerada um critério separado de envolvimento para fins de se determinar a existência de um ato de agressão sob o artigo 3(g) – como o texto do dispositivo sugere. Nesse caso, porém, o som do silêncio parece mais alto.

6. Referências

AREND, A. C.; BECK, Robert J. *International Law and the Use of Force: Beyond the U.N. Charter Paradigm*. New York: Routledge, 2013.

AZAROV, Valentina. Internationalisation and Attribution: The Tadic Analysis in the Genocide in Bosnia Case. *University of Westminster School of Law Research Paper No. 09-11*, 2009.

BARACCO, Luciano. *Nicaragua: The Imagining of a Nation. From Nineteenth-Century Liberals to Twentieth-Century Sandinistas*. New York: Algora Publishing, 2005.

BOWETT, D.W. *Self-Defence in International Law*. Manchester: The University Press, 1958.

BROWNLIE, Ian. *International Law and the Use of Force by States*. Oxford: Clarendon Press, 1963.

CASSESE, Antonio. The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in the Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia. *The European Journal of International Law*, vol. 18, n. 4., 2007.

CLAPHAM, Andrew. The Rights and Responsibilities of Armed Non-State Actors: The Legal Landscape & Issues Surrounding Engagement. *Graduate Institute of International and Development Studies*, 2010.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Julgamento do mérito, 1986.

_____. *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*. Julgamento do mérito, 2003.

_____. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*. Julgamento do mérito, 2005.

_____. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. Julgamento do mérito, 2007.

CORTEN, Olivier. Self-Defence against Terrorists: What Can be Learned from Recent Practice (2005-2010)? *Kokusaiho Gaiko Zassi*, vol. 109, (*J Int'l L and Diplomacy*), 2010a.

_____. *The Law Against War*. Oxford: Hart Publishing, 2010b.

D'ASPREMONT, Jean (Ed.). *Participants in the International Legal System: Multiple perspectives on non-state actors in international*

law. New York: Routledge, 2011.

DINSTEIN, Yoram. Aggression. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Encyclopedia entries, 2009.

GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*. 3 ed. New York: Oxford University Press, 2008.

_____. The ICJ and the Use of Force. In: TAMS et SLOAM (Org.). *The Development of International Law by the International Court of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

JENNINGS, Robert. *Opinião dissidente apresentada no Caso "Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua" (Nicaragua v. United States of America)*, 1986.

KLEIN, Pierre. *Le Droit International à l'Épreuve du Terrorisme. Recueil des Cours*, 2006.

KOROMA. *Declaração apresentada no caso "Armed Activities on the Territory of the Congo" (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, 2005.

MICHAEL, Brent. Responding to Attacks by Non-State Actors: The Attribution Requirement of Self-Defence. *Australian International Law Journal*, 2009.

RUYS, Tom. *'Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter. Evolutions in Customary Law and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

SHAW, Malcolm. *International Law*. 6 ed. New York: Cambridge

University Press, 2008.

STATEN, Clifford L. *The History of Nicaragua*. Oxford: Greenwood, 2010.

STONE, Julius. *Conflict Through Consensus*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1977.

TRAPP, Kimberley N. Can Non-State Actors Mount an Armed Attack?. In: WELLER, Marc (Ed.). *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015. pp. 682-683.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. Câmara de julgamento, *Tadić*. Julgamento de 10 de agosto de 1995.

TSAGOURIAS, Nicholas. Non-state actors in international peace and security: non-state actors and the use of force. In: D'ASPREMONT, Jean (Ed.). *Participants in the International Legal System: Multiple perspectives on non-state actors in international law*. New York: Routledge, 2011.

WESTRA, Joel. *International Law and the Use of Armed Force: The UN Charter and the major powers*. New York: Routledge, 2007.

WILMHURST, Elizabeth. *Definition of Aggression. United Nations Audiovisual Library of International Law*. United Nations, 2008.

WRIGHT, Quincy. The Concept of Aggression in International Law. *The American Journal of International Law*, vol. 29, n. 3,

1935. pp. 373-395.

ZEMANEK, Karl. Armed Attack. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Encyclopedia entries, 2009.

A MÁ CONSERVAÇÃO DAS VIAS PÚBLICAS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DECORRENTE DE ACIDENTES COM PARTICULARES

Mateus Stallivieri da Costa^{16}*

Resumo: O presente artigo trata-se de uma revisão bibliográfica acerca da Responsabilidade Civil do Estado em acidentes com particulares ocorridos na via pública. Através do método dedutivo, a pesquisa busca responder se é possível indenização por parte do estado nos acidentes na via pública, além de qual a teoria da responsabilidade civil adequada. Para o embasamento teórico, a pesquisa levantou diferentes materiais acadêmicos encontrados sobre o assunto específico, procurando na prática forense correspondentes práticos em julgados recentes (2010 - 2016) permitindo exemplificações reais das teorias levantadas. Dentro do levantamento, se encontrou um vasto rol de fatos geradores da responsabilidade civil do estado dentro do tema pesquisado, acompanhando não apenas o entendimento acadêmico e doutrinário, como também a jurisprudência pesquisada, predominando amplamente a aplicação, já consolidada pelo Supremo Tribunal de Justiça, da Teoria Objetiva dos atos comissivos do estado e Subjetiva dos atos

^{16*} Mateus Stallivieri da Costa. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduando do Curso de Direito Noturno. mateusstallivieri@gmail.com. <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4973144T8>

omissivos. Se percebeu também ao longo da pesquisa a existência uma linha doutrinária alternativa, ainda que tímida na atividade prática, que defenda a ampla responsabilização do estado, quase que desenvolvendo uma espécie de segurador universal do cidadão. Com os resultados o artigo atingiu o objetivo inicial, delimitando alguns dos mais relevantes casos de responsabilização do estado em acidentes na via pública, e permitindo um acompanhamento relevante da jurisprudência existente.

Palavras Chaves: RESPONSABILIDADE CIVIL; ACIDENTES; INDENIZAÇÃO; TEORIA DO RISCO; VIA PÚBLICA;

Abstract: This article is a review of the literature on Civil Liability in accidents with individuals occurring on public roads. Through deductive reasoning, the research seeks to answer if it is possible compensation by the state in accidents on track publishes, in addition to which the theory of liability suited. For the theoretical foundation, the research has raised various academic materials found on the subject, seeking in forensic practice corresponding practical in judged recent (2010 - 2016) allowing actual examples of the theories raised. Within the survey, met a wide array of facts giving rise to the civil liability of the state within the topic researched, following not only the academic understanding and doctrinal but also the jurisprudence investigated, predominantly widely the application, now well established by the Supreme Court of Justice, by the name of Objective Theory of State offensive acts and Subjective Theory of State default acts. We also realized throughout the research the existence a line doctrinaire alternative, even though timid in practical activity, which defends the broad accountability of the state, almost developing

a kind of universal insurer of the citizen. With the results the article reached the initial goal, defining some of the most relevant cases of accountability of the state in accident on track publishes, and allowing a relevant monitoring of .

1. Introdução

O presente artigo trata-se de uma revisão bibliografia acerca do tema da responsabilidade civil do Estado, com enfoque na responsabilização por parte do mesmo nos casos de acidentes envolvendo a falta de conservação da via pública. Não se tem como objetivo um amplo destrincheamento das diferentes teorias e doutrinas que envolvem vastidão acadêmica do instituto, mas sim o levantamento do pensamento mais moderna, com sustentação na atual jurisprudência dos tribunais quanto ao caso específico que envolve a pesquisa.

Como problema central do artigo temos a possibilidade da má conservação da via pública ser geradora de responsabilidade do estado em casos de acidentes envolvendo os usuários. De forma acessória se tornou inevitável aprofundar quanto aos institutos presentes na Responsabilidade Civil do Estado, a atual teoria aplicada e os possíveis excludentes de responsabilidade existentes. Dentro da atividade omissiva do

estado, também foi preciso a definição das diferenças cruciais existentes entre a comissão e omissão, assim como o entendimento atual dos tribunais superiores brasileiros.

Adentrando no tema específico, se elaborou uma revisão quanto a legislação aplicável, assim como a definição conceitual do conceito de via pública. Para se chegar a um entendimento mais didático quanto a responsabilidade do estado no caso em revisão, foi elaborado uma divisão temática quanto às inúmeras formas possivelmente geradoras da responsabilização estatal por danos gerados pela má conservação da pista. Assim se parte existência de buracos, objetos ou falhas físicas, para a ausência de iluminação ou placas de trânsito, presença de animais silvestres até a forma com que se dá a relação material e processual entre o Estado e eventual terceiro envolvido além da vítima.

2. A Responsabilidade Civil do Estado

Antes de adentrar nas especificidades relativas a Responsabilidade Civil do Estado, se torna essencial a imposição de pequenos marcos teóricos e conceitos do instituto da

responsabilidade civil, assim permitindo o andamento da análise específica do presente artigo. Diversos são os autores que já esboçaram conceitos relativos ao tema, não havendo de início nenhum grande prejuízo a escolha de um em detrimento de outro. Partindo de René Savatier (apud PEDREIRA, 2016, p.12) encontramos a definição: *"La responsabilité civile est l'obligation qui peut incomber à une personne de réparer le dommage causé à autrui par son fait, ou par le fait des personnes ou de chose dépendant d'elle"*¹⁷

Partindo desse conceito clássico, se conclui que a responsabilidade civil surge da existência de um dano, conceito este dividido por Sérgio Cavalieri Filho em dois diferentes grupos. Para o autor seriam o Dano Emergente o "desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima; será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que ele tinha antes e depois do ato ilícito"(2005, p. 97) . Por outro lado, o Lucro Cessante estaria encontrado na "[...] frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da

vítima, [...], como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado" (2005, p. 97).

Prosseguindo com o conceito de Savatier, chega-se que esse dano precisa ser causado por alguém, seja diretamente ou por fato de pessoa ou coisa que dele dependem. Ocorre que no caso específico da responsabilidade do estado, se trata de um ente imaterial, uma ficção jurídica que soma diversos aspectos não somente patrimoniais, mas também naturais e imateriais. Nesse aspecto ensina Carvalho Filho (2008, p. 501) que: "como pessoa jurídica que é, o Estado não pode causar qualquer dano a ninguém. Sua atuação, na realidade, se consubstancia por seus agentes, pessoas físicas capazes de manifestar vontade real". Assim quando se fala em responsabilidade do estado, ao se falar da pessoa causadora do dano na verdade se procura o agente público causador, sendo que este sim a ele representa como agente ativo da obrigação.

O elo existente entre o dano e o agente recebe o nome de Nexos de Causalidade. Para Cavalheri Filho "É necessário que o ato [...] seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o quê a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato"(2005, p. 70). E o autor prossegue dizendo que "A ideia fundamental da doutrina é a de

¹⁷ "A responsabilidade civil é a obrigação que pode ser imposta a uma pessoa de reparar um dano causado por outrem por fato seu ou fato de pessoa ou coisa dele dependentes" (Tradução Livre).

que só há uma relação de causalidade adequada entre fato e dano quando o ato ilícito praticado pelo agente seja de molde a provocar o dano sofrido pela vítima, segundo o curso normal das coisas e a experiência comum da vida" (2005, p. 73)

Dessa forma, excluída a causalidade entre a ação do agente e o dano, inexistente a responsabilidade civil. Quanto as excludentes de responsabilidade a doutrina costuma tratar de 4 especificamente, a Culpa Exclusiva da Vítima, Fato Exclusivo de Terceiro o Caso Fortuito ou Força Maior e no âmbito contratual, que acaba por não ser relevante no estudo em tela, a Clausula de Não indenizar.

Carvalho Filho descreve culpa exclusiva da vítima ou fato exclusivo da vítima como a ocorrência em que o lesado tenha sido o único a causar o próprio dano, não existindo nenhum outro agente responsável pelo dano que não o próprio (2008, p. 504-505). Quanto ao caso fortuito e a força maior, inúmeras foram as tentativas doutrinárias de afastar e concretizar os dois conceitos, sendo essa discussão irrelevante para a matéria do presente artigo, pois segundo Fernando Noronha "qualquer critério que se adote, a distinção nunca terá consequências práticas: os autores são unânimes em frisar que juridicamente os efeitos são sempre os mesmos" (2003, p. 631). Basta então no

momento definir como uma força imprevisível, ou se previsível impossível de se evitar, geralmente causada pela natureza e que excluiu a responsabilidade de indenizar por parte do agente (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 91).

Por fim o Fato Exclusivo de Terceiro, assim como a Culpa/Fato Exclusivo da Vítima ocorre quando o agente não interferiu na ação causadora do dano, sendo neste caso o responsável um terceiro que não o agente ou a vítima. [...] não raro, acontece que o ato de terceiro é a causa exclusiva do evento, afastando qualquer relação de Causalidade entre a conduta do autor aparente e a vítima (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 90).

Terminados as considerações e aprofundamentos quanto ao conceito de Responsabilidade Civil de Savatier, se torna necessário partir para uma análise mais específica, adentrando assim dentro das características próprias da Responsabilidade Civil do Estado. Importante salientar que diversas são as teorias que tratam na Responsabilidade Civil do Estado sendo a construção atual existente fruto de uma evolução histórica e de alterações surgidas de um processo de construção delongado.

No surgir do estado moderno não podia se falar em responsabilidade civil por parte do estado, pois "A ideia de uma

responsabilidade pecuniária da Administração era considerada como um entrave perigoso à execução de seus serviços” (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 24). Segundo Alexandre de Moraes:

Nesse primeiro momento histórico, o Estado era irresponsável pelos danos que causasse aos particulares, no exercício das funções estatais. Observa-se, porém, que mesmo nesses casos não ficavam os indivíduos a descoberto de qualquer proteção, pois haveria possibilidade de responsabilização individual dos agentes públicos que, atuando com dolo ou culpa, acarretassem dano a outrem. Ressalta-se, porém, que a responsabilidade existiria em nome próprio e não como prepostos do Estado. (2007, p. 249).

Esse primeiro momento ficou marcado então pela Teoria da Irresponsabilidade do Estado. Ocorre que o surgimento dos movimentos Republicanos e Constitucionalistas, através da inclusão dos princípios nas cartas magnas, a fixação de uma estrutura de separação de poderes acabou por trazer uma maior condição de igualdade entre os cidadãos e o Estado (MOREIRA, 2005, p. 421). Desse movimento começam a surgir as Teorias Civilistas, em um primeiro momento separando a responsabilidade do estado nos atos de império e nos atos de gestão:

Os primeiros seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes; os segundos seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração do particular, aplica-se a ambos o direito comum. (DI PIETRO, 2008, p. 608-609.)

Ocorre que a evolução teórica ainda apresentava dificuldade no direito do particular exigir reparação do estado pois “essa forma de atenuação da antiga teoria da irresponsabilidade do Estado provocou grande inconformismo entre as vítimas de atos estatais, porque na prática nem sempre era fácil distinguir se o ato era de império ou de gestão”. (CARVALHO FILHO, 2008, p. 494.)

Ainda segundo Carvalho Filho, atenuando ainda mais a irresponsabilidade do estado, a chamada Teoria da Culpa Civil decretou que “O Estado respondia quando funcionário seu, atuando no exercício da função, procedia de modo culposos, por

negligência, imprudência ou imperícia"(2008, 495). Ocorre que, segundo Mirelles, mesmo assim essa evolução não se mostrava suficiente, pois

[...] não se pode equiparar o Estado, com seu poder e seus privilégios administrativos, ao particular, despido de autoridade e de prerrogativas públicas. Tornaram-se, por isso, inaplicáveis em sua pureza os princípios subjetivos da culpa civil para a responsabilização da Administração pelos danos causados aos administrados. (MEIRELLES, 2009, p.656)

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro a evolução da Teoria da Culpa Civil veio a partir do Caso Blanco, na França em 1873, em que uma menina foi atropelada por um vagão e o judiciário aceitou o pedido de indenização do pai no tribunal administrativo Francês, que condenou o estado com base na argumentação de que a fundamentação deveria estar alinhada com os preceitos do direito público, inaugurado assim as Teorias Publicistas da Responsabilidade do Estado (2008, p. 611).

Segundo a Administrativista, de início a teoria publicista aplicada tinha como base o *faute du servisse publique*, baseada na culpa da administração pública. O entendimento da época era de que se o serviço funcionou mal ou nem sequer chegou a

funcionar ocorreria a culpa ou acidente administrativo, gerando assim culpa do estado, independente de apreciação da culpa do funcionário responsável (DI PIETRO, 2008, p 610.). Apesar disso o Estado ainda se encontrava em posição superior em relação ao particular, que nem sempre tinha como comprovar a falta do serviço e assim garantir sua indenização.

“Diante disso, passou-se a considerar que, por ser mais poderoso, o Estado teria que arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades: à maior quantidade de poderes haveria de corresponder um risco maior. Surge, então, a *teoria do risco administrativo*, como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado.” (CARVALHO FILHO, 2008, p 496).

A Responsabilidade Subjetiva exige que seja comprovado Culpa Lato Sensu por parte do agente, que engloba além do Dolo, a culpa Stricto Sensu (Negligência, Imprudência ou Imperícia). Sendo a Responsabilidade Objetiva a que exige apenas a existência de nexo de causalidade entre a ação do agente e o dano, não exigindo assim a culpa (TARTUCE. 2014, pg. 618.). No

Brasil desde 1946¹⁸ já temos como positivado constitucionalmente a Teoria do Risco Administrativo e porventura a adoção da Responsabilidade Objetiva nos atos da administração, conforme o artigo 194, ‘as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros’. Pelo parágrafo único, ‘cabem-lhes a ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”

Hoje a teoria é consagrada no artigo 37 da Constituição de 1988, em que se encontra no parágrafo § 6º: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

Ocorre que assim como a Responsabilidade Civil do Estado possui especificidades relacionadas a Responsabilidade Civil como instituto geral, a Responsabilidade Civil do Estado por Omissão também possui características próprias. Assim, após a

¹⁸ Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso 13/10/2016.

breve introdução, se torna necessário adentrar nessas características da responsabilidade por fato omissivo do estado, podendo só então trabalhar o objeto do artigo, que é a responsabilidade do estado em acidentes em vias públicas devido a má preservação da pista.

3. Responsabilidade Civil do Estado por Omissão

Conforme já introduzido, a Responsabilidade Civil do Estado por omissão tem algumas características próprias que a diferenciam da responsabilidade comissiva. Primeiramente se torna fundamental delimitar um conceito de omissão, para Stoco “a omissão é uma conduta negativa. Surge porque alguém não realizou determinada ação quando deveria fazê-lo. A sua essência está propriamente em não se ter agido de determinada forma” (STOCO, 2007, p. 130.). Para Cavalheri:

“A omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem *dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado*, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo” (2005, p. 48).

Dessa forma se percebe que nem toda omissão do estado pode onerar o erário público através da Responsabilidade Civil. De fato, é impossível que o estado previna toda e qualquer ação que venha gerar um dano a um cidadão sobre sua tutela. Essa conclusão chega de forma fácil quando tratamos da análise por meio de exemplos. Que a segurança é função estatal não se questiona, mas uma breve constatação pragmática revela que é simplesmente impossível o estado proteger todo e qualquer cidadão de eventual ameaça, pois seria simplesmente impossível vincular agentes em todos os lugares em todos os momentos. Assim a Teoria do Risco Administrativo e a Responsabilidade Objetiva passaram a encontrar problemas quando se tratava da omissão do estado, surgindo assim a teoria da responsabilidade subjetiva na omissão do estado.

A Teoria da Responsabilidade Subjetiva do Estado por Omissão é defendida pela maioria da doutrina nacional, inclusive por Cavalheri Filho e Celso Antônio Bandeira de Melo, conforme segue:

[...] é que, em princípio, cumpre ao Estado prover a todos os interesses da coletividade. Ante qualquer evento lesivo causado por terceiro, como um assalto em via pública, uma enchente qualquer, uma agressão sofrida em

local público, o lesado poderia sempre arguir que o ‘serviço não funcionou’. A admitir-se responsabilidade objetiva nestas hipóteses, o Estado estaria erigido em segurador universal! Razoável que responda pela lesão patrimonial da vítima de um assalto se agentes policiais relapsos assistiram à ocorrência inertes e desinteressados ou se, alertados a tempo de evitá-lo, omitiram-se na adoção de providências cautelares. Razoável que o Estado responda por danos oriundos de uma enchente se as galerias pluviais e os bueiros de escoamento das águas estavam entupidos ou sujos, propiciando o acúmulo de água. Nestas situações, sim, terá havido descumprimento do dever legal na adoção de providências obrigatórias. Faltando, entretanto, este cunho de injuridicidade, que advém do dolo, ou culpa tipificada na negligência, na imprudência ou na imperícia, não há cogitar de responsabilidade pública. (2007, pg. 979).

O Superior Tribunal de Justiça tem acatado a teoria subjetiva, como se percebe no recente julgado do STJ e de relatoria do Ministro Humberto Martins¹⁹: "Nos termos da jurisprudência do STJ, a responsabilidade civil do estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma,

¹⁹Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25104721/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-501507-rj-2014-0084541-6-stj/inteiro-teor-25104722>. Acesso 13/10/16

comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo causal entre ambos". Seguiram o entendimento também as decisões: REsp 1230155/PR²⁰, REsp 888420/MG²¹ e AgRg no Ag 1014339/MS²².

Supridas as abordagens gerais, se torna então possível partir para a análise específica do caso concreto e da responsabilidade no caso da má conservação das vias públicas.

4. A Responsabilidade Civil do Estado por Má Conservação nas Vias Públicas.

²⁰Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24199735/recurso-especial-resp-1230155-pr-2011-0002730-3-stj/relatorio-e-voto-24199737>. Acesso 13/10/16

²¹Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4281695/recurso-especial-resp-888420-mg-2006-0200995-6/inteiro-teor-101632140>. Acesso 13/10/16

²²Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/814505/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1014339-ms-2008-0030132-5/inteiro-teor-100510476>. Acesso 13/10/16

O conceito de via pública pode ser retirado da Lei 9.503 de 1997 conhecida como Código de Trânsito Brasileiro²³, que em seu artigo 2º conceitua:

Art. 2º: São vias terrestres urbanas e rurais as ruas, as avenidas, os logradouros, os caminhos, as passagens, as estradas e as rodovias, que terão seu uso regulamentado pelo órgão ou entidade com circunscrição sobre elas, de acordo com as peculiaridades locais e as circunstâncias especiais

Parágrafo único: Para os efeitos deste Código, são consideradas vias terrestres as praias abertas à circulação pública e as vias internas pertencentes aos condomínios constituídos por unidades autônomas.

Duas considerações iniciais precisam ser feitas de imediato. Primeiramente que o sentido dado pelo parágrafo único objetiva a manutenção das regras de orientação do trânsito também nos espaços citados, não sendo relevante para o estudo as praias e as vias internas pertencentes a condomínios.

A questão da responsabilidade civil do estado, no entanto, perde a sua razão de existir. Ora, se a via se apresenta num condomínio

²³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm. Acesso dia 13/10/16

fechado, sendo este o responsável pela sua manutenção, a responsabilidade estatal inexistente pelo simples fato de este não compor o sujeito ativo. Já em relação às praias, somente haverá relevância quando esta estiver – excepcionalmente – sendo utilizada como via terrestre. (MINATO, 2010, p. 67)

Em ato contínuo, a menção do artigo segundo corresponde às vias em que exista exclusivamente transporte rodoviário, tendo em vista a vigência do Decreto nº 2.089, de 28 de janeiro de 1963, que aprova o regulamento para segurança, tráfego e polícia das estradas de ferro²⁴

Como forma de regulamentação do artigo 37 parágrafo 6º da Constituição Federal, o Código de Trânsito Brasileiro expressa em seu artigo 1º § 3º:

Os órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito respondem, no âmbito das respectivas competências, objetivamente, por danos causados aos cidadãos em virtude de ação, omissão ou erro na execução e manutenção de programas, projetos e serviços que garantam o exercício do direito do trânsito seguro.

Percebesse que o texto legislativo optou por escolher a teoria objetiva da responsabilidade do estado no que toca a

omissão, em consonância com o texto constitucional existente a época, pois a lei é de 1963. Conforme anteriormente destacado, essa escolha não altera de forma alguma o entendimento prático dos julgados, inclusive pelo fato do STJ ter reiteradamente indicado que a teoria correta do texto constitucional aplicável seria a teoria Subjetiva.

Por fim, por má conservação será entendida como todo estado que fuja da naturalidade do uso da via, tanto relacionado ao seu aspecto interno, como buracos, poças, má sinalização, até a presença de agentes externos que prejudiquem a circulação normal do usuário, como a ocorrência de assaltos, presença de animais silvestres, ou ausência de fiscalização. Importante se torna a ressalva de Caroline Moreira:

Em todas as hipóteses, haverá necessidade de que reste evidenciado o efetivo nexo de causalidade entre o fato administrativo da manutenção e sinalização das vias públicas e os danos decorrentes de acidentes de trânsito ali localizados. Não bastará, para tanto, que haja apenas conexão ou relação genérica entre o dano e a via pública em condições insatisfatórias de trafegabilidade; será preciso, ao contrário, que essa inadequação da via tenha sido causa determinante da produção do evento lesivo, no sentido em que a lesão dali resultante não se teria

²⁴ Decreto nº 2.089, de 28 de janeiro de 1963. Disponível em

concretizado não fosse a referida inadequação. (2003, p. 48.)

Tendo em vista os conceitos gerais, parte-se então para a análise ponto por ponto, buscando adentrar as especificidades existentes.

4.1 Responsabilidade do Estado pela Existência de Buracos ou objetos na Via Pública

Edmir Netto de Araújo descreve que nas hipóteses onde não se pode identificar um agente que tenha praticado um ato danoso ou até mesmo se omitido de praticar algum dever, gerando prejuízos decorrentes da não prestação de alguma atividade do estado, estaríamos confrontando uma possibilidade de Responsabilidade Inominada do Estado (2010 pg. 791). Seguindo os ensinamentos de Araujo, Ana Maria Pedreira, em tese de doutorado apresentada a USP disserta:

Também é comum o fato de veículos, trafegando em vias publicas, perderem a direção, em decorrência de defeitos da pista [...]. A falta de grades de proteção nas estradas, nas pontes, ou em lugares perigosos, a ausência de sinalização adequada indicando

valas, buracos ou deformidades na pista que oferecem perigo aos administrados, se configuram em graves omissões da Administração Pública, que tem dever jurídico de garantir o bem estar, segurança e tranquilidade dos membros da sociedade.

O dever de indenizar um prejuízo suportado está fundado no principio da solidariedade social, segundo o qual todos arcam com o ônus da lesão sofrida por um dos membros do grupo. Ao administrado bastará apenas e tão somente demonstrar que a atividade estatal ou a sua omissão na construção, manutenção ou conservação de equipamentos públicos foi ensejadora de resultado danoso. (PEDREIRA, 2015, p 173)

As lições de Ana Maria Pedreira revelam por uma responsabilização do estado em caso de objetos ou buracos existentes na pista. A jurisprudência contemporânea também tem assumido essa postura, não apenas nos tribunais inferiores como também nos tribunais superiores, isso quando afastadas as possibilidades de excludentes de responsabilidade.

Em Santa Catarina o desembargador Cláudio Barreto Dutra condenou o estado ao pagamento de indenização na Apelação Cível de número 2008.066131-4. Segundo o desembargador:

[...] restou demonstrado pela oitiva de testemunhas que a via pública encontra-se em mau estado de conservação e em péssimas condições de trafegabilidade, não havendo que se falar, inclusive, em culpa exclusiva da vítima, uma vez que transitava em baixa velocidade, em um dia de boa visibilidade, tendo o acidente sido causado tão somente em decorrência da depressão na pista²⁵.

Em sentido semelhante, também em Santa Catarina na Apelação Cível de número 2011.062605-9²⁶, o estado restou por ser condenado pela não retirada de "um monte de areia" colocado por agentes municipais na pista de rolamento. Segundo o Desembargador Jaime Ramos o estado deveria "zelar pela conservação da via pública, retirando a areia espalhada ou, imediatamente, colocando sinalização de advertência que prevenisse o motorista.

²⁵Disponível em <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18417204/apelacao-civel-ac-661314-sc-2008066131-4/inteiro-teor-18417205>. Acesso 13/10/16

²⁶Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/29520898/pg-115-diario-de-justica-do-estado-de-santa-catarina-djsc-de-11-08-2011>. Acesso 13/10/16

Quando ao transito de pedestres nas calçadas, o Superior Tribunal de Justiça entendeu no REsp 474.986/SP²⁷ de 2003, que "Compete-lhe (ao estado) assegurar o trânsito de pedestres nas vias urbanas, responsabilizando-se, no caso, por não garantir a segurança na via pública", condenando assim o estado por um acidente envolvendo um bueiro com tampa solta. Em sentido igual condenou o TJSC na Apelação Cível número 2010.019985-8 o estado após motoqueiro sofrer acidente em decorrência de buraco na pista.

Tema diverso e também de apreciação comum ao judiciário é o caso de árvores que despencam ao longo da via publica. Quanto ao tema, José Aguiar Dias elucidada:

Para reconhecer-se a presunção de guarda, não é necessário que a coisa produtora do dano contenha vícios inerentes a sua natureza, de forma a originar o evento. Essa responsabilidade é atinente à obrigação de guarda e não à coisa em si mesma. De forma que, tratando-se de dano causado pela queda de uma árvore, não há indagar se ela estava, ou não, atacada de vício capaz de determinar a queda. [...] A simples queda da árvore, desacompanhada de qualquer outra

²⁷Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15941870/recurso-especial-resp-1185226-rj-2010-0047757-6>. Acesso 13/10/16

circunstância, não pode ser considerada consequência de caso fortuito ou força maior. [...] o dono da árvore responde pelos danos resultantes da obstrução de tubos de canalização e pelas folhas caídas dessa árvore (DIAS, 2011 p. 626).

As lições de Aguiar dias levam a duas conclusões importantes. Primeiramente, se nota que a responsabilidade no caso de árvore pertencente a particular gerando danos a terceiros, tem como responsabilidade justamente o detentor do poder de guarda, no caso o dono do terreno, que não poderá alegar excludente de responsabilidade independentemente da árvore não apresentar qualquer vício aparente. Nesse sentido cita-se a APL 01607159120128190001²⁸ que envolve queda de árvore em imóvel vizinho e a Apelação Cível: AC 70055037410 RS²⁹ em que a árvore de terreno particular caiu na via causando danos a um veículo estacionado, tendo a desembargadora Maria Claudia Cachapuz desobrigado o estado ao pagamento de qualquer indenização.

²⁸ Disponível em <http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117626293/apelacao-apl-1607159120128190001-rj-0160715-9120128190001>. Acesso 13/10/16

²⁹ Disponível em <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/220450579/apelacao-civel-ac-70055037410-rs>. Acesso 13/10/16

Como segundo ponto retirado da lição do tratadista, se conclui que o estado estará obrigado a indenizar o usuário por acidentes envolvendo árvores e galhos que venham a cair na via pública. A simples alegação de ausência de vício aparente não ensejará caso fortuito ou força maior, mantendo assim a obrigação do estado. Nesse sentido cita-se a Apelação Cível : AC 70051009009³⁰ em que o desembargador Tasso Caubi Soares Delabary transcreve:

Considerando a responsabilidade do demandado pela fiscalização e poda das árvores localizadas nas vias públicas do município, bem como não logrando comprovar as alegações de caso fortuito e de força maior, deve ser condenado a reparar os danos materiais reclamados.

4.2 Responsabilidade do Estado por Falta de Iluminação ou sinalização na Via Pública

Por sinalização se entende, para efeitos do presente artigo "um conjunto de sinais de trânsito e dispositivos de

³⁰ Disponível em <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112693438/apelacao-civel-ac-70051009009-rs>. Acesso 13/10/16

segurança colocados na via pública com o objetivo de garantir sua utilização adequada, possibilitando melhor fluidez no trânsito e maior segurança dos veículos e pedestres que nela circulam³¹", mas para fins meramente estruturais e acadêmicos, também será elaborado uma análise quanto aos semáforos dentro do presente tópico.

Cristiano Chaves de Farias, Felipe Neto e Nelson Rosenvald quanto ao assunto ensinam que:

Eventualmente, os danos podem ser conectados ao Estado, por falhas nos serviços de trânsito. Se, por exemplo, dois ou mais carros colidem porque o sinal de trânsito estava sem funcionar, ou funcionou de modo defeituosos (sinalizando verde para todos), o dever de indenizar transfere-se ao estado. (2016, p. 944)

É imprescindível relembrar que o simples não funcionamento do semáforo não induz automaticamente a condenação do estado, é essencial a demonstração de nexo de causalidade entre o evento danoso e o não funcionamento do aparelho. Nesse sentido o STJ já negou indenização quando provocado, conforme se retira deste trecho do RECURSO

³¹ Disponível em http://www.detran.se.gov.br/educ_sinal.asp. Acesso 13/10/16

ESPECIAL Nº 537.373 - SP³²: " O Tribunal a quo foi explícito em afirmar que o acidente não decorreu em virtude de defeito no sinal de trânsito, mas sim da ausência do dever de cuidado da outra condutora, que, "mesmo diante de um semáforo apagado, ingressou **no cruzamento sem qualquer cautela**"(Grifo Nosso). Importante salientar que por força da Súmula 7³³ do mesmo tribunal é vetado recurso especial com a simples pretensão de reexame probatório pelo STJ, restando assim por demonstrado os elementos probatórios nas decisões anteriores. Quando afastados a culpa do próprio condutor, os tribunais têm se mostrados inclinados a aceitar a responsabilização do estado por defeitos ou mal funcionamento dos semáforos. Nesse sentido segue a APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº

³²Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9557/recurso-especial-resp-537373/inteiro-teor-100018894>. Acesso 13/10/16

³³Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf. Acesso 13/10/16

2004.72.05.000737-3/SC³⁴, APL 13474778 PR 1347477-8 (Acórdão)³⁵ e TJ-RS - Recurso Cível : 71005593074 RS³⁶.

Em sentido diferente é a responsabilização do estado por ausência de sinalização de trânsito, tanto que sinalizem lombadas/quebra-molas, curvas acentuadas ou cruzamentos. De mais complicada se torna a responsabilização do estado nesses casos, pois dificilmente o dano ocorreria na existência das medidas adequadas por parte do usuário. Na TJ-RS - Apelação Cível : AC 70043277656 RS³⁷ o impetrante teve negado o direito de indenização contra o estado após alegar a visibilidade comprometida da placa de sinalização por parte de uma árvore. Segundo a desembargadora Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout existiam "Circunstâncias indicando que o condutor do

veículo não tomara a cautela exigível segundo as regras de trânsito."

Por outro lado, também é exigido pelo Código de Trânsito Brasileiro, Norma Técnica 02.27-B e Resolução nº 160, de 22.04.04, do CONTRAN a sinalização de obras ou alterações corriqueiras no trânsito. Reforçando esse entendimento o TJMG condenou prestadora de serviço público na ação TJ-MG - Agravo de Instrumento-Cv: AI 10024140137845001 MG³⁸ pela falta de sinalização, assim como APL 06006132920138040001³⁹.

Seguindo no mesmo sentido, na Apelação Cível número 2010.084373-1⁴⁰ de relatoria do desembargador Cid Goulart o estado foi condenado por queda de uma ponte de madeira, sendo o seguinte teor:

Constatando-se que a ponte onde ocorreu o acidente não apresentava as mínimas condições de segurança para o tráfego de veículos, tampouco sinalização orientando os motorista acerca do limite máximo de peso,

³⁴Disponível em: <http://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18555675/apelacao-reexame-necessario-apelreex-737-sc-20047205000737-3-trf4/inteiro-teor-18555678>. Acesso 13/10/16

³⁵Disponível em : <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/248824146/apelacao-apl-13474778-pr-1347477-8-acordao>. Acesso 13/10/16

³⁶Disponível em : <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310880987/recurso-civel-71005593074-rs/inteiro-teor-310881002>. Acesso 13/10/16

³⁷Disponível em : <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/151310423/apelacao-civel-ac-70043277656-rs>

³⁸ <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/220904936/agravo-de-instrumento-cv-ai-10024140137845001-mg/inteiro-teor-220905028>. Acesso 13/10/16

³⁹ <http://tj-am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/165417578/apelacao-apl-6006132920138040001-am-0600613-2920138040001>. Acesso 13/10/16

⁴⁰ <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20042077/apelacao-civel-ac-843731-sc-2010084373-1/inteiro-teor-2006375>. Acesso 13/10/16

consoante se extrai das provas trazidas, perfeitamente configurado o nexos de causalidade entre a omissão do Município de não tomar as providências cabíveis no intuito de zelar pela segurança e integridade física dos munícipes, e o dano sofrido pelo autor, cabendo àquele proceder o ressarcimento dos danos materiais causados.

Por mais que de vigência cada vez menos relevante, José Aguiar Dias dedica trecho de sua obra para a avaliação de acidentes ocorridos em passagens de nível, cabível no ponto analisado. A passagem de nível é o cruzamento entre a via pública e a passagem férrea, geralmente sinalizado com um semáforo ou uma cancela. Se baseando em uma decisão de 1943⁴¹, Aguiar Dias sustenta que "a adoção de medidas idôneas para garantir a segurança do trânsito é objetivo que a estrada tem o dever de perseguir, independente da atuação das autoridades administrativas e, como é lógico, sem esperar pelas suas advertências ou intimações" (DIAS, 2011 pg. 601)

4.3 Responsabilidade do Estado por Acidentes Causados por Animais na Pista

⁴¹ Ac de 10/08/1942, no Rec. Extr. Nº 5;828, no Diário da Justiça de 14/01/1943.

Em um primeiro momento é preciso diferenciar as duas possibilidades de acidentes causados por animais na pista. Pode existir no caso concreto o acidente causado por animal silvestre que transitava ao decorrer da via, gerando assim o acidente, ou até mesmo um animal de terceiro que em fuga, passeio ou por negligência venha a atravessar a via pública causando acidente.

O Código Civil de 2002 prevê em seu artigo 936: "o dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior, adotando assim a teoria da responsabilidade objetiva. São assim excludentes de responsabilidade do dono do animal o fato exclusivo da vítima ou o caso fortuito/força maior. Quanto ao segundo excludente, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal apresentam entendimento diferente:

Haverá razoabilidade em deixar que a vítima arque sozinha com os custos do ataque por animal alheio? [...] Adequado nos parece, na espécie, à luz da teoria do risco, ainda que mitigada, ao dono ou detentor do animal. Isso porque, se houve força maior (tempestade ou raio que atingiu o portão), isentando formalmente o dono do animal, com muito maior razão estará a vítima, que não assumiu os riscos de criar animal [...], sem absurdo

lógico e valorativo de sofrer sozinha os revezes [...]. (2016, pg. 588)

Assim no caso de acidentes causados por animais domésticos, entendem que a responsabilidade é do dono mas **não afastada a responsabilidade do estado**, tendo em vista ser o mesmo responsável pela fiscalização e manutenção da via pública, gerando responsabilidade solidário ou subsidiária a depender da configuração fática do dano.

Por outro lado, no caso de acidentes envolvendo animais silvestres duas são as possibilidades segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, sendo a primeira a responsabilização do estado e a segunda a irresponsabilidade no caso de sinalização sobre a presença de animais:

As circunstâncias é que definirão a responsabilidade. Se, digamos, havia placas de sinalização, frequentes e claras, dando conta da existência de animais na pista, é intuitivo que a maior cautela se exige o motorista, que não poderá, em seu favor, alegar surpresa. Se a sinalização apontava a existência de animais, dificilmente se conseguirá responsabilizar o Estado pelos danos, a menos que intervenham circunstâncias excepcionais. A responsabilidade do dono do animal, no entanto, não fica afastada pela existência de placas. (2016, pg. 589)

O Resp. 1.247.453 ⁴² trata da morte de uma criança em acidente de carro envolvendo animais da pista e a respectiva condenação do Estado ao pagamento de indenização:

“Comprovada nos autos a consumação do dano, a existência de omissão estatal em fiscalizar a rodovia estadual com trânsito de animais e o vínculo causal entre o evento danoso e o comportamento estatal requisitos cumulativos geradores da responsabilidade civil do Estado”

Por outro lado, o REsp 573.260 ⁴³ de relatoria do ministro Aldir Passarinho Junior trata da morte de motociclista ao transitar rodovia pedagiada e sofrer acidente envolvendo animal silvestre. No entendimento do relator se aplicaria o Código de Defesa do Consumidor, obrigando a concessionária a arcar com as obrigações e indenizações relativas ao fato.

⁴²Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21853782/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1247453-ms-2011-0070753-0-stj/inteiro-teor-21853783>. Acesso 13/10/16.

⁴³Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5703790/recurso-especial-esp-573260-rs-2003-0127231-3/relatorio-e-voto-11862803>. Acesso 13/10/16.

4.4 Responsabilidade do Estado decorrente da Omissão na Fiscalização Policial nas vias públicas

Sérgio Cavalieri Filho trabalha com a ideia de fiscalização policial para explicar sobre as diferenças entre a teoria objetiva e a teoria subjetiva do estado. No exemplo dado pelo autor se fala de caso em que a patrulha rodoviária não impede de trafegar motorista visivelmente embriagado, vindo o mesmo a causar acidente posterior. Para o autor, dentro dessa realidade, se encontra presente uma atuação "abaixo do esperado" por parte da administração pública, justificando a responsabilização do estado através da aplicação da teoria do acidente administrativo. Em sentido diverso, no caso de o motorista não apresentar sinais de embriaguez e esconder a bebida em local de difícil acesso, tornaria a atividade muito além da qual se espera da administração pública, não existindo assim a possibilidade da responsabilização. (2005, p. 261)

De tema mais complexo seria a análise do acidente envolvendo motorista inabilitado e a responsabilização do estado. Em um primeiro instante, parece natural a responsabilização do estado no caso de blitz sem apreensão do veículo que posteriormente e envolve em acidente, não sendo o

motorista habilitado. Ocorre seria a ausência de habilitação presunção de culpa absoluta, gerando de imediato a culpabilidade do motorista? Segundo Chaves "A Jurisprudência vem entendendo que não, frisando que a ausência de habilitação para condução de veículos, considerada isoladamente, não autoriza a presunção de culpa exclusiva da vítima, para fins de exclusão do dever de indenizar"

Assim, por mais que dever do estado em fiscalizar a existência de habilitação do motorista, a simples inabilitação não funciona como nexos causal ou presunção de culpa do fato gerador do dano, assim não podendo nesses casos o estado ser responsabilizado, a menos que comprovado do fato de imperícia completa do motorista, caso em que o mesmo será responsabilizado assim como o estado.

Ainda dentro do tema da habilitação de trânsito, Wilson Melo da Silva trata da responsabilidade do estado no caso de obtenção fraudulenta da habilitação:

"Se se lograr provar, inequívoca e irretorquivelmente, que a obtenção da carteira do infeliz motorista foi obtida à custa de fraude, de compra, prestígio pessoal, de desonestidade ou coisa assemelhada, a responsabilidade seria **exclusivamente** da administração pública do Estado, caso não se

enxergue, aí, uma solidariedade no ilícito entre o Estado, através de prepostos, e o próprio autor do desastre" (Grifo Nosso) (1988, p.240)

Ou seja, para o autor a responsabilidade do Estado também está na manutenção do fluxo saudável de motoristas na via pública, assim sendo de sua responsabilidade a emissão de habilitações que restrinjam os dotados de imperícia de circulação, gerando na ausência desse filtro a responsabilidade estatal.

Quanto a violência causada por terceiros, Dieter Grimm observa uma tendência cada vez maior de solidarização, aproximando assim o estado de um segurador universal. Para o autor: "A função geral de garantir segurança, atribuída ao estado, foi convertida em obrigação constitucional específica quando se tornou visível que as condições para a manutenção da liberdade individual estavam mudando" (apud SOUZA, 2007, p. 157-160) Seguindo linha parecida Chaves, Rosenvald e Netto ressaltam que:

Começam a surgir, na jurisprudência, julgados que simbolizam bem essa linha evolutiva [...]. O STJ confirmou acórdão do TJ/BA que responsabilizou o estado por assassinato de menor dentro do transporte coletivo. [...]. (STJ),

AgRg no REsp 1.297. 938, Rel. Min. Campbell Marques, 2ªT., DJ 17.4.2013)

4.7 Responsabilidade Civil do Estado pela Guarda de Veículos e incidentes na Zona Azul

O Brasil é um país com elevados índices de automóveis individuais, existindo 4 carros para cada habitante⁴⁴. Dessa forma, se torna de extrema relevância estudo acerca da Responsabilidade Civil no que toca a guarda desses veículos, até porque a existência dessa prestação de serviço se torna atrativo por vez crucial para a realização de determinado atendimento ou até mesmo realização de tarefas específicas.

Por força do artigo 14 do código de defesa do consumidor, serão responsabilizados sem culpa (objetivamente), as empresas fornecedoras de serviço de guarda de veículos, os estacionamentos, sendo inclusive nulas as cláusulas de irresponsabilidade ou de não indenizar (Artigos 51 e 25 do CDC). A Jurisprudência Superior tratou de estender esse entendimento também para as empresas que exploram de forma

⁴⁴<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2014/03/com-aumento-da-frota-pais-tem-1-automovel-para-cada-4-habitantes.html>. Acesso 02/11/2016

indireta os estacionamento, seja por meio de cobrança do uso ou não, por meio da súmula 130: "A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículos ocorrido em seu estacionamento".

Tomando os ensinamentos de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald se constata que:

A ausência de cobrança não descaracteriza a relação de consumo que continua sendo onerosa em outros aspectos e continua a impor ao fornecedor de serviços os riscos do negócio, (os planos de milhagem das companhias aéreas, por exemplo, são "gratuitos", e o CDC continua lhes sendo aplicável).[...] tampouco é necessário que a vítima tenha adquirido produtos ou serviços do estabelecimento comercial em questão. (2016, p. 855).

Dessa forma, o ente público responderá de forma objetiva pelos automóveis que estiverem em sua guarda quando o mesmo for prestador de serviço público remunerado ou de serviço mediante a contraprestação financeira, caso o contrário a matéria não seria aplicável conforme o Código de Defesa do Consumidor, precisando se buscar entendimento diverso. (Chaves, Rosenvald, Netto, pg. 856). Por outro lado, caso ocorra o serviço de *Valet*, em que o poder público terceiriza o serviço

mediante cobrança de determinado valor, segundo os autores haverá solidariedade passiva entre o poder público e a empresa prestadora do serviço.

No caso de bancos, sendo do interesse do estudo especificamente os públicos, a jurisprudência tem aceito o direito de indenização em caso de assaltos não apenas dentro do estabelecimento, mas também no estacionamento dos mesmos, mesmo que o usuário não tenha utilizado do serviço de guarda de automóvel⁴⁵. Apesar disso, esse dever de guarda não seria estendido para além do estacionamento, envolvendo assim as vias públicas, estando desonerado de pagamento o ente público (Chaves, Rosenvald, Netto, 2016 pg. p 850).

Outra temática relevante para o estudo é a Responsabilidade Civil decorrente da chamada "Zona Azul", dessa vez mais próxima com o objeto da pesquisa, justamente por serem guardas de automóveis justamente na via pública. As zonas azuis consistem de um sistema de cobrança por estacionamento dentro das vias públicas, gerando assim além da receita uma rotatividade entre os usuários. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam que teria o estado o dever de

⁴⁵<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.3:acordao;resp:2012-12-11;1284962-1244721>. Acesso 02/11/2016

prestar segurança das áreas franqueadas, tendo como fundamentação de que se foi movido/contratado efetivo para garantir a fiscalização do não pagamento, também é possível garantir a segurança do automóvel (2016, p 858)

Nesse sentido a jurisprudência tem se movimentado no sentido de que caso o serviço seja prestado por meio de concessão, cabe responsabilidade subsidiária do estado em relação ao prestador (REsp 1.135.927/MG)⁴⁶. Corroborando com Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, diversa decisão tem ido no sentido da Responsabilização do Estado, tanto pela equiparação com estabelecimentos privados e aplicação do CDC (Apelação Cível n. 70036483592 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁴⁷), como pela responsabilidade omissiva

⁴⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL. PODER CONCEDENTE. CABIMENTO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.927 - MG. Recorrente: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Virgínia da Conceição Moraes e outros. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15941695/recurso-especial-esp-1135927-mg-2009-0073229-6/inteiro-teor-16835002>. Acesso dia 02/11/2016.

⁴⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. FURTO DE VEÍCULO EM VIA PÚBLICA. Apelação Cível n. 70036483592. Apelante Jorgelino Justin e Apelado Município de Porto Alegre. Porto Alegre, 20 de janeiro de 2012. Diário da Justiça Eletrônico de 29/02/12.

(Apelação Cível n. 2007.033068-1 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina⁴⁸).

5. Conclusão

Apesar do vasto material e das diferentes correntes doutrinárias, acadêmicas e jurisprudenciais, foi possível através da pesquisa de revisão bibliográfica traçar um perfil do entendimento jurídico brasileiro acerca da responsabilização do estado no caso de acidentes na via pública.

Os tribunais brasileiros cada vez mais aparentam por responsabilizar o estado de forma mais incisiva, tornando o mesmo, decisão após decisão mais assemelhado a um segurador universal de direitos dos usuários de serviços públicos e detentores de direitos constitucionais. No caso específico não é diferente, encarregando a doutrina de assegurar a ampla reparação nos mais diferentes casos encontrados dentro do material revisado. Apesar dessa tendência, ainda é preciso

⁴⁸ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2007.033068-1/SC. Relator: Des. Francisco Oliveira Filho. Diário da Justiça Eletrônico de 06/02/2008.

relembrar que o país não adota a Teoria do Risco Integral, em que a responsabilidade ocorre independente donexo causal.

Dentro dos casos específicos, é notável o comportamento jurisprudencial no sentido de afastar a indenização estatal nos casos de culpa da vítima, não responsabilizando o estado por omissões de difícil ou até mesmo impossível realização, ou que o estado tenha de forma clara e reintegrada alertado a vítima quanto aos possíveis efeitos.

Por ser um tema amplo, com diversas variáveis e possibilidades, a pesquisa inevitavelmente acabaria por selecionar exemplos e situações específicas, restando por fragilizado uma possível visão geral sobre o tema, por mais que nunca proposta pela pesquisa.

Se conclui que a responsabilização do estado por acidentes em vias públicas não só é possível doutrinariamente como constantemente reiterada dentro da jurisprudência nacional, inclusive com uma tendência evolutiva de maior responsabilização por parte dos tribunais, sempre ressalvados as ocasiões de fato exclusivo da vítima e de reiterado alerta por parte do ente estatal.

REFERENCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso dia 09/10/2016.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso dia 09/10/2016.

BRASIL. Decreto nº 2.089, de 28 de janeiro de 1963. Aprova o Regulamento de Segurança, Tráfego e Polícia das Estradas de Ferro. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decmin/1960-1969/decretodoconselhodeministros-2089-18-janeiro-1963-351966-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso dia: 09/10/2016.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil Brasileiro. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso dia 02/11/2016.

BRASIL. Lei 9.503 de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm. Acesso dia: 09/10/2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 21ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008

DIAS, José Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 12ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2011.

FARIAS, Cristiano Cavez. Rosenvald, Nelso. NETO, Felipe Peixoto. Curso de Direito Civil 3 - Responsabilidade Civil. 3ª Edição. São Paulo: Editora JusPodivm. 2016.

GIRARDI, JOEL. A Responsabilidade Civil do Estado em Casos de Furtos de Veículos Estacionados nas Zonas Azuis. 27 de Julho de 2013. Trabalho de Conclusão de Curso. 74 folhas. Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/responsabilidade-civil-do-estado-por-furtos-de-ve%C3%ADculos-automotores-estacionados-na-zona-az>. Acesso dia 09/10/2016.

GRIMM, Dieter. A função protetiva do estado. Trad. Eduardo Mendonça. In: Souza, Claudio Pereira de; SARMENTO. Daniel. A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2007.

GRIMM, Dieter. A Função Protetiva do Estado. Trad. Eduardo Mendonça. aput Souza, Claudio Pereira de; SARMENTO. Daniel. A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2007 p 157 – 160.

Mello, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores. 2007.

MINATO, OTAVIO. Responsabilidade Civil do Estado em casos de acidentes provocados pela má conservação da via pública – entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 9 de Dezembro de 2011. 87 folhas. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em:

www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/monografia_otavio_minatto.pdf

MOREIRA, Caroline. A responsabilidade civil do Estado pelas condições de trafegabilidade das vias públicas. Florianópolis: UFSC : 2003. 69 p. Monografia (graduada em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2003. Orientador(es): ROSA, Leilane Mendonça Zavarizi da.

MOREIRA, João Batista Gomes. Direito Administrativo: Da rigidez autoritária à flexibilidade democrática. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações. 2ª ED. São Paulo: Saraiva. 2003.

PEDREIRA, Ana Maria. Responsabilidade do Estado por Omissão. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2016.

SAVATIER, René. Traité de la responsabilité civile em droit français. Paris: R. Picho net R. Durand Auzias, 1951, t. 1.

SILVA, Wilson Melo da. Responsabilidade Civil Automobilística. São Paulo: Saraiva, 1988.

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência. 7ª Ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, São Paulo. 2007.

TARTUCE, Flavio. Manual de Direito Civil: Volume Único. 4ª ED. São Paulo: Editora Método. 2014.

**A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PERANTE
CORTES NACIONAIS: O CASO MÃES DE SREBRENICA
V. HOLANDA E ONU**

Fernanda Ruy e Silva^{49*}

Resumo: O presente trabalho busca analisar de que maneira as cortes nacionais tratam os casos relativos a condutas internacionalmente ilícitas cometidas pela Organização das Nações Unidas no âmbito de suas operações de paz. Para tanto, a pesquisa baseia-se especificamente no julgamento do caso *Mães de Srebrenica v. Holanda e ONU*, em que uma associação formada por parentes das vítimas do massacre de Srebrenica buscou, perante as cortes holandesas, reparação civil pelos danos perpetrados tanto pelas Nações Unidas quanto pela Holanda. Em um primeiro momento, o ensaio examinará o contexto histórico dos fatos que originaram o litígio entre as partes perante as cortes holandesas. Após, serão analisadas as possíveis limitações práticas que podem surgir de demandas propostas contra organizações internacionais, levando-se em consideração as imunidades e os privilégios de que gozam a ONU. Em um terceiro momento, o presente ensaio aborda as possíveis

alternativas legais para os requerentes em ações que tenham, em seu polo passivo, organizações internacionais, ante as limitações práticas ora apresentadas. Por fim, o estudo compreende que a ausência de alternativas para a responsabilização da Organização das Nações Unidas vai de encontro aos preceitos estabelecidos no artigo 6º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e no artigo 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, os quais prescrevem que a todos os cidadãos deve ser conferido o direito de acesso à justiça.

Palavras-chave: cortes nacionais; caso Mães de Srebrenica v. Holanda e ONU; Organização das Nações Unidas; imunidades e privilégios da ONU; acesso à justiça.

Abstract: The present essay seeks to analyze how the national courts deal with cases based on internationally wrongful acts committed by the United Nations in the context of its peacekeeping operations. In doing so, the research is specifically based on the judgment of the Mothers of Srebrenica v. The Netherlands and the United Nations, in which an association formed by relatives of the victims of the Srebrenica massacre sought civil reparations from the Dutch courts for damages from both the United Nations and the Netherlands. Firstly, the essay will examine the historical context of the facts that gave rise to the litigation between the parties before the Dutch courts. After that, it will explore the potential practical limitations that may arise from lawsuits against international organizations, taking into account the immunities and privileges enjoyed by the UN. Then, the present research discusses the possible legal alternatives for the applicants in actions which have, in their passive pole, international organizations, before the practical limitations mentioned. Finally, the study understands that the

^{49*} Bacharelanda da 10ª fase do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Estagiária junto à Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina e Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional *Ius Gentium* - UFSC/CNPq. E-mail da autora: fernandaruy@gmail.com. Telefone da autora: (48) 8437 0611. Currículo da autora disponível em: <http://lattes.cnpq.br/6745314656461428>.

lack of alternatives to the UN accountability goes against the precepts set out in Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights, which prescribe that to all citizens should be granted the right of access to justice.

Keywords: national courts; case Mothers of Srebrenica v. The Netherlands and the United Nations; United Nations; UN privileges and immunities; access to justice.

1. Introdução

A Organização das Nações Unidas, nas últimas décadas, se destacou como uma governança global atuante e influente, precipuamente devido ao seu papel na manutenção da paz e da segurança internacionais. Se, outrora, a doutrina clássica de direito internacional considerava tão somente os Estados como sujeitos de direito, tal cenário foi redefinido em virtude do papel mais proeminente exercido por outros atores na sociedade internacional, o que acarretou no reconhecimento da personalidade jurídica a outros entes, a exemplo das organizações internacionais⁵⁰. Atualmente, não restam dúvidas

⁵⁰ Ressalta-se neste ponto que, embora a doutrina internacionalista já travasse debates acerca da personalidade jurídica das organizações

acerca do reconhecimento da ONU como sujeito de direito internacional, o qual goza de personalidade jurídica autônoma, independente dos Estados-membros que a compõem. Como consequência, a organização se tornou capaz de arcar com as ações e omissões que porventura cometa⁵¹, porquanto a responsabilidade é uma consequência necessária de sua personalidade jurídica.

À medida em que houve uma crescente expansão no âmbito das atividades das Nações Unidas – as quais, nas situações envolvendo as operações de manutenção de paz, se dirigem e afetam diretamente os indivíduos –, houve também o aumento da conscientização da opinião pública, no sentido de engendrar maneiras de tornar as organizações internacionais

internacionais, foi através do parecer consultivo emitido pela Corte Internacional de Justiça no caso *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* que não restaram dúvidas de que as organizações são, de fato, sujeitos de direitos e obrigações perante o direito internacional (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1949, p. 179).

⁵¹ A mesma premissa deve ser aplicada no caso de um terceiro praticar uma conduta ilícita contra a organização. Por exemplo, para que a Organização das Nações Unidas pleiteie seus direitos em razão de eventuais danos sofridos – seja o dano causado por seus Estados-membros ou não –, a instituição deve dispor de personalidade jurídica internacional própria. Para um estudo acerca das maneiras de invocação da responsabilidade pelas organizações internacionais, ver: CUJO, Eglantine. *Invocation of Responsibility by International Organizations*. In: PELLET, Alain; CRAWFORD, James; OLLESON; Simon (Ed.). **The Law of International Responsibility**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

mais suscetíveis de responsabilização por suas condutas internacionalmente ilícitas. Embora, há poucos anos, o regime jurídico que governava a responsabilidade das organizações internacionais fosse um campo obscuro para o direito internacional, a situação mudou consideravelmente com o trabalho da Comissão de Direito Internacional no Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade das Organizações Internacionais.

Deste modo, tem-se constatado um número crescente de decisões emanadas por cortes domésticas e internacionais que estimularam os debates acadêmicos envolvendo recursos de terceiros com o objetivo de buscar reparações por danos sofridos no curso de operações de paz da ONU. Estas ações se destacam por demonstrarem que aqueles que possuem o dever legal de respeitar os preceitos de direitos humanos e garanti-los face a terceiros – ou seja, os *peacekeepers* –, também são capazes de incorrer em condutas internacionalmente ilícitas. A questão que vem à tona ante a referida conjuntura é: quem, afinal, controla os guardiões da paz?

A fim de compreender de que maneira as cortes nacionais tratam os casos relativos a condutas internacionalmente ilícitas cometidas pela Organização das Nações Unidas no âmbito de

suas operações de paz, o presente estudo buscará analisar a decisão das cortes holandesas no caso *Mães de Srebrenica v. Holanda e ONU*, bem como pormenorizar as principais controvérsias que envolvem as ações em que a organização figura no polo passivo, constatando-se, ao final, que a concessão de imunidade de jurisdição às organizações internacionais, *in casu*, vai de encontro ao direito de acesso à justiça preconizado na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Este ensaio divide-se em três blocos. Na primeira parte serão abordadas as origens históricas dos fatos que ocasionaram a propositura da lide entre as partes perante as cortes holandesas. Após, serão analisadas as limitações práticas que podem surgir para as partes lesadas em virtude da concessão de imunidade jurisdicional à organização, mediante o estudo dos dispositivos que prescrevem os privilégios e imunidades da Organização das Nações Unidas. Em um terceiro momento, o trabalho irá abordar as possíveis alternativas legais, apresentadas pela doutrina internacionalista, para que os requerentes consigam satisfazer seus direitos em ações que envolvam a ONU em seu polo passivo. Por fim, o estudo conclui

que a garantia de imunidade de jurisdição deve ser interpretada à luz do direito de acesso à justiça, não devendo ambos os preceitos se contradizerem, principalmente quando as ações propostas tratam de normas *jus cogens*.

Aplicou-se para a realização desta pesquisa o método científico indutivo, que consiste em colher conclusões de cunho geral a partir da inquirição de um caso específico. A estrutura deste estudo foi submetida às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Todas as traduções foram feitas pela autora do trabalho, a qual se responsabiliza por eventuais falhas. Os endereços eletrônicos, bem como as demais fontes bibliográficas, foram visitados pela última vez no dia 30 de novembro de 2016.

2. As origens do caso *Mães de Srebrenica v. Holanda e ONU*

O caso *Mães de Srebrenica v. Holanda e ONU* teve início após os ataques ocorridos no ano de 1995 contra muçulmanos bósnios, perpetrados pelas forças sérvias da Bósnia no enclave bosniano de Srebrenica, fato notório e conhecido como “Massacre de Srebrenica”. Diversos tribunais, como a Corte

Internacional de Justiça⁵² e o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia⁵³ processaram, julgaram casos envolvendo os ataques de Srebrenica e constataram que, na ocasião, ocorreu um genocídio contra as vítimas ali presentes (BROCKMAN-HAWE, 2011, p. 728).

Os acontecimentos que conduziram às atrocidades de julho de 1995 foram recentemente resumidos pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, no caso *Prosecutor v. Popovic*:

No início de julho, essas duas áreas protegidas pelas Nações Unidas [Srebrenica e Žepa], estabelecidas como refúgios para civis em situação de calamidade em virtude da guerra, foram objeto de intenso ataque militar por parte das forças sérvias da Bósnia. As forças de proteção das Nações Unidas em ambos os locais foram incapazes de impedir os ataques, reduzindo-se à impotência. Em Srebrenica, a população bósnia, assustada, fugiu para a cidade vizinha de Potočari. Lá, diante de uma catastrófica situação humanitária, as mulheres, crianças e idosos foram finalmente transportados em ônibus lotados para longe de suas residências no leste da Bósnia. Para uma grande proporção da população masculina, que foi separada, capturada ou rendida, um destino catastrófico os aguardava. Milhares deles foram

⁵² Trata-se no caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, I.C.J. Reports, 2007.

⁵³ Ver, por exemplo, *Prosecutor v. Krstic*, Case n. IT-98-33-A, 2004.

detidos em condições desumanas e posteriormente executados⁵⁴ (TPIY, 2010, p. 664).

Durante a guerra da Bósnia (1992-1995), cerca de cinco mil pessoas que buscaram abrigo junto às forças de paz holandesas ligadas à ONU foram mortas por forças sérvias na cidade de Srebrenica – a qual foi declarada “área segura” por uma Resolução do Conselho de Segurança da ONU adotada em 1993. Especificamente na região da Vila Potocari, ocorreu um atentado que matou mais de 300 homens e meninos muçulmanos bósnios. De acordo com a associação formada pelos parentes das vítimas, denominada Mães de Srebrenica, o ataque aconteceu porque as forças de paz da Holanda, conhecidas como *Dutchbat*, não empreenderam esforços suficientes para proteger as vítimas, sendo que estavam cientes de que havia grandes chances de um genocídio ocorrer na região.

⁵⁴ Do original: “In early July, these two United Nations protected areas [Srebrenica and Žepa], established as havens for civilians caught up in the calamity of war, were the subject of intense military assault by Bosnian Serb Forces. The United Nations protection forces in both places were disabled and rendered powerless. In Srebrenica, the terrified Bosnian Muslim population fled to the nearby town of Potočari. There, in the face of a catastrophic humanitarian situation, the women, children and the elderly were ultimately loaded onto packed buses and transported away from their homes in Eastern Bosnia. For a large proportion of the male population, who were separated, captured or had surrendered, a cataclysmic fate awaited them. Thousands of them were detained in horrific conditions and subsequently summarily executed”.

O caso foi levado, primeiramente, no ano de 2007, à Corte Distrital da Haia. O processo versava sobre as atividades da Força de Proteção das Nações Unidas (UNPROFOR), estabelecida por Resolução do Conselho de Segurança em 1992, como um “acordo provisório a fim de criar as condições para a paz e a segurança necessárias para a negociação de uma solução global para a crise iugoslava”⁵⁵ (ONU, 1992, para. 5). A ação de 2007 tinha como réus a Organização das Nações Unidas e a Holanda, a qual enviou suas tropas (*Dutchbat*) para atuar na UNPROFOR. Alegou-se que o *Dutchbat* falhou na prevenção do genocídio em Srebrenica⁵⁶ (ONU, 1948), arguindo que “a conduta do *Dutchbat* é atribuível tanto à Holanda quanto às Nações Unidas”⁵⁷ (CEDH, 2012, para. 56). O objetivo da ação era uma declaração de que os réus conduziram as operações de maneira ilícita, bem como a compensação pelos prejuízos causados às vítimas.

O governo holandês alegou que as cortes do país careciam de jurisdição sobre as Nações Unidas, conforme

⁵⁵ Do original: “an interim arrangement to create the conditions of peace and security required for the negotiation of an overall settlement of the Yugoslav crisis”.

⁵⁶ Alegação juridicamente embasada na Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio.

⁵⁷ Do original: “the actions of Dutchbat were attributable to both the State of the Netherlands and the United Nations”.

disposto no artigo 105 (1) da Carta das Nações Unidas, bem como do artigo II, seção 2, da Convenção sobre os Privilégios e Imunidades das Nações Unidas. Em resposta, os autores da ação arguíram que a imunidade foi sobreposta pelo artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem – o qual prescreve o acesso à justiça –, bem como pelos dispositivos presentes na Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio. Em julho de 2008, a corte distrital decidiu que não possuía jurisdição sobre as Nações Unidas, decisão esta que foi confirmada tanto pela Corte de Apelação da Haia, em 2010, quanto pela Suprema Corte da Holanda em abril de 2012 (SUPREMA CORTE DA HOLANDA, 2012). Com a confirmação a imunidade de jurisdição da ONU, o caso permaneceu tão somente contra a Holanda, a qual alegou que as condutas praticadas pelo *Dutchbat* eram atribuíveis exclusivamente à ONU.

Ante a insatisfação dos autores da ação, em outubro de 2012 o caso foi levado à Corte Europeia de Direitos Humanos. Na decisão da Corte, a mesma levou em consideração que a concessão de imunidade de jurisdição à Organização das Nações Unidas possuía um objetivo legítimo, uma vez que “garantia o devido funcionamento da organização, livre de interferências

unilaterais pelos governos” (CEDH, 2012, para. 139, c)⁵⁸, e estava de acordo com as normas de direito internacional. Ademais, argumentou-se que, uma vez que as operações instituídas sob as resoluções do Capítulo VII

são fundamentais para a missão das Nações Unidas de garantir a paz e a segurança internacionais, a Convenção [Europeia] não pode ser interpretada de modo a submeter as ações e omissões do Conselho de Segurança às cortes domésticas sem a anuência das Nações Unidas⁵⁹ (CEDH, 2012, para. 154).

Acrescentou, por outro lado, que a imunidade de jurisdição não impedia que a organização fosse responsabilizada por suas condutas. Consoante julgado a Corte Internacional de Justiça na Opinião Consultiva *Difference Relating to Immunity from Legal Process*, “a questão da imunidade de jurisdição é distinta da questão da reparação”⁶⁰ (CIJ, 1999, para 155). Deste modo, a Corte reforçou que ações contra a organização, ao invés

⁵⁸ Do original: “ensur[ed] the proper functioning of such organisations free from unilateral interference by individual governments”.

⁵⁹ Do original: “are fundamental to the mission of the United Nations to secure international peace and security, the [European] Convention cannot be interpreted in a manner which would subject the acts and omissions of the Security Council to domestic jurisdiction without the accord of the United Nations”.

⁶⁰ Do original: “the question of immunity from legal process is distinct from the issue of compensation”.

de serem tratadas pelas cortes domésticas, devem ser solucionadas conforme disposto na seção 29 da Convenção sobre os Privilégios e Imunidades das Nações Unidas.

Após, assim como a Corte Internacional de Justiça teve a oportunidade de apreciar a questão de possíveis conflitos entre as normas *jus cogens* e a imunidade de jurisdição, no caso *Jurisdictional Immunities of the State*, a Corte Europeia de Direitos Humanos concluiu que

o direito internacional não apoia a posição de que uma ação civil deveria sobrepor a imunidade de jurisdição pelo único motivo que este é baseado em uma alegação de graves violações a normas de direito internacional, ainda que tais normas sejam [de caráter] *jus cogens*⁶¹ (CEDH, 2012, para. 158).

Diante da manutenção, pela Corte de Estrasburgo, da imunidade de jurisdição à organização, apesar dos argumentos referentes à violação de normas *jus cogens* – repetindo o entendimento da Corte Internacional de Justiça no caso avançado entre Alemanha e Itália –, e da compreensão de que a imunidade de jurisdição não pressupõe (ao menos em tese) a

ausência de acesso à jurisdição, a ação permaneceu com relação à Holanda na Suprema Corte do país. No processo, a Suprema Corte fez uso do critério do controle efetivo, como previsto no artigo 7º do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade das Organizações Internacionais, o qual prescreve que será analisado quem – a organização ou o Estado-membro – estava no controle *fático* das condutas internacionalmente ilícitas ora alegadas.

Em suma, a Suprema Corte afirmou que os mesmos atos poderiam ser atribuídos tanto ao Estado quanto à organização, ante a existência de previsão de dupla atribuição de conduta pelo Projeto de Artigos. Em suas deliberações, a Corte ainda reconheceu que, para os propósitos da missão, o comando e o controle sobre as tropas (*Dutchbat*) foram transferidos do Estado para as Nações Unidas. Após, a definiu quais atos foram cometidos de forma *ultra vires* aos comandos das Nações Unidas. A fim de determinar quais condutas deveriam ser atribuídas à Holanda, a Corte levou em consideração as instruções dadas pelo Estado, bem como a participação dos oficiais do comando holandês nas decisões. Ao final, a Corte decidiu que, ao mesmo tempo em que a Holanda não detinha controle efetivo sobre o *Dutchbat*, ela exerceu tal controle em algumas das condutas em

⁶¹ Do original: “[i]nternational law does not support the position that a civil claim should override immunity from suit for the sole reason that it is based on an allegation of a particularly grave violation of a norm of international law, even a norm of *ius cogens*”.

questão. Ao final, o Estado foi responsabilizado por algumas das mortes envolvendo o massacre de Srebrenica – remanescendo as controvérsias envolvendo a imunidade de jurisdição da Organização das Nações Unidas.

Após a apreciação do caso nas mais diversas instâncias holandesas, dois principais questionamentos devem ser levantados: a imunidade jurisdicional de que gozam as Nações Unidas é absoluta ou deve ser reavaliada, de modo a não confrontar com o direito de acesso à justiça, garantido no artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e no artigo 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos? E, se absoluta, a imunidade deve prevalecer perante demandas baseadas em acusações de envolvimento em crimes de genocídio e em graves violações de direitos humanos, como se verifica do massacre de Srebrenica?

3. A imunidade de jurisdição da Organização das Nações Unidas: impossibilidade prática de responsabilização?

Ao mesmo tempo em que não restam dúvidas acerca da responsabilidade internacional das Nações Unidas por eventuais

condutas internacionalmente ilícitas que esta venha a cometer, a necessidade de a organização gozar de imunidade de jurisdição é amplamente reconhecida por estar estritamente ligada ao adequado cumprimento de suas importantes e abrangentes funções. Ao contrário dos Estados, que gozam de privilégios e imunidades com fundamento na igualdade soberana e na reciprocidade entre os entes, a imunidade de jurisdição das organizações internacionais baseia-se em motivação diversa, ante a grande variedade de características presentes nas organizações internacionais, e a falta de igualdade entre si. Desde a criação da Organização das Nações Unidas, em 1945, sua imunidade de jurisdição com relação às cortes de seus Estados-membros tem sido vista, pois, como uma necessidade para que a organização realize seus propósitos.

A imunidade de jurisdição da organização está consagrada no artigo 105 da Carta de São Francisco, o qual prescreve que a organização “deve gozar, no território de cada um de seus membros, dos privilégios e imunidades que são necessários para a concretização de seus objetivos”, e que “os agentes da organização devem igualmente gozar de tais privilégios e imunidades enquanto são necessários para o exercício independente de suas funções conexas à organização”

(ONU, 1945, artigo 105). Acrescenta-se, ademais, que a imunidade de jurisdição das organizações internacionais tem natureza distinta daquela conferida aos Estados: enquanto a primeira é baseada na necessidade de proteção de sua independência ante influências externas que possam comprometer suas funções; e segunda tem apoio no princípio da igualdade soberana aos Estados (*par in parem non habet iudicium*).

O referido dispositivo presente na Carta das Nações Unidas foi complementado pela Convenção sobre os Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, de 1946, bem como pela Convenção sobre os Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas, de 1947. Acrescenta-se à Carta da ONU e às Convenções os dispositivos prescritos nos acordos de sede que a organização firma com os Estados⁶² (SHAW, 2010, p. 994). A Convenção sobre os Privilégios e Imunidades da ONU, por sua vez, em sua seção 2, descreve que a organização, bem como sua propriedade e seu patrimônio “devem gozar de imunidade de qualquer forma de processo legal, exceto nos casos em que

houver expressa renúncia⁶³ à imunidade”⁶⁴ (ONU, 1946, artigo 3º). A Convenção, portanto, assinalou uma mudança da visão *funcional*, expressa na Carta de São Francisco, para a imunidade *absoluta* da organização (VERDIRAME, 2011, p. 351).

Além da imunidade da organização, a imunidade individual é conferida a três categorias de indivíduos conectados com as atividades da organização: os representantes dos Estados-membros, os oficiais da organização e os especialistas que trabalham nas missões (ONU, 1946, artigos 4º-6º). Em especial, perante a Convenção, os oficiais estão “imunes de processos legais a respeito de palavras ditas ou escritas e todos os atos por eles realizados em suas capacidades oficiais”. Contudo, importante ressaltar que esta imunidade está sujeita a uma importante qualificação. A Seção 20, a Convenção estabelece que

Os privilégios e imunidades são garantidos a oficiais nos interesses das Nações Unidas e não

⁶² Por exemplo, a Organização das Nações Unidas concluiu, com os Estados Unidos, um acordo sobre sua sede em Nova York, bem como com a Suíça, em 1947, sobre seu escritório em Genebra.

⁶³ A Convenção faz a ressalva de que a renúncia à imunidade “não pode compreender as medidas executivas”.

⁶⁴ Do original: “The United Nations, its property and assets wherever located and by whomsoever held, shall enjoy immunity from every form of legal process except insofar as in any particular case it has expressly waived its immunity shall extend to any particular case it has expressly waived its immunity”.

para o benefício pessoal dos indivíduos. O Secretário-Geral⁶⁵ tem o direito *e o dever* de renunciar à imunidade de qualquer oficial em qualquer caso onde, em sua opinião, a imunidade poderia impedir o curso da justiça e poderia ser renunciada sem prejuízo dos interesses das Nações Unidas (grifei) (ONU, 1946, artigo 5º).

Atualmente, e precipuamente com a popularização do caso *Mães de Srebrenica*, vem-se discutindo a questão da imunidade de jurisdição da Organização das Nações Unidas como o principal obstáculo para a promoção da responsabilização das Nações Unidas através de cortes nacionais – o que, muitas vezes, significa privar as partes lesadas a ter qualquer tipo de acesso a jurisdição. Se, por um lado, terceiros não podem adquirir compensação por condutas internacionalmente ilícitas praticadas no âmbito das operações de paz a nível das Nações Unidas, as vítimas tendem a voltar-se a cortes nacionais, particularmente a cortes de Estados em que há primazia do Estado de Direito. A estratégia da associação das Mães de Srebrenica reflete tal abordagem. Contudo, certas mudanças têm sido observadas em ações envolvendo

⁶⁵ O poder de renunciar à imunidade do Secretário-Geral fica a cargo do Conselho de Segurança. (ONU, 1946, artigo 5º).

organizações internacionais, particularmente na jurisprudência de cortes europeias, como se verificará a seguir.

4. Desenvolvimento da lei das imunidades das Organizações Internacionais?

Com base no caso *Waite and Kennedy* perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, cortes na Bélgica, França e Itália negaram a concessão de imunidade em ações provenientes de relações de emprego, uma vez que de acordo com o artigo 6º (1) da Convenção Europeia dos Direitos do Homem haveria a infração de tal dispositivo frente a ausência de alternativas à proteção judicial. Como exemplo tem-se a decisão do caso *Siedler v Western European Union*, em que uma corte belga compreendeu que, embora a União Europeia Ocidental de fato fornecesse um procedimento interno para resolução de controvérsias, tal procedimento não ia ao encontro dos padrões de uma alternativa judicial adequada. Deste modo a corte negou a imunidade face ao disposto no artigo 6º (1) da Convenção.

Os requerentes no caso *Mães de Srebrenica* argumentam que a jurisprudência envolvendo relações de trabalho deveria se

estender a disputas que envolvam operações de paz, justificando que, à luz da seção 29 Convenção sobre os Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, de 1946, a organização falhou ao não fornecer qualquer tipo de alternativa de resolução de controvérsias. Para além disso, os mecanismos internos da organização também devem ser vistos com parcimônia, uma vez que não podem ser consideradas alternativas de resolução *imparcial* às vítimas.

Sabe-se que, com a internacionalização dos direitos humanos, retomou-se a concepção dos indivíduos como sujeitos de direito internacional, com direitos oponíveis a outros sujeitos de direito – como os Estados e as organizações internacionais (TRINDADE, 2003, pp. 240-243). Os Estados e as organizações internacionais, portanto, passaram a ter que responder perante toda a sociedade internacional em seu conjunto por violações dos direitos da pessoa humana (MOLL, 2011, p. 66). Ou seja, em consequência dessa radical transformação da ordem internacional, todas as instituições jurídicas passaram a requerer uma reinterpretação à luz nas normas peremptórias de direito internacional. a lei das imunidades jurisdicionais, pois, também deve sofrer transformações, bem como outras áreas que tocam as normas *jus cogens*.

Apesar de tais argumentos, o que se verifica da prática das cortes domésticas – e internacionais, a exemplo da Corte Europeia de Direitos Humanos – é que a imunidade da ONU, em situações envolvendo violação de normas relativas aos direitos humanos no âmbito das operações de paz, têm mantido seus posicionamentos, no sentido de garantir a imunidade à organização. Por outro lado, busca-se, cada vez mais, a flexibilização das imunidades, levando-se em consideração o direito de acesso à justiça, especialmente em casos envolvendo violação à normas peremptórias de direito internacional.

5. Considerações finais

O sistema da responsabilidade internacional enfrentou diversas mudanças ao longo dos anos, em conjunto com as transformações vivenciadas pela comunidade internacional. Por isso, verificou-se uma ampliação do rol dos entes capazes de pleitear reparações por eventuais violações aos seus direitos, e de incorrer em responsabilidade caso venha a praticar, eventualmente, condutas internacionalmente ilícitas contra terceiros, em virtude da personalidade jurídica internacional.

O trabalho da Comissão de Direito Internacional no Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade das Organizações Internacionais, embora recente, tem sido utilizado na jurisprudência de cortes domésticas e internacionais, principalmente com relação a condutas praticadas no âmbito das operações de paz da Organização das Nações Unidas, dado o papel crescente da organização em atividades de grande relevância, como a manutenção da paz e da segurança internacional.

O que se pôde verificar, ao longo deste estudo, é que o regime de responsabilidade das organizações internacionais ainda se encontra em um processo de maturação. Isto porque as cortes, em certos aspectos, divergem em suas jurisprudências, a exemplo da interpretação do acesso à jurisdição em face à imunidade de jurisdição em casos envolvendo relações de emprego e graves violações de direitos humanos. Ademais, como ocorreu no caso tratado, as cortes, ao aplicarem o artigo 7º do Projeto de Artigos da Comissão de Direito Internacional, estabeleceram a possibilidade de se responsabilizar os Estados-membros por condutas que seus órgãos ou agentes pratiquem no âmbito das operações de paz da ONU.

Com relação à responsabilização dos membros da organização, as discussões em torno do assunto abordam tanto de maneira positiva, quanto de maneira negativa. Na opinião de alguns autores, este tipo de julgado pode servir de obstáculo para as missões de paz da organização, porquanto seus Estados-membros, diante do receio de serem responsabilizados por atos de seus órgãos e agentes atuantes em operações de paz das Nações Unidas, poderiam deixar de dispor suas tropas à organização, impedindo que a mesma realize importantes funções nos campos da manutenção da paz e da segurança internacional em regiões mundiais de extrema vulnerabilidade. Deve-se salientar, ademais, que alguns juristas compreendem que a solução das cortes, nesses casos, parece ignorar a personalidade jurídica autônoma da ONU e seu controle operacional sobre as operações de paz. Ao mesmo tempo, o maior foco nos Estados-membros pode reduzir a atenção acerca da necessidade de responsabilização política da organização por suas operações de paz. Por fim, outro risco que poderia ocorrer seria a tentativa de os Estados-membros influenciarem a estrutura de comando da ONU – ou, por outro lado, enfraquecerem as forças de paz, com receio de que sejam juridicamente responsáveis por atos ou omissões praticadas nas

missões. Por outro lado, a atribuição com base no controle efetivo cumpre, ainda, com o postulado de que os Estados não devem se eximir da responsabilidade de suas condutas ao se envolver em atividade multinacionais ou internacionais. Finalmente, destaca-se que, muitas vezes, a responsabilização dos Estados-membros se configura como a única possibilidade de as vítimas obterem reparação. Isto porque as organizações internacionais gozam, na esfera internacional, de privilégios e imunidades para que consigam realizar seus propósitos sem a interferência externa de seus Estados-membros.

Embora a concessão de privilégios e imunidades às organizações seja essencial, especialmente em se tratando de uma entidade com amplo alcance político, como é o caso das Nações Unidas, a mesma não deve ser encarada como absoluta, levando alguns autores a questionar se a concessão de imunidade de jurisdição não estaria acarretando uma situação de impunidade por parte da organização. Nos últimos anos, ações envolvendo graves violações de direitos humanos no escopo das operações de paz têm chamado a atenção da opinião pública, vez que atualmente as Nações Unidas têm se evadido da sua responsabilidade, o que gerou grandes críticas da doutrina internacionalista, uma vez que a organização, nos casos

concretos, comprovadamente havia praticado condutas internacionalmente ilícitas contra terceiros.

A maior parte da crítica reside no fato de que a organização, ao não renunciar à imunidade de jurisdição, priva as vítimas de qualquer tipo de reparação. Argumenta-se, também, que é necessária uma reforma na interpretação das normas que conferem imunidade de jurisdição – tanto a organização quanto aos Estados, como já foi abordado pela Corte Internacional de Justiça –, uma vez que as mesmas não podem se sobrepor a normas peremptórias de direito internacional. O que se observa é que a Corte Europeia de Direitos Humanos e cortes domésticas europeias, em ações envolvendo relações trabalhistas, tem flexibilizado a interpretação concernente à imunidade de jurisdição das organizações internacionais. Todavia, o mesmo não ocorre, ainda, com ações envolvendo graves violações de direitos humanos.

Por isso, necessária uma releitura no que tange à imunidade de jurisdição das Nações Unidas. Como soluções, aponta-se a renúncia, por parte da organização, de sua imunidade de jurisdição, ou o cumprimento com suas próprias normas, as quais preveem que a entidade deve fornecer, no âmbito da própria organização, mecanismos de resolução de

controvérsias capazes de satisfazer – ainda que de forma parcial – as vítimas de condutas internacionalmente ilícitas praticadas no âmbito das operações de paz. Tal pressuposto não nega, por outro lado, o uso do controle efetivo para determinar qual entidade era, de fato, responsável pela conduta em questão. Contudo, a responsabilização dos membros não deve ofuscar a necessidade de a organização operar uma mudança política interna, já que as situações então descritas têm desgastado a imagem da organização tanto para os juristas, quanto para opinião pública em geral. Ao final, destaca-se que alguns autores vão além, e sugerem que sejam criadas cortes internacionais competentes para julgar as organizações, ou a ampliação da competência de cortes internacionais – como, por exemplo, a Corte Internacional de Justiça – já existentes, a fim de que tratem de casos envolvendo condutas internacionalmente ilícitas praticadas por organizações internacionais.

6. Referências bibliográficas

BROCKMAN-HAWE, Benjamin E. Questioning the UN's Immunity in the Dutch Courts: Unresolved Issues in the Mothers of

Srebrenica Litigation. **Washington University Global Studies Law Review**, v. 10, pp. 727-748.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. Netherlands**, n. 65542/12, 2012. Disponível em: < <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122255>>.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide**. I.C.J Reports, 2007.

_____. **Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights**. I.C.J. Reports, 1999.

_____. **Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations**. ICJ Reports, 1949.

CUJO, Eglantine. Invocation of Responsibility by International Organizations. In: PELLET, Alain; CRAWFORD, James; OLLESON; Simon (Ed.). **The Law of International Responsibility**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Carta da ONU, 1945.

_____. Convenção sobre os Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, 1946.

_____. Resolução S/RES/743, 1992.

SHAW, Malcolm N. **International Law**. 5. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

SUPREMA CORTE DA HOLANDA. Mothers of Srebrenica Ass'n v. Netherlands, n. 10/04437, 13 de abril de 2012.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. Prosecutor v. Krstic, Case n. IT-98-33-A, 2004.

_____. Prosecutor v. Popović et al., Case n. IT-05-88, 2010.

VERDIRAME, Guglielmo. The UN and Human Rights: Who Guards the Guardians? New York: Cambridge University Press, 2011.

A RAZÃO COMUNICATIVA E A TEORIA DO DISCURSO DE JÜRGEN HABERMAS

Eduardo Xavier Costa Andrade^{66}*

Resumo: Justifica-se o trabalho pelo fato de um critério coerente de razão ser de especial importância para fundamentar o campo da argumentação jurídica. Neste trabalho, analisa-se a razão comunicativa de Jürgen Habermas, que reside no procedimento discursivo. O problema consiste em identificar se a utilização das regras propostas resulta em um ideal coerente de razão. Primeiramente, contextualiza-se o autor dentro do paradigma comunicativo e apresenta-se como seu ideal de racionalidade contrapõe a razão instrumental. Então, apresenta-se sua teoria dos atos de fala como exposta em sua “Teoria da ação comunicativa”. Esta assevera que os enunciados carregam pretensões de validade, que, quando problematizadas, podem ser resolvidas dentro de um procedimento discursivo. Traz-se os pressupostos desse procedimento, que garantem sua racionalidade. Por fim, entende-se que Habermas foi capaz de criar um modelo de razão coerente e capaz de contrapor a razão instrumental.

Palavras-chaves: Jürgen Habermas; razão comunicativa; teoria do discurso.

Abstract: This work shows its relevance considering that a rationality criterion is especially important to form the basis of the field of legal argumentation. In this work, we analyse the Habermas’ communicative rationality, located inside the discursive procedures. The problem consists in identifying if the proposed rules results in a coherent ideal of reason. At first, we put the author in the context of the communicative paradigm and shows how his ideal of rationality clashes against an ideal of instrumental reason. Then, we present his speech act theory. In it, sentences carry validity claims that, when questioned, can be solved inside a discursive procedure. We bring the presumptions of this procedure that guarantees its rationality. Lastly, we understand that Habermas was able to create a coherent model of rationality, which is able to be contrasted against instrumental reasoning.

Key-words: Habermas, communicative reason, discourse theory.

1 Introdução

Habermas é um dos mais importantes e mais lidos teóricos sociais após a Segunda Guerra mundial. Seus escritos influenciaram diversas áreas das ciências humanas e sociais, seja na psicologia, política ou teoria do direito. Para Finlayson (2005), o trabalho de Habermas está diretamente ligado à sua história pessoal e aos momentos históricos os quais viveu.

^{66*} Graduando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina da 10ª fase. E-mail para contato: eduardoxavierandrade@gmail.com.

Em sua juventude, o filósofo alemão viu sua família de classe média adotar sem grandes reflexões o regime nazista e, aos dezesseis anos, ele engrossou as fileiras do movimento conhecido como Juventude Hitlerista. Foi tão somente com o fim da guerra que Habermas tomou conhecimento da extensão da catástrofe realizada nos campos de concentração. Entre os outros momentos históricos que viveu, além da Segunda Guerra Mundial, há o surgimento da República Democrática Alemã, a posterior Guerra Fria, e a eventual queda do Muro de Berlin.

Habermas tem inspiração na doutrina pragmática americana, a qual assume que a filosofia deve ter uma ligação constante com a vida comum, ou seja, as teorias filosóficas devem fazer uma diferença nas vidas e experiências das pessoas do mundo real. (FINLAYSON, 2005).

Sua obra é classificada como pertencente à segunda geração da Teoria Crítica, iniciada pela Escola de Frankfurt. Criada a partir da terceira década do século XX, a corrente tem como destaque da primeira geração nomes como Horkheimer, Adorno e Fromm. Como ponto em comum entre os autores da Teoria Crítica, há o debate da razão, sendo eles os primeiros a analisar questões relativas à moralidade, religião, ciência e racionalidade de perspectivas variadas e utilizando-se de

disciplinas distintas simultaneamente (FINLAYSON, 2005). Para os autores, só a partir da junção de diferentes áreas seria possível se alcançar conclusões inéditas, não atingíveis através dos campos cada vez mais estreitos e especializados da academia. Portanto, a Escola de Frankfurt desafiou a assunção de que a abordagem empírica das ciências naturais era o único método válido.

Entretanto, se a pesquisa da primeira geração era centrada no indivíduo ou na sociedade, Jürgen Habermas transferiu o foco para o paradigma comunicativo, tomando parte da chamada virada linguística. McCarthy (1985) percebe a teoria da comunicação de Habermas como uma nova abordagem da familiar tarefa de articular um conceito expandido de racionalidade, não mais limitado e atado às premissas subjetivistas e individualistas da filosofia moderna. Além disso, que também seja capaz de, assim como fizeram os primeiros membros da Escola de Frankfurt, aliar a teoria à prática⁶⁷. Para

⁶⁷ Nessa corrente opina McCarthy: *“The theory of communicative competence is a new approach to a familiar task: to articulate and ground an expanded conception of rationality. In this century the idea of critical theory was developed in opposition to the tendency to define reason solely in objectivistic and instrumental terms. The earlier members of the Frankfurt school were already concerned to overcome the empiricist split between ‘is’ and ‘ought’ and*

ele, a teoria crítica social de Habermas é empírica sem se reduzir à análise, é filosófica ao ser crítica, é histórica sem ser historicista, e é pragmática na medida que orienta a emancipação do sujeito⁶⁸.

Habermas também é partidário da pragmática iniciada por Wittgenstein, no sentido de que, dentro do campo da comunicação, ele estuda os enunciados, ou seja, a estrutura dupla da comunicação linguística: ao mesmo tempo que um enunciado propõe conteúdo, ele estabelece uma intersubjetividade. Portanto, não se trata somente de analisar a construção gramatical de sentenças, como se faz na linguística, mas também contexto, intenção e outras variáveis que modulam a compreensão e condicionam o comportamento dos sujeitos (DUTRA, 2005, p. 44).

Na semântica, entende-se uma oração quando se compreende as condições sob as quais ela é verdadeira. Todavia, na pragmática, um ato de fala é compreendido quando se sabe o

que o faz aceitável, ou seja, válido intersubjetivamente. Assim, para a pragmática universal de Habermas, todo ato de fala é uma ação, que transforma uma sentença em um enunciado.

Nesse viés, Habermas realizou longas incursões relativas à linguagem, comunicação e verdade, as quais serviram como estudos preparatórios para sua teoria social. McCarthy (1985) escreve que é possível se dizer que a tarefa fundamental da teoria da comunicação habermasiana (que por vezes recebe a alcunha de pragmática universal) é identificar e reconstruir as condições universais que possibilitam a compreensão. A justificativa para a referida abordagem é que a linguagem não pode ser entendida distintamente da compreensão que ela gera. Para o autor, alcançar o entendimento é o *telos* inerente da fala humana (HABERMAS, 1984, p. 287), por mais que nem todas as instâncias da fala sejam orientadas a atingir a compreensão (por exemplo: as formas estratégicas de comunicação, como mentir, enganar, manipular, entre outros).

Para Habermas, apenas com um tipo de interação no qual todos os participantes harmonizam seus planos individuais de ação um com o outro, sem reserva ou enganações, é que se alcança a ação comunicativa. Ela se diferencia de outras formas

the separation of theory from practice that followed from it." (McCARTHY, 1983, p. 272-273).

⁶⁸ Nas palavras de McCarthy (1985, p. 126): "*Critical social theory is empirical without being reducible to empirical-analytic science; it is philosophical without being historicist; and it is practical, not in the sense of possessing a technological potential but in the sense of being oriented to enlightenment and emancipation.*"

de ação social na medida que é voltada ao entendimento⁶⁹. Habermas parte do pressuposto que a ação comunicativa (baseada em um conceito intersubjetivo de razão) já existe, buscando descobrir como utilizar a linguagem para obtê-la. Em sua obra, ele se utiliza da teoria dos atos de fala para demonstrar a função comunicativa da linguagem, adentrando nas pretensões que carregamos ao utilizá-la até chegar a um ideal de razão comunicativa.

2 A função emancipatória da razão comunicativa

Introduzido o contexto comunicativo do autor, a racionalidade de Habermas também precisa ser analisada como uma tentativa de recuperar o caráter emancipatório da razão. Haarscher (1986), em artigo no qual compara Habermas e Perelman, defende essa tese ao relatar uma mudança histórica no significado de razão. Na concepção clássica da razão, encontrada na filosofia grega, não seria questão tão somente de alcançar um objetivo pré-determinado, mas de modificar a

⁶⁹ "Social actions can be distinguished according to whether the participants adopt either a success-oriented attitude or one oriented to reaching understanding". (HABERMAS, 1984, p. 286).

natureza do indivíduo que utiliza a razão ao filosofar. Ao assim fazer, até mesmo os fins almejados seriam alterados. Ou, nas palavras do autor, "em outros termos, a razão revelava ao indivíduo novos, 'verdadeiros' fins; depois de filosofar, ele não era mais o mesmo. Existia uma vida filosófica, uma 'vida boa', uma espécie de felicidade relacionada ao logos". (HAARSCHER, 1986, p. 335, tradução do autor)⁷⁰.

Haarscher contrapõe esse ideal de racionalidade clássico com uma visão técnica, a qual, por exemplo, Hobbes apresenta ao descrever o homem racional como capaz de prever as consequências de suas ações e tomar atitudes para atingir seus fins. Ele, então, diferencia a visão clássica da instrumental, afirmando que a racionalidade clássica: "é, ao mesmo tempo, conhecimento e emancipação (conhecimento de novos e libertadores fins). A racionalidade hobbesiana (técnica) é apenas conhecimento; os fins precisam vir de fora, para que a razão possa os servir, seja eles quais forem". (HAARSCHER, 1986, p. 337, tradução do autor).⁷¹

⁷⁰ "In other terms, reason unveiled for the individual new, 'true' ends; after having philosophized, he was no longer the same. There was a philosophical life, a 'good life', a kind of happiness related to logos". (HAARSCHER, 1986, p. 335).

⁷¹ "Classical rationality leads to the 'sovereign good'. It is at the same time knowledge and emancipation (discovery of new and liberating ends). Hobbesian

O autor argumenta que esse ideal técnico se prolongou até a filosofia do Iluminismo, gerando uma contradição. Isso porque os iluministas, ao mesmo tempo que almejam alcançar a emancipação do homem, utilizam-se de uma racionalidade predominantemente técnica. Privilegiou-se adquirir conhecimento ao passo que se esqueceu da emancipação.

Esse declínio da função emancipatória da razão é o que teria levado ao pessimismo associado à primeira geração frankfurtiana, que apontou o fracasso do projeto iluminista. Na Dialética do Esclarecimento de Adorno e Horkheimer, ambos teriam demonstrado como a razão técnica e instrumental acaba por ser mera serva dos fins. Há, portanto, um ceticismo quanto ao poder da razão, ou, nas palavras de Haarscher, “havia, em última instância, um relacionamento entre a razão técnica e os campos de extermínio. Então a questão era: como ainda se pode filosofar após Auschwitz?” (HAARSCHER, 1986, p. 337, tradução do autor)⁷².

(technical) rationality is just knowledge; ends must come from the outside, so reason can serve them, whatever they are. (HAARSCHER, 1986, p. 337).

⁷² *“They thought that there was ultimately a relationship between technical rationality and the extermination camps. So the question was: how can we still philosophize after Auschwitz?”* (HAARSCHER, 1986, p. 337).

Habermas, diferentemente, traz novas perspectivas quanto às possibilidades da razão. Ele intenta a liberar da alcunha de serva ou mero meio de dominação, para reabilitá-la como fundamento filosófico. Nesse sentido, Dutra escreve que “Habermas vê-se na contingência de buscar novos fundamentos para a teoria crítica, tarefa que o levará à questão da linguagem e à organização da ação comunicativa” (DUTRA, 2005, p. 15).

Para o autor alemão, se a modernidade destrói os objetivos clássicos da razão, consistentes na emancipação e relacionados a uma descoberta de novos fins, ao mesmo tempo possibilita um inédito elemento emancipatório: o espaço público. Isso porque na racionalidade moderna se desenvolveu a ideia de que qualquer enunciado deve ser argumentado e justificado perante um público. Logo, por mais que as formas de justificação se diferenciem, há o pressuposto comum da comunicação livre da dominação (HAARSCHER, 1986).

É por isso que a modernidade então não pode ser vista apenas de forma pessimista, tão somente como reino da ação instrumental, mas também como berço da possibilidade da ação comunicativa. Dessa maneira, Haarscher escreve que a teoria da ação comunicativa “ênfatiza o progresso que apenas tomou lugar na modernidade – um espaço público potencialmente universal,

um reconhecimento de cada indivíduo como ‘fonte’ de argumentos, a necessidade de justificar político-morais enunciados, a presunção de inocência, etc.” (HAARSCHER, 1986, p. 338).

A razão comunicativa de Habermas seria, ainda na mesma análise, uma síntese entre o otimismo racionalista do século dezoito, que previa a possibilidade de emancipação com o uso da razão técnica, com o pessimismo do positivismo, que advoga a impotência da razão em face aos valores e prega o abandono da razão prática.

Assim sendo, a interpretação de Haarscher mostra-se especialmente relevante ao passo que contextualiza o ideal de racionalidade proposto por Habermas. Ele representa, além de um modelo que possibilita julgamentos de valor, um resgate da função emancipatória da razão. Como pano de fundo de suas incursões na política, direito e sociedade, a ação comunicativa está presente para garantir que a razão moderna não seja reduzida a uma razão instrumental e técnica, serva de quaisquer fins, e que seja uma razão cuja utilização resulte em uma vida melhor⁷³.

⁷³ Note-se, porém, que não se trata de excluir completamente qualquer visão de razão instrumental, mas de propor uma alternativa válida que impeça uma

3 A teoria dos atos de fala de Habermas e suas pretensões de validade

É necessário agora adentrar na teoria dos atos de fala como caminho inicial para se chegar a razão comunicativa habermasiana. Como já referido, a função da linguagem é o entendimento, este significando compreensão mútua. Para assim demonstrar, Habermas se utiliza da teoria dos atos de fala de Austin. Ele parte do pressuposto que a distinção feita por Austin, entre ilocução e perlocução, comprova que a linguagem é originalmente voltada ao entendimento, sendo que os outros modos se anexariam aos enunciados de forma parasitária:

Pode se demonstrar que o uso da linguagem orientado ao alcance do entendimento corresponde ao uso originário da linguagem, sobre qual o entendimento indireto, dar algo a entender ou deixar algo a ser entendido, e o uso instrumental da linguagem em geral, são

universalização da modalidade técnica. É nesse viés que McCarthy escreve: “*The real problem, Habermas argues, is not technical reason as such but its universalization, the forfeiture of a more comprehensive concept of reason in favor of the exclusive validity of scientific and technological thought, the reduction of praxis to techne, and the extension of purposive-rational action to all spheres of life. The proper response, then, lies not in a radical break with technical reason but in a properly locating it within a comprehensive theory of rationality*”. (McCARTHY, 1985, p. 22).

parasitários. Em minha visão, a distinção de Austin entre ilocuções e perlocuções alcança tal objetivo. (HABERMAS, 1984, p. 288, tradução do autor)⁷⁴

Austin inicialmente divide os atos da fala entre locucionários, ilocucionários e perlocucionários. Trata-se de uma expressão locucionária quando há sentido e referência definido, constatando-se algo, sendo tal enunciado capaz de ser declarado verdadeiro ou falso. Eles são tradicionalmente enunciados descritivos, falando-se em *significado* locucionário. Nas palavras de Habermas, “através de atos locucionários o falante expressa um estado de coisas; ele diz algo” (1984, p. 288).

Entretanto, a linguagem não é meramente descritiva: existem enunciados que não pretendem constatar fatos, mas coordenar ações, dar ordens e fazer promessas. Esses são os atos de fala ilocucionários, cuja mera pronúncia, por si só, configura uma ação. Tais enunciados possuem *força* ilocucionária, a qual é utilizada pelo falante com uma intenção comunicativa a qual

⁷⁴ “This will turn out not to be the case only if it can be shown that the use of language with and orientation to reaching understanding is the original mode of language use, upon which indirect understanding, giving something to understand or letting something be understood, and the instrumental use of language in general, are parasitic. In my view, Austin’s distinction between illocutions and perlocutions accomplishes just that”. (HABERMAS, 1984, p. 288).

busca o entendimento. O falante deseja que seu conteúdo seja entendido como um comando, desejo, explicação, aviso etc. Novamente vale trazer as palavras do próprio autor: “por meio de atos ilocucionários o falante realiza uma ação ao dizer algo” (HABERMAS, 1984, p. 288).

Há, por fim, os atos perlocucionários. Eles obtêm certos efeitos sobre alguém pelo simples fato de se dizer algo, mas não são voltados ao entendimento. Habermas explana:

O que Austin chama de efeitos perlocucionários advém do fato de que atos ilocucionários estão inseridos em um contexto de interação. Atos da fala, assim como ações em geral, podem produzir efeitos colaterais que o falante não previu; esses são efeitos perlocucionários em sentido trivial, os quais eu não devo explicar com mais detalhes. Menos triviais são os efeitos perlocucionários que resultam do fato de que atos ilocucionários por vezes atuem em contextos de interação estratégica. Esses efeitos garantem que quando um falante age com uma orientação voltada ao sucesso e, portanto, instrumentaliza atos de fala que são apenas contingentemente relacionados ao

significado do que é dito. (HABERMAS, 1984, p. 289, tradução do autor).⁷⁵

O ato de fala perlocucionário, portanto, é voltado ao sucesso, não possuindo intenção verdadeiramente comunicativa. Explicando-se mais detalhadamente, o objetivo perlocucionário tem um fim almejado o qual não segue o conteúdo manifestado: o objetivo só pode ser identificado através das ações do agente. Ele não objetiva a função básica da linguagem, que é o entendimento, por mais que eventualmente gere alguma compreensão por parte do ouvinte.

Utilizando-se do exemplo de Habermas (1984), a relação entre significado e um ato de fala perlocucionário é análoga à situação de ver alguém correndo na rua. Por mais que se assuma pelo contexto que a pessoa está com pressa, o ato de correr, por si só, não expressa os motivos subjetivos de quem

⁷⁵ “What Austin calls perlocutionary effects arise from the fact that illocutionary acts are embedded in contexts of interaction. Speech acts, like actions in general, can produce side effects that the actor did not foresee; these are perlocutionary effects in a trivial sense, which I shall not consider any further. Less trivial are the perlocutionary effects which result from the fact that illocutionary acts sometimes take on the roles in contexts of strategic interaction. These effects ensue whenever a speaker acts with an orientation to success and thereby instrumentalizes speech acts for purposes that are only contingently related to the meaning of what is said”. (HABERMAS, 1984, p. 289).

corre e nem explica as intenções do agente. Assim, não há como saber, tão somente por meio do ato, quais significados que a pessoa pretende que sejam compreendidos, restando ao observador tão somente inferir razões por meio de uma interpretação do contexto, que pode ou não ser bem-sucedida.

De forma similar, o ato de fala perlocucionário esquiva-se de sua função comunicativa de alcançar a compreensão mútua; ele esconde suas razões para que consiga alcançar o sucesso. Além do mais, ele seria parasitário na medida que se apropria das estruturas normalmente utilizadas pelos atos ilocucionários. O falante realiza enunciados voltados ao engano e manipulação, sendo o entendimento secundário ou até danoso ao cumprimento de seu objetivo. Nesse sentido: “Um falante pode perseguir um objetivo perlocucionário apenas quando ele engana seu ouvinte quanto ao fato de estar agindo estrategicamente.” (HABERMAS, 1984, p. 294). Assim, Habermas percebe os atos da fala perlocucionários como voltados à ação estratégica, que ignora os meios e pensa tão somente no sucesso dos objetivos do falante.

Dutra, além de explicar o caráter parasitário do uso estratégico da linguagem, aponta a diferença que Habermas realiza entre uso latente e manifesto:

O uso estratégico da linguagem, o uso perlocucionário, é parasitário do uso ilocucionário. O uso estratégico latente, por exemplo, é parasitário do uso normal da linguagem, pois supõe que pelo menos uma das partes tome o uso da linguagem como voltado ao entendimento. Já no uso estratégico manifesto, o ato de fala ilocucionário é enfraquecido, ele perde sua força ilocucionária de geração de consenso por meio de pretensões de validade reconhecidas intersubjetivamente. A ação passa a ser coordenada por meios extralinguísticos (por exemplo, a ameaça, o poder). O exemplo do assaltante que diz “Mãos ao alto!”, apontando uma arma, é um caso típico. Este ato não é propriamente um ato ilocucionário, pois não encontramos uma pretensão de validade voltada ao entendimento linguístico, mas ele também tem um status derivado, ele é parasita de um ato ilocucionário, pois sua compreensibilidade é tomada de empréstimo aos atos ilocucionários, isto é, ao uso desta expressão voltada ao entendimento linguístico. (DUTRA, 2005, p. 87)

Após concluir o argumento em defesa do uso comunicativo da linguagem, Habermas acaba por delimitar as três divisões de Austin, consistentes em atos locucionários, ilocucionários e perlocucionários como, respectivamente, dizer

algo, agir ao dizer algo e, por fim, realizar um efeito ao se agir dizendo algo⁷⁶.

Explanada a divisão, deve-se voltar a analisar os atos locucionários e ilocucionários. Habermas propõe que os atos ilocucionários não sejam vistos como consequências irracionais dentro dos enunciados. Para ele, uma divisão firme entre atos locucionários e ilocucionários é abstrata: todo ato de fala carrega tanto significado locucionário quanto força ilocucionária. Para a pragmática universal de Habermas, todo ato de fala é uma ação, que transforma uma sentença em um enunciado no qual existe tanto parte proposicional quanto performativa. Por exemplo, na frase “eu afirmo que *p*”, o verbo afirmar é performativo, compondo a força ilocucionária, enquanto a parte proposicional é encontrada em *p*.

Habermas traduz o conceito de força ilocucionária para uma ideia de pretensões de validade. Elas exigem o reconhecimento pela outra pessoa (são intersubjetivos) e precisam estar fundamentados em razões. Portanto, enquanto o conteúdo proposicional (locucionário) fixa aquilo de que se fala,

⁷⁶ “Thus the three acts that Austin distinguishes can be characterized in the following catchphrases: to say something, to act in saying something, to bring about something through acting in saying something”. (HABERMAS, 1984, p. 289).

a parte ilocucionária fixa o sentido pragmático, ou seja, a pretensão de validade apresentada.

Há, assim, uma dupla estrutura da fala: interpessoal e proposicional. Elas são independentes uma da outra. Habermas (1998) traz como exemplo um ato de fala com o conteúdo proposicional composto por “Peter fumando um cigarro”. Pode-se trazer o mesmo conteúdo proposicional com diferentes pretensões interpessoais: “eu declaro que Peter está fumando”; “eu pedi a Peter que fumasse”; “eu pergunto a você, Peter, se fuma”; “eu adverti Peter sobre fumar”.

Essa reflexividade da linguagem significa que ao dizermos algo, também fazemos algo. Em um ato de fala qualquer, o falante expressa o que exige e também o que faz, ao mesmo tempo. Mesmo ao fazer uma pergunta, apesar de não se afirmar que se está perguntando, o próprio ato de perguntar reflete que se pergunta.

A capacidade de se comunicar nesses diferentes níveis da linguagem caracteriza a competência comunicativa, cuja reconstrução é alvo da pragmática universal. Ela assim o faz determinando as regras para que o entendimento seja possível. E, quando há uma interação na qual os participantes harmonizam seus planos de ação individual um com o outro e

buscam seus objetivos ilocucionários sem reserva, ocorre a ação comunicativa⁷⁷.

O consenso necessário para essa ação comunicativa é alcançado através de procedimentos que garantem sua racionalidade, imunizando-o da violência e arbitrariedade:

Um consenso racionalmente motivado tem uma base racional; ele não pode ser imposto por nenhuma das partes, por meio de influências instrumentais sobre as decisões dos oponentes. Um consenso pode ser objetivamente obtido pela força; mas o que advém da influência externa ou do uso da força não se caracteriza subjetivamente como consenso. Consenso depende de convicções em comum. O ato de fala de uma pessoa só é bem-sucedido se a outra aceita a oferta nele contido ao tomar uma posição (ainda que implícita) de “sim” ou “não” quanto a uma pretensão de validade que é, em princípio, criticável. (HABERMAS, 1984, p. 287, tradução do autor)⁷⁸.

⁷⁷ “I have called the type of interaction in which all participants harmonize their individual plans of action with one another and thus pursue their illocutionary aims without reservation ‘communicative action’. (HABERMAS, 1984, p. 294).

⁷⁸ “A communicatively achieved agreement has a rational basis; it cannot be imposed by either party, whether instrumentally through influencing the decisions of opponents. Agreement can indeed be objectively obtained by force; but what comes to pass manifestly through outside influence or the use of violence cannot count subjectively as agreement. Agreement rests on common

Dutra (2005) assinala as três condições que, para Habermas, são imprescindíveis para o entendimento e, conseqüentemente, para a ação comunicativa: primado da racionalidade comunicativa sobre a estratégica; cumprimento das quatro pretensões de validade; resolução discursiva dessas pretensões.

Analisada a importância da comunicação dentro da teoria de Habermas, que privilegia a racionalidade comunicativa em detrimento da estratégica, pode-se passar a uma análise das pretensões contidas nos atos da fala. Isso porque Habermas divide as pretensões de validade contidas na força ilocucionária em três: correção, verdade e sinceridade. Há, ainda, uma pretensão que é, na realidade, pressuposto: a da inteligibilidade. Todo ato de fala pode ser questionado quanto às referidas pretensões e, para Habermas, um ato de fala bem-sucedido consegue ser entendido conjuntamente em relação às quatro.

Para explicar as diferenças, pode-se dizer que quando o falante faz uma asserção, narra, explica, representa, faz previsões ou discute algo, ele está procurando uma concordância

por parte do ouvinte baseada no reconhecimento de sua pretensão de *verdade*. Quando o falante enuncia uma experiência pessoal, revela, confessa ou manifesta algo, ele busca o reconhecimento de sua pretensão de *sinceridade* ou *veracidade*. Por fim, quando o falante dá uma ordem, faz uma promessa, adverte alguém, ele almeja que outros admitam a ação como *correta* ou *justa*. Ademais, todo ato de fala busca ser inteligível⁷⁹.

Pode-se contestar apenas uma das pretensões de um ato de fala ou mais de uma ao mesmo tempo. Habermas (1984) traz o exemplo de um professor pedindo a um aluno que lhe traga um copo de água, por meio do enunciado “por favor, traga-me um copo de água”. A frase não é uma ordem nem mera expressão de vontade, mas um ato de fala voltado ao entendimento que pode ser contestado pelas três pretensões de validade que carrega: correção, verdade e veracidade. Dessa forma, o aluno,

⁷⁹ Atienza, por sua vez, traz outros exemplos dentro dessa mesma divisão dos atos da fala de Habermas: “Nos atos de fala constatadores (afirmar, referir, narrar, explicar, prever, negar, impugnar etc.), o falante pretende que o seu enunciado seja verdadeiro. Nos atos de fala reguladores, como as ordens, as exigências, as advertências, as desculpas, as repreensões, os conselhos), o que se pretende é que o ordenado, exigido etc. seja correto. Nos atos de fala representativos (revelar, descobrir, admitir, ocultar, despistar, enganar, expressar etc.), pretende-se que o que se exprime seja sincero ou veraz. Por outro lado, com qualquer ato de fala se propõe uma pretensão de inteligibilidade”. (ATIENZA, 2014, p. 189).

convictions. The speech act of one person succeeds only if the other accepts the offer contained in it by taking (however implicitly) a 'yes' or 'no' position on a validity claim that is in principle criticizable”. (HABERMAS, 1984, p. 287).

questionando a correção, pode afirmar que não é certo ou justo ser tratado como empregado. Ou, no que tange à veracidade, asseverar que o professor mente e não realmente deseja a água, mas tão somente envergonhar o aluno perante seus colegas. Por fim, pode questionar, no que diz respeito à verdade da assertiva, que o pressuposto de que há uma fonte de água próxima não corresponde à realidade, não sendo possível o aluno trazer um copo d'água antes do término da aula.

Avançando, Habermas propõe uma divisão dos atos da fala em casos puros (ou casos limites), em que o falante quer que seu enunciado seja entendido principalmente em um dos aspectos: os atos da fala regulativos se relacionam à correção, os constatativos à verdade e os representativos à sinceridade.

Por fim, a força da pretensão de validade é medida pelas razões que o falante pode oferecer para que ela seja reconhecida. Essa força ilocucionária age, logo, como uma força vinculativa: a pretensão de um falante pode ser desafiada pelo ouvinte, que assume o ônus de fundamentá-la. É essa força vinculativa contida no enunciado que torna possível a ação comunicativa. Nas palavras de Habermas:

Eu chamo de interações comunicativas quando os participantes coordenam seus

planos de ação consensualmente, sendo o consenso alcançado em qualquer ponto avaliado em termos de reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validades. [...] Ademais, eu diferencio a ação comunicativa da ação estratégica. Enquanto na ação estratégica um ator procura influenciar outro por meio da ameaça da sanção ou a possibilidade de gratificação, visando que a interação continue como deseja, **na ação comunicativa um ator procura racionalmente motivar outro por meio do efeito vinculativo ilocucionário contido em seu ato de fala.** (HABERMAS, 1990, p. 58, tradução do autor, grifou-se)⁸⁰.

Compreendidas as delimitações, pode-se indagar: como resolver as pretensões desafiadas? Para Habermas, a pretensão de veracidade só pode ser averiguada por meio de uma análise das ações do falante, enquanto a de inteligibilidade é

⁸⁰ "I call interactions communicative when the participants coordinate their plans of action consensually, with the agreement reached at any point being evaluated in terms of the intersubjective recognition of validity claims. In cases where agreement is reached through explicit linguistic processes, the actors make three different claims to validity in their speech acts as they come to an agreement with one another about something. [...] Whereas in strategic action one actor seeks to influence the behavior of another by means of the threat of sanctions or the prospect of gratification in order to cause the interaction to continue as the first actor desires, in communicative action one actor seeks rationally to motivate another by relying on the illocutionary binding/bonding effect (*Bindungseffekt*) of the offer contained in his speech act". (HABERMAS, 1990, p. 58).

pressuposto da comunicação. Sobram, portanto, duas pretensões: a de verdade e de correção, cujas resoluções vêm por meio da prática do discurso.

4 O procedimento discursivo e seus pressupostos

Como visto, os enunciados possuem tanto uma força ilocucionária quanto um significado locucionário. A força ilocucionária carrega pretensões de validade, que são relacionadas a correção, verdade ou veracidade do enunciado. Em certos casos, o falante busca por meio do enunciado a aceitação, em especial, de uma dessas pretensões, assumindo que as outras já são aceitas. E, ao trazer a referida pretensão de validade dentro de seu enunciado, o falante se compromete a fundamentá-la, ou seja, dar razões para sua asserção, caso questionado. Essa pretensão serve como uma garantia vinculativa que o falante é capaz de aduzir outras razões que convenceriam o ouvinte da primeira asserção.

Quando os atos de fala constatativos (relativos à verdade) ou normativos (relacionados à correção) são desafiados, exige-se o abandono do contexto interativo e o

ingresso no que Habermas chama de discurso. Logo, clareia-se as pretensões de verdade ou de justiça com o uso da própria linguagem.

Para explicar o discurso é possível contrapô-lo à ação. Isso porque, na maioria das vezes, a pretensão de validade exposta pelo orador é aceita tacitamente pelo ouvinte, sendo suficiente para coordenar as interações. Há, como resultado, uma ação comunicativa bem-sucedida. Ou seja, quando ouvinte e orador entendem-se e concordam com um pedido verbal, movem-se da comunicação à ação por meio do consenso, e as ações são coordenadas tacitamente pelas asserções de validade.

Entretanto, há momentos em que a pretensão de validade é rejeitada pelo ouvinte, impedindo-se que a ação continue, sendo necessário que o falante expresse razões complementares. McCarthy (1985) explica que nesses momentos os envolvidos possuem duas alternativas: a primeira consiste em quebrar a comunicação (por definição, voltada ao entendimento) e passar a formas estratégicas de agir (orientadas ao sucesso, tais como conflito ou competição). A segunda opção é elevarem a comunicação ao nível do discurso argumentativo, com o objetivo de examinar as pretensões de validade problemáticas.

Alexy (2013, p. 110), por sua vez, explicita a distinção entre a ação e o discurso explanando que, enquanto nas ações as pretensões de validade presentes nos atos de fala são tacitamente reconhecidas, nos discursos, “as pretensões de validade que se tornaram problemáticas se transformam no tema e se investiga sua fundamentação”. O autor ainda aponta que no centro da lógica do discurso está o argumento, que é a fundamentação que motiva a reconhecer uma pretensão de validade de ordens, afirmações e valorações.

Em igual sentido, McCarthy escreve:

Quando diferenças fundamentais em crenças e valores bloqueiam o início ou continuação das comunicações, a possibilidade de se resolver discursivamente essas diferenças ganha significado especial. Representa a possibilidade de instituir ou reinstituir as bases consensuais para a interação sem se apelar a força ou qualquer uma de suas formas, seja da violência aberta à manipulação latente; representa a possibilidade de se alcançar a concordância através do uso da razão e utilizando-se, em vez da violação, a própria humanidade dos envolvidos.

(McCARTHY, 1985, p. 291, tradução do autor)⁸¹.

O discurso, dessa forma, não é sinônimo de linguagem ou fala, mas um termo técnico para uma forma reflexiva de fala que visa alcançar um consenso motivado racionalmente. Finlayson (2005) descreve o discurso habermasiano como uma comunicação sobre a comunicação, a qual surge com a interrupção do consenso dentro do contexto da ação. Didático, o mesmo autor traz um exemplo prático, ainda que simples, o qual clareia a distinção entre ação e discurso:

Suponha que você me peça para não fumar no meu escritório quando você estiver presente, e eu realizo uma objeção ao seu pedido porque sei que você também é fumante. Eu lhe pergunto as razões por trás de seu pedido. Você pode responder que recentemente abandonou o cigarro e não deseja ser tentado a voltar ao hábito. Nesse momento, eu posso aceitar suas razões não fumar. Na visão de Habermas, nós entramos em um discurso

⁸¹ “When fundamental differences in beliefs and values block the initiation or continuation of communicative relations, the possibility of discursively resolving these differences takes on a particular significance. It represents the possibility of instituting or reinstating a consensual basis for interaction without resort to force in any of its form from open violence to latent manipulation; it represents the possibility of reaching agreement through the use of reason and thus by recourse to, rather than violation of, the humanity of those involved”. (MCCARTHY, 1985, p. 291).

(ainda que curto), chegamos a um consenso racionalmente motivado (em alemão, *rationales Einverständnis*), e voltamos suavemente ao contexto da ação. (FINLAYSON, 2005, p. 41, tradução do autor)⁸².

Dessa forma, o discurso, em princípio, sempre visa ao consenso motivado, mesmo que nenhum consenso realmente aconteça. Além disso, o termo discurso não denota uma forma rara de atividade linguística, mas uma prática comum de argumentação e justificação que é presente na rotina diária. Portanto, o discurso ocupa uma forma privilegiada no mundo social, sendo o mecanismo padrão para regular conflitos na sociedade moderna. Sua função é renovar ou reparar um consenso falho e reestabelecer as bases racionais da ordem social.

A prática discursiva pode ser dividida conforme a pretensão de validade disputada. Como já mencionado, as

⁸² *“Suppose you ask me not to smoke in my office when you are present, and I demur at your request because I know that you too are a smoker. I ask you for the reasons behind your request. You may reply that you have recently given up smoking and do not wish to be tempted back into the habit. At this point, I might accept your reason and put my cigarettes away. On Habermas’s view, we have entered into discourse (however briefly), reached a rationally motivated consensus (this phrase is the accepted English translation of rationales Einverständnis), and returned smoothly to the context of action”.* (FINLAYSON, 2005, p. 41).

pretensões de veracidade não se resolvem discursivamente, mas apenas com a análise da coerência dos atos do falante, enquanto a pretensão de inteligibilidade é condição para ocorrer a comunicação, mas não seu objeto. Quanto às duas restantes, quando se duvida de atos de fala constatativos, que carregam pretensões sobre a verdade, trata-se de um discurso teórico; quando se questiona atos de fala normativos, que pretendem a justiça ou correção, ocorrerá um discurso prático.

Dentro do discurso, o falante tem que dar razões para fundamentar as pretensões que exprimiu com seu ato de fala. Habermas assume que a justificação adequada à cada prática depende da pretensão de validade levantada. No discurso teóricos, voltado ao conhecimento científico, utiliza-se de fatos e dados de observação; no discurso prático, relacionado à norma, trata-se de interpretações de necessidades.

Nesse sentido, Mesquita diferencia e define ambos discursos:

Existem dois tipos de discurso: o discurso teórico e o discurso prático. O discurso teórico pretende acolher ou rejeitar afirmações relativas a fatos e objetos. Exemplo típico é o discurso científico, no qual os cientistas pretendem convencer seus colegas da verdade de suas teorias com base em argumentos

racionais. A busca da verdade dá-se por meio da razão dialógica do grupo, pois o discurso teórico é estabelecido e os argumentos mais convincentes prevalecem. Vê-se que ao cabo do discurso teórico a verdade é determinada pelo consenso dos integrantes do discurso. Trata-se, pois, de uma teoria consensual da verdade.

O discurso prático pretende submeter as normas - existentes ou hipotéticas - ao critério de legitimidade consistente num processo argumentativo integrado por todos aqueles que potencialmente possam ser atingidos pela observância da norma, ainda que de maneira indireta. A aceitação da norma depende de sua justificação racional num diálogo democrático, no qual são observados todos os argumentos e eventuais efeitos colaterais advindos da aplicação da norma. (MESQUITA, 2001, p. 60).

No que tange ao discurso teórico, relativo à verdade, Habermas inicialmente elaborou uma teoria consensual da verdade, a qual correlaciona a verdade ao consenso alcançado em condições ideais, denominado de situação ideal de fala. Entretanto, eventualmente desenvolveu a teoria, chegando a afirmar que: “uma proposição é aceita por todos os sujeitos racionais porque é verdade; não é verdade porque poderia ser

objeto de um consenso alcançada sob condições ideais.” (HABERMAS, 2003, p. 101)⁸³.

Por outro lado, o interesse de Habermas no discurso, aliado à teoria política, levou-o a desenvolver uma teoria discursiva da moral (chamada com frequência de ética discursiva) e, no campo no campo jurídico, uma teoria discursiva do direito, a qual intenta demonstrar que os princípios ideais do discurso podem ser realizados dentro da moldura institucional do sistema legal (ALEXY, 1998). Nessas formulações, estão

⁸³ *“It suggests that truth can be conceived as idealized warranted assertability, which in turn is assessed in terms of a consensus attained under ideal conditions. But a proposition is agreed to by all rational subjects because it is true; it is not true because it could be the content of a consensus attained under ideal conditions”.* (Habermas 2003, p. 101). Aliás, a obra que melhor expressa sua teoria consensual da verdade (*Wahrheitstheorien*, 1973) nunca foi traduzida para o inglês a pedido do autor, sob a justificativa de que confundiria novos leitores. Sua “nova” teoria da verdade pode ser encontrada em sua obra “Verdade e Justificação”. Para ler mais sobre como se modifica a ideia original do autor, conferir Dutra (2005).

presentes dois conhecidos princípios: o do discurso (D)⁸⁴ e o de universalização (U)⁸⁵.

Todavia, mais interessante ao presente trabalho é explicar as condições de possibilidade para a ação comunicativa, identificando as regras que permitem que o discurso seja capaz de existir à luz da racionalidade comunicativa. Assim, deve identificar-se quais pressupostos regem o discurso, qualquer que seja a pretensão de validade desafiada, e que garantem sua capacidade de atingir um consenso racionalmente motivado.

Isso porque o discurso é uma atividade disciplinada, com a argumentação sendo uma prática que exige o seguimento de certas regras identificáveis e formais. Portanto, é possível

⁸⁴ “De acordo com a ética do Discurso, uma norma só deve pretender validade quando todos os que possam ser concernidos por ela cheguem (ou possam chegar), enquanto participantes de um Discurso prático, a um acordo quanto à validade dessa norma. Esse princípio ético-discursivo (D), ao qual voltarei a propósito da fundamentação do princípio da universalização (U), já pressupõe que a escolha de normas pode ser fundamentada”. (HABERMAS, 1989, p. 86).

⁸⁵ O princípio de universalização assevera que “toda norma válida deve satisfazer a condição: que as consequências e efeitos colaterais, que (previsivelmente) resultarem para a satisfação dos interesses de cada um dos indivíduos do fato de ser ela universalmente seguida, possam ser aceitos por todos os concernidos (e preferidos a todos as consequências das possibilidades alternativas e conhecidas de regragem)”. (HABERMAS, 1989, p. 86).

delimitar o procedimento discursivo formulando-se diretrizes, cujo cumprimento garante que se busca a razão comunicativa.

Essas regras, todavia, não necessitam (e nem podem) ter observância integral. Cabe aqui transcrever a explicação de Toledo:

O que se pretende com o estudo do procedimento discursivo, com a formulação das regras do discurso, com a criação da lógica do discurso, é a objetivação de critérios de racionalidade, esses sim obtidos mediante a referência ou a consideração de condições ideais de correção. Para ser racional ou correto, não é necessário então, que o enunciado normativo preencha integralmente todas as regras do discurso, mesmo porque algumas delas podem ser apenas aproximadamente cumpridas, mas é com o estabelecimento dessas regras que se fornecem critérios pelos quais se deve pautar a fundamentação do discurso prático (Geral ou jurídico) que, quanto mais seguí-los, mais racional ou correto será. (TOLEDO, 2005, p. 51.)

Por sua vez, Habermas (1989) divide os pressupostos argumentativos em três níveis: produto, procedimento e processo, os quais ele relaciona a uma perspectiva,

respectivamente, lógica, dialética e retórica.⁸⁶ Cada uma dessas perspectivas funciona para determinar o quão forte é um argumento.

O primeiro trata da lógica básica e de regras semânticas, envolvendo o princípio da não-contradição e da necessidade de consistência. Já no segundo nível estão as regras sobre o procedimento, como o princípio da veracidade. Por fim, o terceiro nível é composto por normas que visam imunizar o discurso da coerção, repressão e desigualdade, garantindo que o melhor argumento ganhe.

O primeiro conjunto de regras, que trata da parte lógica, deve ser compreendido como uma lógica informal, e não como a lógica atada à dedução típica das ciências naturais. Citando a sistematização de Alexy nesse nível, Habermas traz como exemplo:

(1.1) A nenhum falante é lícito contradizer-se.

⁸⁶ “Convém distinguir (do ponto de vista do cânon aristotélico) três planos de pressupostos argumentativos: pressupostos no plano lógico dos produtos, no plano dialético dos procedimentos e no plano retórico dos processos. As argumentações são destinadas antes de mais nada a produzir argumentos concludentes, capazes de convencer com base em propriedades intrínsecas e com os quais se podem resgatar ou rejeitar pretensões de validade”. (HABERMAS, 1989, p. 110).

(1.2) Todo falante que aplicar um predicado F a um objeto *a* tem que estar disposto a aplicar F a qualquer outro objeto que se assemelhe a *a* sob todos os aspectos relevantes.

(1.3) Não é lícito aos diferentes falantes usar a mesma expressão em sentidos diferentes.

(HABERMAS, 1989, p. 110)

Já o tratamento dialético diz respeito às obrigações do argumentador: deve se ater ao tema discutido, assumir o ônus da prova, proceder com sinceridade. Para ele, nessa categoria as regras já possuem um caráter ético: são pressupostos comuns daqueles que argumentam voltados ao entendimento.

Novamente, Habermas utiliza de exemplo regras de Alexy:

(2.1) A todo falante só é lícito afirmar aquilo em que ele próprio acredita.

(2.2) Quem atacar um enunciado ou norma que não for objeto da discussão tem que indicar uma razão para isso. (HABERMAS, 1989, p. 111)

E, no campo da retórica, interessa-se por perseguir de forma igualitária todos os argumentos, buscando-se uma verdade argumentativa isenta de pressões, coações e ameaças, sejam elas internas ou externas:

(3.1) É lícito a todo sujeito capaz de falar e agir participar de Discursos.

(3.2) a. É lícito a qualquer um problematizar qualquer asserção.

b. É lícito a qualquer um introduzir qualquer asserção no discurso.

c. É lícito a qualquer um manifestar suas atitudes, desejos e necessidades.

(3.3) Não é lícito impedir falante algum, por uma coerção exercida dentro ou fora do Discurso, de valer-se de seus direitos estabelecidos em (3.1) e (3.2). (HABERMAS, 1989, p. 112).

Habermas explana que a regra (3.1) define os participantes em potencial, incluindo, sem exceção, qualquer um que possua a capacidade de participar da argumentação; a regra (3.2) garante aos participantes oportunidades iguais de contribuir na argumentação; a regra (3.3) delimita as condições no qual o direito ao acesso universal e igual de participação pode ser aproveitado, sem repressão, mesmo que externa à prática discursiva. Esse conjunto de regras, aliás, foi o qual ele inicialmente denominou como imprescindível em uma situação ideal de fala, ou seja, uma comunidade onde os argumentos são analisados tão somente pelo seu conteúdo, sendo garantido aos participantes oportunidades simétricas de manifestação⁸⁷. O

⁸⁷ "No discurso argumentativo, mostram-se estruturas de uma situação de fala que está particularmente imunizada contra a repressão e a desigualdade: ela apresenta-se como uma forma de comunicação suficientemente

discurso deve, então, satisfazer a improvável condição de ser imune à repressão e desigualdade.

Mais que meras convenções, Habermas define tais regras como pressupostos implícitos da prática discursiva, que podem ser demonstradas através de contradições performativas: participantes de uma argumentação não podem escapar do pressuposto que a estrutura de sua comunicação exclui coerções além daquela exercida pela força do melhor argumento. É por isso que Feteris (2003) afirma que o ideal da racionalidade comunicativa é pressuposto em toda discussão em que os participantes tentam convencer um ao outro com argumentos.

Nesse contexto, Dutra sintetiza o argumento de Habermas utilizado para demonstrar a necessidade de se admitir os pressupostos supramencionados:

A estratégia do argumento consiste em levar aquele que argumentam a, reflexivamente,

aproximada de condições ideais. Eis por que tentei, há tempos, descrever os pressupostos da argumentação como determinações de uma situação ideal de fala. [...] Mas, hoje ainda, parece-me acertada a intenção de reconstruir aquelas condições universais de simetria que todo falante competente, na medida em que pensa entrar de todo numa argumentação, tem que pressupor como suficientemente preenchidas". (HABERMAS, 1989, p. 111).

dar-se conta de que, ao argumentar, aceita certas condições que não pode negar sem contradição (performativa), mas que também não pode prova-las dedutivamente sem círculo, sem petição de princípio (*petitio principii*). O resultado desse segundo passo metodológico consiste na refutação daquele que nega essas condições da pragmática, isto é feito pela redução ao absurdo dessa negação. Dessa forma, indiretamente, é “demonstrada” a necessidade das condições de possibilidade do entendimento. (DUTRA, 2005, p. 12).

Assim sendo, neutralizar-se-ia dentro do discurso outros motivos senão a busca cooperativa pela verdade. É possível associar a situação ideal de fala como inerente à estrutura da fala, cuja existência atua como condição de possibilidade de qualquer entendimento.

Essas condições, ao mesmo tempo que pressupostos, são ainda contrafáticas na medida que discursos reais raramente podem alcançar a inclusão total, acompanhada da não coerção e igualdade. A neutralidade das distorções é, portanto, utópica. Sendo assim, Habermas não é alheio ao fato de que o discurso toma lugar em certo contexto social particular e está limitado pelo tempo e espaço. Afinal, na vida cotidiana, onde os participantes podem cometer falhas, os pressupostos nunca são observados senão aproximadamente. Além disso, o autor tem

plena consciência que a possibilidade de comprovação empírica de que o discurso cumpriu a totalidade das regras também se mostra questionável.

Todavia, esses pressupostos ideias possuem um efeito no discurso real: só é possível considerar resultados consensuais como racionais se a análise do discurso não descobrir óbvias exclusões, supressão de argumentos, manipulações, autoenganos e similares. Logo, apesar da concretização plena não ser possível, os referidos pressupostos possuem o efeito regulativo de garantir a inclusão, compreensão, e a ausência de embustes e coerção dentro da prática discursiva. As idealizações pragmáticas atuam, dessa forma, como um critério de autocorreção.

Mais do que isso, elas possibilitam a ocorrência da razão comunicativa, que acaba por se diferenciar da razão prática na medida que “não pode ser vista como uma capacidade subjetiva, capaz de dizer aos atores o que *devem* fazer” (HABERMAS, 2003, p. 20, grifos do original). É nesse sentido que o autor alemão escreve:

A razão comunicativa, ao contrário da figura clássica da razão prática, não é uma fonte de normas do agir. Ela possui um conteúdo

normativo, porém somente na medida em que o que age comunicativamente é obrigado a apoiar-se em pressupostos pragmáticos do tipo contrafactual. Ou seja, ele é obrigado a empreender idealizações, por exemplo, a atribuir significado idêntico a enunciados, a levantar uma pretensão de validade em relação aos proferimentos e considerar os destinatários imputáveis, isto é, autônomos e verazes consigo mesmos e com outros. E, ao fazer isso, o que age comunicativamente não se defronta com o “ter que” prescritivo de uma regra de ação e, sim, com o “ter que” de uma coerção transcendental fraca – derivado da validade deontológica de um mandamento moral, da validade axiológica de uma constelação de valores preferidos ou da eficácia empírica de uma regra técnica. (HABERMAS, 2003, p. 20).

Portanto, são idealizados na medida que são tipicamente contrafáticos e não serão satisfeitos senão aproximadamente. Ao mesmo tempo, a referida transcendentalidade advém por esses pressupostos serem inescapáveis na medida que se relacionam ao que significa, essencialmente, argumentar. Pode-se argumentar, nessa linha, que essas regras, por serem inescapáveis, dão sentido a ideias de verdade e justiça que transcendem o contexto local de validade. Afinal, se as pretensões de validade desafiadas possuem

capacidade de comprovação por meio do discurso, cujos pressupostos são universais, há, portanto, um poder de transcender contextos mesmo nos processos argumentativos diários.

Finlayson (2005) argumenta que esse modelo procedimental, consistentes nesses pressupostos contrafáticos, não forneceria tão somente critérios formais de racionalidade, mas também materiais. A teoria do discurso englobaria dois princípios morais: justiça (entendida como direitos iguais) e solidariedade (vista como empatia e preocupação pelo bem-estar de outros seres humanos). Em igual sentido, Toledo escreve que a regra que prescreve que qualquer um pode tomar parte no discurso, introduzir e problematizar qualquer asserção, “tem como condição de possibilidade os princípios da igualdade e da liberdade, que não são princípios lógicos, isto é, procedimentais, mas materiais, significando que se reconhece o outro como um igual a si em liberdade”. (TOLEDO, 2005, p. 53).

5 Considerações finais

Está explanada, em termos gerais, a razão comunicativa de Habermas. Ela está diretamente ligada à sua visão pragmática de comunicação. Falantes, quando cumprem a finalidade essencial da comunicação, utilizam-se de enunciados. Tais enunciados são, por si só, atos de fala, cuja parte ilocucionária carrega pretensões de validade. Estas possuem um caráter intersubjetivo: buscam a aprovação do ouvinte ao mesmo tempo que vinculam o orador a produzir novas razões. Quando tais pretensões são aceitas tacitamente, há a ação comunicativa; quando rejeitadas, entra-se no discurso. Ambos são regidos pelo ideal de racionalidade comunicativa, que é voltado à compreensão mútua.

No discurso, por meio da argumentação, oferecem-se razões para justificar as pretensões de validade. Para que a concordância seja considerada racionalmente motivada, necessita-se observar certos pressupostos. A racionalidade, portanto, tem um caráter tanto intersubjetivo quanto procedimental, sendo relacionada à aceitação alheia em um contexto de conduta previamente definido. Tais regras, além de idealizações contrafáticas, são pressupostos de qualquer argumentação visando a compreensão mútua.

Por fim, o conceito se mostra capaz de cumprir o ideal de Habermas que tange a possibilitar uma alternativa à razão instrumental, por um lado, e a ausência de razão quanto a juízos de valores, por outro. É, portanto, hábil a resgatar uma função emancipatória da razão, capaz não só de chegar a resultados, mas permitir melhores relações humanas.

6. Referências

ALEXY, Robert. Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse. In: ROSENFELD, Michel. ARATO, Andrew. **Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges**. University of California Press, 1998.

_____. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DUTRA, Delamar José Volpato. **Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia**. 2. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005.

FETERIS, *Eveline T.* The Rationality of Legal Discourse in Habermas's Discourse Theory. **Informal Logic**, v. 23, n. 2, p. 139-159, 2003.

FINLAYSON, Gordon. **A very short introduction**. Oxford University Press, 2005

HAARSCHER, Guy. Perelman and Habermas. **Law and Philosophy**, n. 5, p. 331-342, 1986.

HABERMAS, Jürgen. **Comentários à ética do Discurso**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

_____. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. **The Theory of Communicative Action**, vol. 1: Reason and the rationalization of society. Boston: Beacon Press, 1984.

_____. **Truth and Justification**. Cambridge: MIT Press, 2003.

MESQUITA, Rogério Garcia. **Weber e Habermas**: diagnóstico da modernidade e orientação para o agir. Dissertação, Universidade Federal de Santa Catarina, 2001.

MCCARTHY, Thomas. **The critical theory of Jurgen Habermas**. 3. ed. The MIT Press, 1985.

TOLEDO, Cláudia. Teoria da argumentação jurídica. **Veredas do Direito**, v.2, Belo Horizonte, p. 47-65, 2005. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/veredas_direito/pdf/4_28.pdf> Acesso em: 03 jun. 2016.

A RETIRADA DA NACIONALIDADE COMO SANÇÃO POR CRIMES DE TERRORISMO RESULTANTE EM APATRIDIA: ANÁLISE DO PROJETO DE REVISÃO CONSTITUCIONAL Nº 3381 NA FRANÇA

Mayara Loebmann Perez^{88}*

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a adequação da retirada da nacionalidade aplicada como sanção por crimes de terrorismo resultante em apatridia conforme as normas de direito internacional. Mais especificamente, analisar-se-á o artigo 2º do projeto de revisão constitucional nº 3381, apresentado pelo governo francês à Assembleia Nacional, com a posterior emenda nº 63. Parte-se, a princípio, de uma análise do conceito de apatridia e suas implicações sob a perspectiva dos direitos humanos. Posteriormente, será examinada a retirada da nacionalidade como punição em suas diferentes formas. Dando sequência, passa-se ao estudo atento do projeto de revisão constitucional nº 3381 proposto pelo governo francês. Por fim, faz-se uma análise crítica deste à luz das normas de direito internacional aplicáveis ao caso. A pesquisa demonstrou que, sob a perspectiva da Convenção para a Redução dos Casos de

Apatridia de 1961, a privação da nacionalidade pode ser aplicada nos termos do artigo 8-3ii, ainda que isso resulte em apatridia. Por outro lado, de acordo com o artigo 7-3 da Convenção Europeia sobre a Nacionalidade de 1997, é permitida a retirada da nacionalidade resultante em apatridia somente em caso de fraude na aquisição da nacionalidade. Por sua vez, a Corte de Justiça da União Europeia ainda não foi acionada para se manifestar em situação semelhante, contudo, já sinalizou, no caso *Rottmann vs. Freistaat Bayern*, a autonomia dos Estados para decidir em matéria de aquisição e perda da nacionalidade, desde que conforme os preceitos do direito comunitário e respeitado o princípio da proporcionalidade.

Palavras-chave: apatridia; retirada da nacionalidade; terrorismo; sanção.

Abstract: The following study aims at analysing the suitability of nationality withdrawal applied as sanction for crimes of terrorism resulting in statelessness according to international law. This paper shall analyse specifically the Draft Constitutional Revision no. 3381, submitted by the French government to the National Assembly, with the succeeding amendment no. 63. First of all, an analysis of the concept of statelessness and its implications under Human Rights perspective is to be established. Subsequently, nationality's withdrawal as punishment will be examined in its different forms. Following up, the analysis proceeds to a careful study of the Draft Constitutional Revision no. 3381 proposed by the French government. Finally, this is a critical approach of the case under the rules of international law's framework. Research has shown that from the 1961 Convention on the Reduction of

^{88*} Graduanda da 8ª fase do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail da autora: mayaralopez@gmail.com.

Statelessness' outlook nationality deprivation may be applied under Article 8-3ii, even if it results in statelessness. On the other hand, according to Article 7-3 of the European Convention on Nationality, citizenship deprivation resulting in statelessness is only allowed in case of fraud in the acquisition of nationality. The European Court of Justice has not yet been called upon to pronounce in an akin situation. However, in the *Rottmann vs. Freistaat Bayern* they have already stated the autonomy of States to decide on the acquisition and loss of nationality, respecting the principles of community law and the principle of proportionality.

Keywords: statelessness; deprivation of citizenship; terrorism; sanction.

1. Introdução

Definida como “o vínculo político entre o Estado soberano e o indivíduo, que faz deste um membro da comunidade constitutiva da dimensão pessoal do Estado.” (REZEK, 2011, p. 212) a nacionalidade possibilita que o indivíduo exerça direitos e deveres no seio de uma nação. Embora sua importância seja amplamente reconhecida, estima-se que atualmente existam de 10 a 15 milhões de indivíduos

vivendo em estado de vulnerabilidade por conta da ausência de nacionalidade, estes chamados de apátridas.⁸⁹

A apatridia, cuja existência remonta a tempos distantes, passou a receber maior atenção da comunidade internacional no contexto do fim da Segunda Guerra Mundial, como resposta à necessidade de milhões de pessoas que se tornaram refugiados ou apátridas por conta das migrações forçadas. Nessa mesma conjuntura, com a criação da Organização das Nações Unidas⁹⁰, surge o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados⁹¹, agência especializada da ONU encarregada, entre outras atribuições, de auxiliar na redução da incidência da apatridia e de prestar assistência a pessoas apátridas para que adquiram uma nacionalidade efetiva.

Desde então, a comunidade internacional tem movido forças para que essa condição seja erradicada, tendo sido propostas, no seio do ACNUR, convenções como a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954 e a Convenção para a

⁸⁹ Para mais estatísticas veja *Global Trends*, 2013, <http://www.unhcr.org/5399a14f9.html>, p. 31. Ressalta-se que os problemas em compilar dados relativos à apatridia decorrem da dificuldade de obter números corretos por parte dos governos.

⁹⁰ Daqui em diante ONU.

⁹¹ Daqui em diante ACNUR.

Redução dos Casos de Apatridia de 1961. Também reconhecem-se outras convenções regionais, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Convenção Europeia sobre a Nacionalidade e a Convenção sobre a Prevenção da Apatridia relacionada à Sucessão de Estados.

Por outro lado, com o crescimento do temor e da preocupação das nações com relação à prevenção do terrorismo internacional, intensificada principalmente após o atentado de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos da América, verifica-se que, atualmente, alguns países, como Bélgica, França e Alemanha, deparam-se com o surgimento de grupos radicais e células terroristas dentro de seu próprio território.

Diante disso, a fim de oferecer uma resposta à altura dos atos perpetrados por estes grupos, alguns Estados têm rediscutido as sanções aplicáveis àqueles que atentarem contra seus interesses vitais. Muitos países⁹² possuem, em suas respectivas normas internas, a possibilidade de que indivíduos detentores de outra nacionalidade possam sofrer tais sanções. No entanto, são recentes as propostas que buscam estender a

⁹² Como: Grã-Bretanha, Canadá, Holanda e Áustria (MACKLIN, 2015, p.1)

possibilidade de aplicar esta pena àqueles que possuem uma só nacionalidade.

Nesse sentido, a França, país gravemente afetado por recentes atos terroristas, três com alta repercussão nos últimos dois anos⁹³, após o mais violento, ocorrido em novembro de 2015, decidiu colocar em discussão o projeto de revisão constitucional nº 3381. Em seu artigo 2º, ele previa, em suma, a possibilidade de retirada de nacionalidade a todos os indivíduos franceses, caso condenados por crimes de terrorismo.

A despeito do projeto não ter prosperado, tendo sido encerrado pelo presidente François Hollande em março de 2016, o estudo é pertinente à medida em que há uma tendência à expansão da tentativa de adoção da retirada da nacionalidade como sanção contra crimes de terrorismo. Ao mesmo passo, os organismos internacionais voltados à consecução dos direitos humanos, em especial o ACNUR, batalham para a eliminação da apatridia. Sendo assim, o presente trabalho visa a analisar se tal projeto está de acordo com as convenções de direito internacional abaixo expostas.

⁹³ Especificamente o ataque à redação do semanário Charlie Hebdo em janeiro de 2015, aos atentados ocorridos em Paris e Saint Denis em novembro de 2015 e ao ataque com caminhão em Nice, na ocasião das comemorações de 14 de julho de 2016, feriado da Bastilha.

O estudo utiliza-se do método dedutivo, através de pesquisas bibliográficas, da análise da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia de 1961, Convenção Europeia sobre a Nacionalidade, a legislação francesa vigente no caso em questão, bem como a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia aplicada a casos de privação da nacionalidade, com referência especial ao caso *Rottmann vs. Freistaat Bayern*.

Para atingir tal fim, o artigo está estruturado da seguinte maneira: inicialmente, faz-se uma análise do conceito de apatridia e suas implicações sob a perspectiva dos direitos humanos. Posteriormente, será examinada a retirada da nacionalidade como punição em suas diferentes formas, com ênfase à privação por atentado à segurança pública e aos interesses vitais da nação. Dando sequência, passa-se ao estudo atento do projeto de revisão constitucional nº 3381 proposto pelo governo francês. Por fim, faz-se uma análise crítica deste à luz das normas de direito internacional aplicáveis ao caso.

2. Apatridia: conceito e implicações

A definição de apatridia reconhecida à luz do direito internacional pode ser encontrada no artigo 1(1) da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954:

Para efeitos da presente Convenção, o termo apátrida designará toda a pessoa que não seja considerada por qualquer Estado, segundo a sua legislação, como seu nacional.

Originalmente, a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954 foi o primeiro documento da ONU que tratou da questão da ausência da nacionalidade, tendo sido elaborado no contexto do fim da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) pelo ACNUR. Além de estabelecer a conceituação de apatridia, a Convenção oferece um rol de direitos que podem ser exercidos por estes indivíduos enquadrados na definição. (VAN WAALS, 2008, p. 16) Entre eles, pode-se citar: a igualdade de tratamento garantido aos estrangeiros no que tange ao acesso à educação pública, à liberdade de circulação, à liberdade de praticar a sua religião e aos direitos de propriedade intelectual.

Ademais, o conceito ventilado pela Convenção indica a autonomia dos Estados no que se refere à aquisição e perda da nacionalidade. Nesse sentido, o Instituto de Apatridia e

Inclusão⁹⁴ (2014, p. 20) suscita que “cada Estado define as condições para aquisição e perda de sua nacionalidade, ato que é expressão da autodeterminação e um legítimo exercício de soberania [...]”.

Paralelamente, a despeito do amplo reconhecimento de tal conceito, parte da doutrina atesta que a definição explicitada na Convenção é insuficiente para o trato da apatridia, visto que ela abrange somente os indivíduos que efetivamente não possuem ligação jurídica com nenhum Estado. Além destes, chamados “apátridas de direito”, é necessário considerar os apátridas “de fato”, que embora possuam esse vínculo formal de nacionalidade, não podem se valer dos direitos intrínsecos a ela.

Assim entende Laura Van Waaas (2008) em sua tese “Nacionalidade Importa: Apatridia sob o Direito Internacional”:

O foco está na existência (ou ausência) de um *link* formal de nacionalidade, sem pausa para considerar a qualidade ou a eficácia da cidadania. Para refletir essa abordagem, as pessoas qualificadas sob esta definição são

comumente referidas como “apátridas *de jure*”. A definição exclui as pessoas que podem, na realidade, viver em circunstâncias muito semelhantes: aqueles que carecem de proteção *de facto* (de fato) em oposição a *de jure* (na lei) porque, embora mantenham o vínculo formal de nacionalidade, são incapazes de confiar no seu país de nacionalidade para proteção. (VAN WAALS, 2008, p. 20, tradução nossa)

Também, a Acta Final da Convenção de 1954 se refere ao problema das pessoas apátridas *de facto* com uma recomendação não vinculativa aos Estados:

que todo o Estado Contratante que reconheça como válidos os motivos para um indivíduo ter renunciado à proteção do Estado do qual é cidadão, considerará favoravelmente a possibilidade de conceder a essa pessoa o tratamento que a Convenção concede aos apátridas. (ACNUR, 1960, p. 123)

No entanto, no que se refere à discussão da conceituação de apatridia, houve uma tendência das nações a considerar a questão “*de facto*” como encerrada e concentrar-se no problema de uma ausência de proteção “*de jure*” - como evidenciado pela definição adotada. (VAN WAALS, 2008, p. 20)

⁹⁴ O Instituto de Apatridia e Inclusão é uma organização independente, sem fins lucrativos, dedicada a liderar uma resposta integrada e interdisciplinar à injustiça da apatridia e da exclusão. Criada em agosto de 2014, é o primeiro centro global de especialização e ação comprometida com a promoção dos direitos dos apátridas e redução da apatridia em todo o mundo. (INSTITUTO DE APATRIDIA E INCLUSÃO, 2014)

Embora o foco não seja analisar minuciosamente tais conceitos, faz-se também indispensável a distinção entre o apátrida e o refugiado, tendo em vista a necessidade de se verificar o instrumento aplicável a cada um destes. O preâmbulo da Convenção de 1954 indica que a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 abrange os refugiados apátridas e, portanto, estes não são considerados pela Convenção de 1954. (ACNUR, 2005, p. 19) Para mais, a definição do Artigo 1 (1) indica que as duas categorias não são mutuamente exclusivas - ao contrário dos refugiados, no entanto, os apátridas não estão intrinsecamente numa situação migratória.⁹⁵ (MANDAL; GRAY, 2014, p.3)

A apatridia, seja de fato ou de direito, resulta na necessidade de enfrentamento diário de diversos percalços. Hannah Arendt (2004, p. 344) defende que a nacionalidade é o direito de ter direitos. Isto posto, no que se refere às implicações da ausência de nacionalidade, a apatridia é um grau de déficit de direitos sob os direitos humanos internacionais. A realidade enfrentada por grande parte dos indivíduos apátridas geralmente resulta em uma condição de carência de

⁹⁵ Na verdade, a maioria nunca atravessou uma fronteira. (MANDAL; GRAY, 2014, p.3)
107

oportunidades, proteção e participação. (INSTITUTO DE APATRIDIA E INCLUSÃO, 2014, p. 29)

Na perspectiva da ausência de proteção, os apátridas não possuem qualquer amparo diplomático por parte de nenhum Estado, ficando suscetíveis a grandes abusos e afrontas aos direitos humanos. Também, há desafio em diversas áreas da vida social, como: matrícula e frequência à escola, acesso a serviços de saúde, aquisição de bens móveis e imóveis, abertura de conta bancária, obtenção de passaporte como forma de documento de identificação e garantia de locomoção.

Outrossim, podem ser afetados no que se refere aos direitos políticos, como direito de voto, de candidatar-se a cargos de representação e ao exercício de certas funções públicas pois estes podem estar restritos aos nacionais. Além destes problemas enfrentados cotidianamente pelos indivíduos apátridas, a apatridia pode resultar em migração forçada, tendo em vista que o direito de residir no território é geralmente prerrogativa da nacionalidade. (VAN WAALS, 2008, p. 219)

Dentre as diversas razões que acarretam na apatridia⁹⁶ tem-se a retirada da nacionalidade, a qual é geralmente

⁹⁶ Entre outras causas da apatridia, cita-se: o conflito de leis *jus soli* e *jus sanguinis* para a aquisição da nacionalidade; a perda automática da

empregada como uma medida punitiva do Estado contra o indivíduo por ter infringido determinada norma nacional sancionada com a privação da nacionalidade. (VAN WAALS, 2008, p. 78-80) Diante disso, caso o condenado não possua outra nacionalidade, tal pena culmina na apatridia.

Desse modo, considerando que o projeto apresentado pela França (FRANCE, 2015a, p. 3-7) propunha a privação da nacionalidade como sanção àqueles condenados por um crime que constitui atentado grave aos interesses da nação, faz-se indispensável a análise mais aprofundada da retirada da nacionalidade, a fim de observar os impactos disso no trato da apatridia no cenário internacional.

2. A retirada da nacionalidade

Após explorar os conceitos de nacionalidade e apatridia, bem como suas repercussões práticas, adentra-se ao estudo da retirada de nacionalidade pelo Estado. Nesta seção serão abordados os casos em que o indivíduo chegou a possuir

nacionalidade, prática de alguns países que revogam a nacionalidade dos indivíduos que passarem a residir no exterior; as causas ligadas à sucessão de Estados e as causas ligadas à privação arbitrária da nacionalidade. (ACNUR, 2005, p. 29-46)

determinada nacionalidade, diferentemente daqueles que já nasceram sem pátria.

Antes de se iniciar o exame dos procedimentos de retirada da nacionalidade, é relevante distinguir a perda involuntária da renúncia voluntária, ambas modalidades em que o indivíduo deixa de ser nacional de algum Estado, tendo em vista que o caso estudado circunscreve-se no domínio da privação imposta. (FRANCE, 2015a) Segundo Bauböck e Paskalev (2015, p. 5) essa diferenciação pode ser feita com a identificação do agente que inicia o processo. Quando a iniciativa de abrir mão de determinada nacionalidade parte do próprio indivíduo nacional, pode-se dizer que se trata de uma renúncia voluntária, ao passo que, quando o Estado age sem provocação do indivíduo, de modo a colocar em questionamento seu vínculo jurídico-político, trata-se da perda involuntária.

Quanto ao tema da classificação das modalidades de perda da nacionalidade, ainda são numerosas as controvérsias, no entanto, o EUDO - Observatório da Democracia da União Europeia⁹⁷ - definiu quinze modalidades de perda da

⁹⁷ A EUDO CITIZENSHIP é parte do Observatório da Democracia da União Europeia e publica dois tipos de documentos de trabalho: (1) manuscritos revisados por pares e inéditos sobre tópicos de leis e políticas de cidadania

nacionalidade, que serão agrupadas em cinco principais. São elas: a ameaça à segurança pública, o não cumprimento com os deveres de cidadão, a aquisição fraudulenta, a perda derivada e a perda do link genuíno. (BAUBÖCK; PASKALEV, 2015, p.7)

Sucintamente, o não cumprimento com os deveres de cidadão geralmente se refere ao dever de lealdade para com o Estado. Um exemplo clássico desta modalidade de retirada da nacionalidade é o serviço em exército estrangeiro. Paralelamente, a aquisição fraudulenta ocorre quando houve fraude nos procedimentos de aquisição da nacionalidade. Por sua vez, a perda derivada dá-se quando a nacionalidade de um indivíduo está vinculada a de um parente e este perde a nacionalidade. Já a perda do link genuíno geralmente ocorre em caso de aquisição de outra nacionalidade ou de longo tempo de residência fora do território. (DE GROOT; VINK, 2014, p.2)

Além disso, no intento de classificar adequadamente o projeto legislativo francês, importante ressaltar a existência da chamada privação arbitrária da nacionalidade, a qual o art. 15 da

Declaração Universal de Direitos do Homens (ONU, 1948) já sinalizava como inadequada.

De Groot e Vink (2014, p. 3-5) definiram requisitos para que a privação da nacionalidade não seja considerada arbitrária, quais sejam: a perda ou privação da nacionalidade deve ter uma sólida base legal; a previsão legal não deve ser aplicada de maneira retroativa; não deve haver interpretação extensiva no que concerne à modalidade de perda; em caso de introdução de uma nova legislação referente à retirada, deve ser dado tempo de transição razoável; as consequências da privação devem ser proporcionais.⁹⁸

Conforme depreende-se da exposição de motivos do projeto de revisão constitucional proposto pelo governo francês, este visava ao estabelecimento de uma modalidade de retirada da nacionalidade fundada na ameaça à segurança pública e no atentado aos interesses vitais do Estado francês (FRANCE, 2015a, p. 3-7), respeitados os procedimentos elencados para que tal sanção não fosse considerada arbitrária.

⁹⁸ Alguns autores foram mais longe em afirmar que a retirada da nacionalidade resultante em apatridia seria, por definição desproporcional e, portanto, arbitrária. Contudo, a jurisprudência limitada, as resoluções pertinentes das Nações Unidas e a prática dos Estados (no que diz respeito às disposições legislativas) não indicam que tal posição extrema tenha sido alcançada. (MANDAL; GRAY, 2014, p. 5)

cobertos pelo observatório e (2) coleções de contribuições editadas para Fórum de Debates da EUDO CITIZENSHIP.

Nesse caso, a privação da nacionalidade figura como uma sanção contra o comportamento indesejado do nacional envolvido. (DE GROOT; VINK, 2014, p. 2) Ademais, Kay Hailbronner (2015, p. 24) sustenta que “a nacionalidade de tais pessoas é revogada porque abandonaram o seu apego a uma comunidade atacando o próprio fundamento daquela, não apenas violando suas regras internas de ordem pública.”

Nesse sentido, é pertinente mencionar que grande parte das nações ocidentais possuem, em suas respectivas legislações nacionais, previsão para a retirada da nacionalidade de indivíduos que tenham agido contra a segurança do referido Estado.⁹⁹

No que se refere à França, a possibilidade de privação da nacionalidade remonta a uma Lei de 7 de abril de 1915 e foi inicialmente constituída por conta da desconfiança aos naturalizados que conservaram a nacionalidade de origem e que foram acusados por falta com de lealdade ao Estado francês,

⁹⁹ Como exemplos, a Grã-Bretanha ressuscitou a prática como parte de sua estratégia de combate ao terrorismo na sequência dos ataques terroristas de 9/11 e 7/11 em Nova York, Washington e Londres. O Canadá seguiu o exemplo com a Lei 2014 de Fortalecimento da Cidadania Canadense. Além disso, no final de 2014, vários legisladores na Áustria, Austrália, Holanda e Estados Unidos manifestaram interesse em promulgar (ou revitalizar) leis de desbloqueio da cidadania (MACKLIN, 2015, p.1)

especialmente em tempos de guerra. (LAGARDE, 2016, p. 197) Disto denota-se que a privação da nacionalidade na França já nasceu com o propósito de punir aqueles que atentam contra a segurança pública e são desleais à nação.

Atualmente, a previsão de retirada da nacionalidade francesa encontra-se disposta no Código Civil, nos artigos 25 e 25-1. (FRANCE, 1804) Segundo estes dispositivos, podem perder a nacionalidade francesa aqueles que atentem contra os interesses gerais da nação, incluídos atos de terrorismo¹⁰⁰. No entanto, a retirada disposta no *Code Civil* é reservada aos binacionais naturalizados há menos de 10 ou 15 anos em caso de terrorismo.

Questiona-se, há muito tempo, tal distinção entre franceses natos e naturalizados¹⁰¹, inclusive, o *Conseil Constitutionnel*¹⁰² já se manifestou no sentido de que, em consonância ao princípio da igualdade, as pessoas que adquiriram a nacionalidade francesa e aqueles a que a

¹⁰⁰ Na legislação francesa, os atos de terrorismo estão dispostos no art 421-1 do Code Penal (1992).

¹⁰¹ As diferentes modalidades de aquisição da nacionalidade francesa encontram-se nos arts. 17-25 do Code Civil (1804).

¹⁰² O Conselho Constitucional foi instituído pela Constituição da V República, no dia 4 de outubro de 1958. É um Tribunal dotado de competências variadas, notadamente do controle de conformidade da lei à Constituição.

nacionalidade francesa foi atribuída em seu nascimento estão na mesma situação. (FRANCE, 2015b)

Assim sendo, é imperativo reconhecer que a privação da nacionalidade como sanção é uma realidade no cenário internacional, ainda que as discussões a este respeito tenham se intensificado no último ano com a propositura do projeto francês.

2. Projeto de Lei Constitucional de proteção à nação nº 3381

A ligação entre o conceito de apatridia, as modalidades de retirada da nacionalidade com os documentos internacionais que tratam da questão perpassa o estudo de caso do art. 2º do projeto de revisão constitucional francês¹⁰³, intitulado formalmente Projeto de Lei Constitucional de Proteção à Nação,

¹⁰³ O Projeto de Revisão Constitucional nº 3381 propunha, também, em seu art. 1º, alterações no art. 36 da Constituição Francesa, que dispõe sobre o Estado de urgência (*L'état d'urgence*). (FRANCE, 2015a, p. 8) Tal modificação não será abordada no presente trabalho.

que suscitou intensos debates nos cenários nacional e internacional.

A intenção inicial do projeto surgiu no furor subsequente aos atentados terroristas de Paris e Saint Denis, ocorridos no dia 13 de novembro de 2015. O presidente da república, em pronunciamento no dia 16 de novembro de 2015, declarou que deveria ser possível retirar a nacionalidade de um condenado por atentado aos interesses fundamentais da nação mesmo se ele nasceu francês, ou seja, possui o status de francês nato, ao contrário do que previa o Código Civil do país. Nos seguintes termos, a fala de François Hollande:

A retirada da nacionalidade não deverá ter como resultado tornar alguém apátrida, mas nós devemos poder retirar a nacionalidade francesa de um indivíduo condenado por atentado aos interesses fundamentais da nação ou ato terrorista, mesmo se ele é nascido francês. Repito, mesmo se ele nasceu francês, desde que este se beneficie de uma outra nacionalidade. (informação verbal)¹⁰⁴

A partir desta declaração, infere-se que o projeto, em verdade, nasceu desprovido da intenção de permitir que o

¹⁰⁴ Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=d6Hdlq3DLAM> (24:42)

Estado francês possibilitasse a criação de indivíduos apátridas através da imposição da sanção da retirada da nacionalidade.

Seguindo esta linha, o primeiro texto, apresentado ao Conselho de Ministros no dia 23 de dezembro de 2015, previa uma modificação no artigo 34 da Constituição (FRANCE, 1958), segundo a qual a lei estabeleceria as regras de:

nacionalidade, incluindo as condições em que uma pessoa nascida francesa, que possua outra nacionalidade, pode ser privado da nacionalidade francesa quando condenado por um crime que constitui um grave atentado à vida da nação. (FRANCE, 2015a, p. 9)

Porém, se o objetivo do projeto era inicialmente corrigir a já pacificada e supracitada problemática distinção entre franceses natos e naturalizados e estender a possibilidade de retirada da nacionalidade aos nascidos no território, bem como oferecer uma resposta aos atos terroristas perpetrados, a questão da reserva àqueles possuintes de dupla nacionalidade criaria um outro tipo de discriminação entre binacionais e aqueles que possuem uma única pátria, pois somente os primeiros poderiam ser atingidos pela sanção de retirada da nacionalidade francesa prevista no projeto. (LAGARDE, 2016, p. 198)

112

Visando sanar tais controvérsias, em 23 janeiro de 2016, fez-se uma emenda no projeto de revisão – emenda nº 63 (FRANCE, 2016) – a qual retirou expressamente a reserva da retirada aos binacionais. A emenda propunha a alteração no art. 2º do projeto de revisão, conforme segue:

[...] substituir aos termos ‘nascidos franceses que detêm uma outra nacionalidade podem ser privados da nacionalidade francesa caso sejam condenados por um crime.’

os termos :

‘podem ser privados da nacionalidade francesa ou dos direitos intrínsecos a ela caso sejam condenados por um crime ou um delito.’ (FRANCE, 2016)

Verifica-se que nesse texto não há menção à necessidade de dupla nacionalidade para que a sanção em questão seja aplicável, de modo que, segundo tal emenda a França poderia retirar a nacionalidade de um indivíduo que possui uma única pátria, tornando-o apátrida.

No dia 10 de fevereiro de 2016, o conteúdo da emenda nº 63 do projeto foi aprovado na Assembleia Nacional. Posteriormente, o Senado, após incorrer nos debates e controvérsias supracitados, emendou novamente o texto,

reinsere a menção expressa aos binacionais e realizou a votação do texto emendado nos termos acordados pela casa, que eram diferentes daqueles aprovados na Assembleia Nacional.¹⁰⁵

O governo, observando a proporção da polêmica e a ausência de consenso entre as casas legislativas, como também o intenso debate internacional focado na possibilidade de a França proporcionar a criação de indivíduos apátridas, resolveu colocar fim o projeto. No dia 30 de março de 2016, o presidente François Hollande anunciou seu termo, através de um pronunciamento oficial.

Desse modo, o presidente francês encerrou o debate fervoroso que tinha como cerne a França. No entanto, permanecem as discussões a respeito da retirada da nacionalidade aplicada como sanção, uma vez que é possível que outros países – ou mesmo a França - adotem postura semelhante no futuro.

3. Análise crítica das convenções de Direito Internacional aplicáveis

¹⁰⁵ A Assembleia Nacional, conhecida como câmara baixa e o Senado, conhecido como câmara alta, compõem o Parlamento Francês.

Para atingir o objetivo proposto no presente trabalho, é necessário realizar uma investigação para determinar quais são os documentos internacionais que se pronunciam a respeito da apatridia, a fim de conectá-los com o projeto nos termos aprovados Assembleia Nacional – texto da emenda nº 63.

Disso, verificou-se que os tratados analisados são: Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954, por sua importância na definição do conceito em questão e por ser o primeiro documento da ONU a definir alguns parâmetros no que tange a eles. Também, a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia de 1961, que veio para complementar a Convenção de 1954, adicionando importantes preceitos na prevenção da apatridia. Por fim, analisa-se o projeto à luz da Convenção Europeia sobre a Nacionalidade de 1997, a qual, por seu âmbito regional, poderia ter aplicabilidade em se tratando da França. (LAGARDE, 2016, p. 198)

3.1 Convenção relativa ao estatuto dos apátridas de 1954

Primeiramente, tem-se a já aludida Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, que versa sobre o tratamento

que deve ser direcionado aos indivíduos apátridas no tocante a proteção e direitos.

Tal Convenção foi proposta a fim de abranger os apátridas que não se enquadravam na condição de refugiados e não poderiam, portanto, ser tutelados pela Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, datada de 1951.

Como também mencionado, a Convenção inicia por trazer o conceito de apátrida, em seu artigo 1 (1), além de tratar de questões como: obrigações gerais dos apátridas perante o país onde se encontram e não discriminação por parte dos Estados-contratantes.

3.2 Convenção para a redução dos casos de apatridia de 1961

Apesar da Convenção de 1954 ter constituído um avanço no que diz respeito ao tratamento dos apátridas sob a perspectiva do Direito Internacional, esta não fez menção à matéria da retirada de nacionalidade pelos próprios Estados. Para sanar tal problema e avançar ainda mais na tentativa de proteção dos sem pátria, o ACNUR em 1961 aprovou a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia.

De acordo com as conclusões da “Reunião de Peritos” de interpretação da Convenção:

O objeto e o propósito da Convenção de 1961 é de prevenir e reduzir a apatridia, assegurando assim o direito de cada indivíduo a uma nacionalidade. A Convenção o faz através do estabelecimento de regras aos Estados contratantes em material de aquisição, renúncia, perda e privação da nacionalidade. (ACNUR, 2013, p.2)

Dentre os importantes aspectos tratados no instrumento, dedica-se ao exame dos preceitos que tratam da perda e da privação da nacionalidade, constantes entre os artigos 5º e 9º (ACNUR, 1961). Especificamente, o dispositivo que trata da privação da nacionalidade pelos Estados é o 8º, que merece destaque:

Artigo 8

1. Os Estados Contratantes não privarão uma pessoa de sua nacionalidade se essa privação vier a convertê-la em apátrida.
2. Não obstante o disposto no parágrafo 1 deste Artigo, uma pessoa poderá ser privada da nacionalidade de um Estado Contratante:

(a) nos casos em que, de acordo com os parágrafos 4 e 5 do Artigo 7, uma pessoa seja passível de perder sua nacionalidade;

(b) nos casos em que a nacionalidade tenha sido obtida por declaração falsa ou fraude.

3. Não obstante o disposto no parágrafo 1 deste Artigo, os Estados Contratantes poderão conservar o direito de privar uma pessoa de sua nacionalidade se, no momento da assinatura, ratificação ou adesão, especificarem que se reservam tal direito por um ou mais dos seguintes motivos, sempre que estes estejam previstos em sua legislação nacional naquele momento:

a) quando, em condições incompatíveis com o dever de lealdade ao Estado Contratante, a pessoa:

i) apesar de proibição expressa do Estado Contratante, tiver prestado ou continuar prestando serviços a outro Estado, tiver recebido ou continuar recebendo dinheiro de outro Estado; ou

ii) tiver se conduzido de maneira gravemente prejudicial aos interesses vitais do Estado;

b) quando a pessoa tiver prestado juramento de lealdade ou tiver feito uma declaração formal de lealdade a outro Estado, ou dado provas decisivas de sua determinação de

repudiar a lealdade que deve ao Estado Contratante.

4. Os Estados Contratantes só exercerão o direito de privar uma pessoa de sua nacionalidade, nas condições definidas nos parágrafos 2 ou 3 do presente Artigo, de acordo com a lei, que assegurará ao interessado o direito à ampla defesa perante um tribunal ou outro órgão independente. (grifo nosso)

Na leitura inicial do artigo, tem-se o imperativo de que os Estados não deverão privar os seus nacionais do direito à nacionalidade caso tal sanção resulte em apatridia. No entanto, o mesmo dispositivo elucida exceções a este ditame geral. O parágrafo 3-ii assevera que é facultado ao Estado a possibilidade de retirada da nacionalidade do indivíduo “quando, em condições incompatíveis com o dever de lealdade ao Estado Contratante a pessoa tiver se conduzido de maneira gravemente prejudicial aos interesses vitais do Estado”. (ACNUR, 1961)

Além disso, conforme o documento de interpretação supracitado, o termo “gravemente prejudicial” demanda que os indivíduos enquadrados tenham a capacidade de impactar negativamente o Estado. Por sua vez, a expressão “interesses vitais” estabelece um limiar consideravelmente mais alto que

“interesses nacionais”. (ACNUR, 2013, p. 14) Deste modo, atos de traição, espionagem e terrorismo devem ser considerados no escopo deste parágrafo.

Assim, paralelamente, as Convenções de 1954 e 1961 foram elaboradas para oferecer distintos, porém complementares, regimes de abordagens ao fenômeno da apatridia. A primeira visava alocar os direitos aos indivíduos apátridas, enquanto a segunda objetivava prescrever mecanismos para evitar a apatridia. (VAN WAALS, 2008, p. 16)

Depreende-se, dessa maneira, que sob a perspectiva da Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia de 1961, o projeto de revisão constitucional francês poderia ser aplicado conforme o artigo 8-3ii. Apesar do artigo oitavo prever que os Estados Contratantes não privarão uma pessoa de sua nacionalidade se esta resultar em apatridia, o parágrafo terceiro dá liberdade ao estado contratante de nos termos do ponto ii o indivíduo tiver se conduzido de maneira gravemente prejudicial ao estado.

3.3 Convenção europeia sobre a nacionalidade de 1997

Passando a um âmbito mais regional, tem-se a Convenção Europeia sobre a Nacionalidade de 1997, a qual define padrões e visa a unificar o entendimento desta questão nos países europeus.

Neste, a disposição que concerne a perda de nacionalidade *ex lege* ou por iniciativa do Estado parte consta no artigo 7º:

1 - Um Estado Parte não poderá prever, no seu direito interno, a perda da sua nacionalidade *ex lege* ou por sua iniciativa, exceto nos seguintes casos:

Aquisição voluntária de outra nacionalidade; ^[1]_[SEP]

b) Aquisição da nacionalidade do Estado Parte mediante conduta fraudulenta, informações falsas ou ^[1]_[SEP] encobrimento de quaisquer factos relevantes atribuíveis ao requerente; ^[1]_[SEP]

c) Prestação voluntária de serviço numa força militar estrangeira; ^[1]_[SEP]

d) Conduta que prejudique seriamente os interesses vitais do Estado Parte; ^[1]_[SEP]

e) Ausência de um vínculo genuíno entre o Estado Parte e um nacional que resida habitualmente no ^[1]_[SEP] estrangeiro; ^[1]_[SEP]

f) Sempre que, durante a menoridade de um indivíduo, se verificar que as condições prévias previstas pelo direito interno que conduziram a aquisição ex lege da nacionalidade do Estado Parte deixaram de ser verificadas;

g) Adopção de um menor, se esse menor adquirir ou possuir a nacionalidade estrangeira de um ou de ambos os adoptantes.

2 - Um Estado Parte poderá prever a perda da sua nacionalidade por menores cujos pais percam tal nacionalidade, salvo nos casos previstos pelas alíneas c) e d) do nº 1. Contudo, os menores não perderão tal nacionalidade se um dos seus pais a retiver.

- O direito interno de um Estado Parte não deverá prever a perda da sua nacionalidade nos termos dos nº 1 e 2 do presente artigo se o indivíduo em causa se tornar, consequentemente, um apátrida, com exceção dos casos previstos no nº 1, alínea b), do presente artigo.

3 - O direito interno de um Estado Parte não deverá prever a perda da sua nacionalidade nos termos dos nº 1 e 2 do presente artigo se o indivíduo em causa se tornar, consequentemente, um apátrida, com exceção dos casos previstos no nº 1, alínea b), do presente artigo.

Aqui, tal como na Convenção de 1961, há uma cláusula geral que proíbe os Estados de retirar a nacionalidade de indivíduos em caso de consequente apatridia. Contudo, diferentemente do instrumento das Nações Unidas, a Convenção Europeia estipula, no §3, como única exceção, a ocasião de aquisição fraudulenta da nacionalidade. Destaca-se, portanto, que a Convenção Europeia sobre a Nacionalidade não considera as condutas graves aos interesses das nações como uma ressalva ao preceito de não privação da nacionalidade resultante em apatridia.

Isto posto, de acordo com a Convenção Europeia sobre a nacionalidade de 1997, segundo o artigo 7-3, somente é permitida a retirada da nacionalidade resultante em apatridia em caso de fraude na aquisição da nacionalidade. Assim, a sanção prevista no projeto de revisão constitucional francês não poderia ser aplicada segundo essa Convenção.

3.4 Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948

Por sua vez, a Declaração Universal de Direitos do Homem (ONU, 1948) consagra no art. 15 o direito à

nacionalidade e a proibição da privação arbitrária da nacionalidade, nos seguintes termos:

Artigo 15°

1. Todo o indivíduo tem direito a ter uma nacionalidade.

2. Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua nacionalidade nem do direito de mudar de nacionalidade.

A respeito disso, como já supramencionado, cumpre ressaltar que o projeto de revisão constitucional francês não propunha a privação arbitrária da nacionalidade, mas sim a privação por atentado à segurança pública do Estado, com procedimentos que garantissem a ampla defesa do acusado¹⁰⁶. Além disso, Paul Lagarde (2016, p. 198) afirma que “se a França adere evidentemente aos princípios proclamados pela declaração, esta não tem valor de tratado internacional com autoridade superior àquelas das leis de direito interno”.

3.5 Ratificação dos tratados

¹⁰⁶ O art. 25 e 25-1 do Código Civil francês preveem o procedimento para retirada da nacionalidade por indignidade ao Estado, que será manifestada por decreto.

Não obstante a exposição dos preceitos inscritos nos principais tratados que poderiam ser aplicados no que concerne à retirada da nacionalidade resultante em apatridia, a França, embora signatária das Convenções de 1961 e 1997 não ratificou nenhuma destas, apenas a Convenção de 1954, ratificada em 8 de março de 1960.

A respeito do procedimento de ratificação e entrada em vigor dos tratados internacionais, preceitua o art. 53 da Constituição da República Francesa (1958):

Os tratados de paz, tratados comerciais, tratados ou acordos relativos à organização internacional, aqueles relativos às finanças do Estado, aqueles que modificam as disposições legislativas, as relativas ao estatuto pessoal, os tratados que envolvem entrega, troca ou adição de território, podem ser ratificados ou aprovados apenas em virtude de uma lei.

Eles só produzirão efeitos depois de terem sido ratificados ou aprovados. (grifo nosso)

Por conseguinte, o Estado francês só estaria vinculado a segui-las caso estas constituíssem normas de *jus cogens*¹⁰⁷. A

¹⁰⁷ Uma norma de *jus cogens* é uma norma peremptória de direito internacional consuetudinário que não pode ser ignorada por tratado ou aquiescência, mas somente pela formação de uma norma consuetudinária posterior de efeito contrário. (REZEK, 2011, p. 146-147)

delimitação entre as normas consideradas cogentes está longe de ser pacificada, no entanto, os tratados relativos à apatridia não figuram entre os exemplos menos controversos, como a proibição do uso da força, as regras sobre o genocídio, o princípio da não discriminação racial, os crimes contra a humanidade e as regras que proíbem o comércio de escravos e pirataria. (BROWNLIE, 1997, p 536-537)

Desse modo, ainda que as Convenções de 1961 e 1997 tenham posições opostas no que se refere à possibilidade de retirada da nacionalidade resultante em apatridia por crimes que constituem grave atentado aos interesses vitais do Estado, elas não subordinam a França a seu cumprimento.

3.6 Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

Em se tratando de jurisprudência, o Tribunal de Justiça da União Europeia¹⁰⁸ ainda não foi acionado para se manifestar em situação semelhante, contudo, já sinalizou, no caso *Rottmann vs. Freistaat Bayern* (TJUE, 2010), a autonomia dos Estados para decidirem em matéria de aquisição e perda da nacionalidade,

desde que conforme os preceitos do direito comunitário e respeitado o princípio da proporcionalidade.

No caso em questão, Janko Rottmann, nascido em Graz (Áustria) e detentor da nacionalidade austríaca, passou a ser arguido em inquérito policial na sua cidade natal por suspeita de burla profissional agravada, no ano de 1995. Diante disso, em fevereiro de 1997, deixou a Áustria e instalou-se em Munique. Posteriormente, em 1998, requereu a naturalização na Alemanha, tendo adquirido a cidadania alemã em 25 de janeiro de 1999 e, em decorrência disso, perdido a cidadania austríaca. Pouco tempo depois, em agosto de 1999, a cidade de Munique foi informada que Rottman tinha contra si um mandado de detenção na Áustria. Por ter omitido essa informação quando da aquisição da nacionalidade alemã, o *Land* da Baviera considerou que Janko a havia adquirido de maneira fraudulenta e, portanto, revogou a aquisição da cidadania alemã. Tendo se tornado apátrida nessa condição, Janko recorreu ao TJUE, defendendo ter sido violado o direito comunitário.

Da leitura das conclusões do advogado geral Poidores Maduro a respeito do acórdão, reafirma-se a soberania dos Estados para decidirem em matéria de aquisição e perda da nacionalidade:

¹⁰⁸ Daqui em diante TJUE.

Neste contexto, está adquirido que a determinação das condições de aquisição e de perda da nacionalidade – e portanto da cidadania da União – é da competência exclusiva dos Estados-Membros. Com efeito, é sabido que a nacionalidade se pode definir como o vínculo jurídico de direito público que liga um indivíduo a um determinado Estado, de que resulta que o referido indivíduo se torna titular de um conjunto de direitos e de obrigações. A característica desta relação de nacionalidade consiste no fato de ela se fundar num laço particular de solidariedade relativamente ao Estado em causa e na reciprocidade dos direitos e dos deveres. Com a nacionalidade, o Estado define o seu povo. O que está em causa, mediante a relação de nacionalidade, é a constituição de uma comunidade nacional e, assim, é evidente que um Estado pode livremente desenhar os contornos dessa comunidade, determinando as pessoas que considera seus nacionais.

Assim o determina tradicionalmente o direito internacional. (TJUE, 2009, §17)

E também:

O direito comunitário não se opõe à perda da cidadania da União Europeia (e dos direitos e liberdades que lhe estão associados), que resulte do fato de a revogação da naturalização num Estado-Membro ter como

consequência que a pessoa em causa se torna apátrida, em virtude de não recuperar a sua nacionalidade de origem por força das disposições aplicáveis do direito do outro Estado-Membro, uma vez que a revogação da naturalização não é motivada pelo exercício dos direitos e liberdades decorrentes do Tratado nem se baseia noutro motivo proibido pelo direito comunitário. (TJUE, 2009, §35)

Destaca-se que, caso o projeto francês tivesse entrado em vigor, o indivíduo sancionado poderia recorrer ao TJUE, tendo em vista que a perda da nacionalidade francesa resulta na perda da cidadania europeia.¹⁰⁹

4. Considerações finais

O presente trabalho buscou averiguar se o projeto de revisão constitucional nº 3381, proposto pelo governo francês no contexto do pós atentado de 13 de novembro, está de acordo com as convenções de direito internacional aplicáveis

¹⁰⁹ O art. 9º do Tratado da União Europeia estabelece que: “É cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro. A cidadania da União acresce à cidadania nacional e não a substitui.” (CEE, 1992)

Com a finalidade de trazer uma análise coerente de tal projeto, examinou-se o conceito de apatridia e suas implicações, bem como a maneira na qual tal proposta legislativa poderia trazer como consequência a ausência da nacionalidade. Posteriormente, explorou-se a retirada da nacionalidade como sanção, com ênfase àquela que ocorre por ameaça à segurança pública ou atentado aos interesses vitais do Estado. Passou-se, por fim, à explanação do projeto e à verificação de sua adequação aos tratados internacionais que tratam da apatridia, principalmente a Convenção para a Redução da Apatridia de 1961 e a Convenção Europeia sobre a Nacionalidade de 1997.

Inicialmente, da definição da apatridia segundo a Convenção de 1954 e suas implicações à luz dos direitos humanos, observa-se que ainda há muito o que ser explorado. Exemplo disso é que sequer o conceito está pacificado, haja vista a distinção entre apátrida *de jure* e *de facto*. Nessa perspectiva, dependendo da definição adotada, diversos indivíduos que não podem exercer os benefícios intrínsecos à nacionalidade podem ser enquadrados ou excluídos das proteções destinadas aos apátridas. Assim, para que se avance cada vez mais no sentido do combate e da erradicação da apatridia, é fundamental que se

atinja um grau de coesão entre Estados e organismos internacionais em seu tratamento.

Paralelamente, da análise do projeto de revisão constitucional, constatou-se que nos termos do artigo 8-3ii da Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia, seria possível aplicar tal sanção caso o indivíduo fosse condenado por conduta grave aos interesses vitais da nação. Em contrapartida, a Convenção Europeia sobre a Nacionalidade tem, como única exceção ao princípio geral de proibição de retirada da nacionalidade resultante em apatridia, a aquisição fraudulenta. No caso em questão, a França não ratificou nenhum desses tratados, não estando, portanto, vinculada aos seus preceitos. Não obstante, é necessário prosseguir no estudo da retirada da nacionalidade como sanção para definir qual Convenção seria aplicável caso um país tivesse ratificado ambas.

Por fim, cabe mencionar que, embora não tenha sido o escopo do presente trabalho, ainda há muita controvérsia a respeito da efetividade da retirada da nacionalidade como sanção no combate ao terrorismo internacional.

5. Referências

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ARENDR, Hannah. *The Origins of Totalitarianism*, New York: Schocken Books, 370, 2004.

VAN WAALS, Laura. *Nationality Matters: Statelessness Under International Law*. Tilburg University: School of Human Rights Research Series - Volume 29^[SEP] 2008.

INSTITUTE ON STATELESSNESS AND INCLUSION. *The World's Stateless*. Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2014.

ACNUR. *Nacionalidade e Apatridia: Manual para Parlamentares*, 2005.

_____. *Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas*, 1954.

_____. *Acte final de la Conférence des Nations Unis sur le Statut des Apatrides*. New York, 1960.

_____. *Convenção para a Redução dos casos de Apatridia*, 1961.

_____. *Interpreting the 1961 Statelessness Convention and Avoiding Statelessness resulting from Loss and Deprivation of Nationality*, 2013.

BAUBÖCK, Rainer; PASKALEV, Vesco. *Citizenship Deprivation: a normative analysis*. Brussels: Centre for European Policy Studies (CEPS), 2015.

DE GROOT, Gerard-René; VINK, Maarten. *Best Practices in Involuntary Loss of Nationality in the EU*. Brussels: Centre for

European Policy Studies (CEPS), 2014.

MANDAL, Ruma; GRAY, Amanda. *Out of the Shadows: The Treatment of Statelessness under International Law*. London: Chatam House - The Royal Institute of International Affairs^[SEP] 2014

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948.

COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on Nationality*. Strasbourg: Explanatory report, 1997.^[SEP]

TJUE. *Acórdão do Tribunal de Justiça no Processo C-135/08 Janko Rottmann vs. Freistaat Bayern*. Luxemburgo: InfoCuria – Jurisprudência do Tribunal de Justiça, 2010.

TJUE. *Conclusões do Advogado-Geral M. Poiadores Maduro ao Processo C-135/08 Janko Rottmann vs. Freistaat Bayern*. Luxemburgo: InfoCuria – Jurisprudência do Tribunal de Justiça, 2009.

CEE. *Tratado da União Europeia (TUE)*. Maastricht, 1992.

FRANCE. *Projet de Loi Constitutionnelle de Protection de la Nation n° 3381*. Paris: Assemblée Nationale, 2015a.

_____. *Amendement n° 63 au Projet de Loi Constitutionnelle de Protection de la Nation n° 3381*. Paris: Assemblée Nationale, 2016.

_____. *Code Civil des Français*. Paris: Assemblée Nationalite, 1804.

_____. *Code Pénal*. Paris: Assemblée Nationalite, 1992.

_____. *Constitution de la République Française*. Paris: Assemblée Nationalite, 1958. (version 2016)

_____. *Conseil Constitutionnel - Décision n° 2014-439 QPC*. Paris, 2015b disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2015/2014-439-qpc/decision-n-2014-439-qpc-du-23-janvier-2015.143103.html>

LAGARDE, Paul. *Le débat sur la déchéance de nationalité*. Paris: La Semaine Juridique Edition Générale n° 5, 2016.

MACKLIN, Audrey. *Kick-Off contribution on The Return of Banishment: Do the New Denationalisation Policies Weaken Citizenship?*. Fiesole: EUDO CITIZENSHIP Forum Debate, 2014.

HAILBRONNER, Kay. *Revocation of citizenship of terrorists: a matter of policital expediency on The Return of Banishment: Do the New Denationalisation Policies Weaken Citizenship?*. Fiesole: EUDO CITIZENSHIP Forum Debate, 2014.

BROWNLIE, Ian, *Princípios de Direito Internacional Público*. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

AVERBAÇÃO PREMONITÓRIA E A FRAGILIDADE DE SUA EFETIVAÇÃO NO CPC/2015

Déborah Cristina Delgado Guerreiro^{110}*

*Manuela Celeste Tomasi^{111**}*

Resumo: Este artigo científico tem o intuito de avaliar os riscos apresentados pela nova estruturação dada pelo Código de Processo Civil de 2015 ao instituto de averbação premonitória. Nesse feito, será aprofundada a comparação do instituto originário, aquele desenvolvido pela Lei 11.382/06, com o novo formato criado pela alteração legislativa do procedimento civil. Para atingir a análise comparativa, o método científico utilizado será o dedutivo, o qual permitirá que se visualize a averbação premonitória desde a sua natureza, avaliando as modificações de sua aplicabilidade, bem como a eficácia do instituto como forma de proteção ao exequente durante uma ação de execução civil.

Palavras-chave: averbação premonitória; processo civil; execução; novo Código de Processo Civil.

Abstract: This scientific article intends to evaluate the risks presented by the new structure given by the Civil Procedure

^{110*} Graduanda da 7ª fase do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: deborahcdguerreiro@gmail.com.

^{111**} Graduanda da 7ª fase do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: manuela.celestee@gmail.com.

Code 2015 to the institute of premonitory registration. In this event, will be deepened the comparison of the original institute, that developed by Law 11382/06, with the new format created by the legislative amendment of the civil procedure. To achieve the comparative analysis, the scientific method used will be the deductive, which will allow the visualization of the premonitory registration from its nature, evaluating the modifications of its applicability, as well as the effectiveness of the institute as a form of protection to the exequent during a civil execution.

Key-words: Legal registration; Premonitory; Civil procedural law; Execution; New Civil Procedure Code.

1. Introdução

A averbação premonitória é um instituto acatrelatório de proteção ao exequente instituído pela Lei 11.382/06, que alterou o CPC/73. Trata-se da prerrogativa daquele de publicizar a execução proposta contra o executado, de modo a trazer para alienações ou onerações realizadas sobre bens averbados a presunção de fraude à execução, protegendo assim o exequente de boa-fé. Tal presunção é um dos principais objetivos do instituto, o qual também protege o terceiro de boa-fé de

ingressar em uma relação jurídica com um objeto passível de sofrer os efeitos da execução civil.

A Lei 11.382/06 trouxe, para o CPC/73, a averbação premonitória como instituto simples, célere e efetivo, conforme ensinam Borges e Lamy (2015, p. 213-214), de forma que o exequente possuía autonomia para solicitar a certidão de ajuizamento da execução e averbá-la nos registros dos bens suficientes ao cumprimento da obrigação inadimplida em questão. Assim, o exequente não dependia da atuação do magistrado para tomar tal medida importante à sua segurança. Entretanto, o CPC/2015, em que pese ter, corretamente, retirado a limitação de 20% de indenização em casos de averbação excessiva que geram prejuízo ao exequente, condicionou a obtenção da certidão para averbação ao despacho inicial do juiz, o qual admite a execução. Portanto, percebe-se que as características basilares do instituto foram mitigadas em prol da dependência do exequente com relação à decisão judicial, a qual pode demorar de forma a tornar o instituto ineficaz.

Ademais, o CPC/2015 apresenta um retrocesso legislativo, o qual retirou do instituto a alta carga protetiva ao exequente, a favor de quem a execução civil deveria ocorrer. Por fim, cabe também demonstrar as incoerências internas

produzidas pelo referido código, o qual também traz a averbação premonitória em sua forma originária (do CPC/73) – em artigos como o 799, inciso IX¹¹², por exemplo –, contudo, no dispositivo principal (art. 828, *caput*)¹¹³ condiciona o instituto a ato jurisdicional, no caso o despacho, o qual frustra a própria execução civil. O procedimento acima delineado demonstra que o CPC/2015, ao transformar o instituto, colocou-o sob o risco de esvaziamento de sua finalidade, bem como distorceu o objetivo de proteção ao exequente para criar vantagem ao executado de má-fé, o qual poderá desfazer-se de seu patrimônio antes mesmo que a execução seja admitida em juízo.

2. O conceito jurídico e a evolução histórica da averbação premonitória

A execução civil, através da aplicação de mecanismos de celeridade e efetividade, busca satisfazer o direito pleiteado do

¹¹² Art. 799. Incumbe ainda ao exequente: IX - proceder à averbação em registro público do ato de propositura da execução e dos atos de constrição realizados, para conhecimento de terceiros.

¹¹³ Art. 828. O exequente poderá obter certidão de que a execução foi admitida pelo juiz, com identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade.

exequente, a fim de evitar a necessidade da utilização do processo de conhecimento. Diante do elemento da agilidade no procedimento, a execução civil desenvolveu subterfúgios para conseguir consolidar as suas características e atenuar as dificuldades à satisfação judicial do exequente.

Inserida no cenário apresentado, a averbação premonitória, descrita atualmente no art. 828 do Código de Processo Civil¹¹⁴, possibilita a averbação da existência da ação executória na matrícula/registro de algum bem, escolhido pelo exequente e no limite da obrigação inadimplida, sobre o qual poderá recair futuramente a penhora advinda da referida ação. De modo mais abrangente, pode-se dizer, conforme Pinto e Teive *apud* Cabello (2006, p. 03) que essa averbação procura “delimitar a parcela do patrimônio sobre o qual poderá recair a penhora, conservar direitos através da constrição preliminar de bens, frustrar a dilapidação patrimonial pelo devedor e advertir terceiros quanto à existência da demanda”

Ademais, a averbação premonitória vai além de outros mecanismos também utilizados para a efetividade da execução

¹¹⁴ Art. 828. O exequente poderá obter certidão de que a execução foi admitida pelo juiz, com identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade.

civil pelo simples fato de realizar proteção dúplice, cuidando tanto do adimplemento da obrigação em débito com o exequente quanto de terceiro de boa-fé e alheio à relação processual. Embora o mecanismo se apresente como uma forte ferramenta para a aplicação do mundo processual ao mundo dos fatos, a averbação premonitória surti seus devidos efeitos consoante quatro funções inerentes ao próprio instituto:

- (i) Delimitação do patrimônio do executado;
- (ii) Dar publicidade ao ato de propositura da execução;
- (iii) Assegurar futura penhora;
- (iv) Inibir a fraude à execução;

O primeiro objetivo enquadra-se na delimitação do patrimônio do executado uma vez que a execução civil tem o intuito de adimplir a obrigação não cumprida através de meios expropriatórios que irão retirar parte do patrimônio do devedor e integralizá-lo ao patrimônio do credor.

O segundo intuito, a publicidade do ato, talvez seja uma das características mais importantes do instituto. Isso ocorre porque o ordenamento prioriza pela segurança jurídica, a qual

está baseada na transparência e divulgação das relações judiciais existentes. Dessa forma, caso um bem, sendo imóvel ou móvel, possa sofrer uma penhora através de execução civil, torna-se extremamente necessário que os terceiros alheios a essa relação jurídica tomem conhecimento do litígio. Esse papel é importante, uma vez que noticia, através do registro público, as reais condições atuais e futuras da propriedade do bem delineado.

A terceira função é a de ter como base a segurança de realização de futura penhora, ou seja, tenta fornecer garantias de que a execução civil, através da penhora, será capaz de adimplir a obrigação em litígio. Dessa forma, ao fornecer a possibilidade de inscrição da demanda judicial no registro do bem escolhido, e no limite da obrigação, a averbação premonitória, de certa forma, dificulta a tentativa de alienação desse bem. Na prática, um bem que sofre averbação apresenta-se como um bem precário e baseado em uma análise jurídica está apenas aguardando o desfecho da lide para ser penhorado e expropriado.

Por fim, a inibição de fraude à execução, o quarto elemento, funciona de acordo com o § 4º do artigo 828 do CPC/2015, o qual discrimina que “consiste em caracterizar como

fraudulentos todos os negócios jurídicos de disposição patrimonial realizados posteriormente ao ato”. Dessa forma, a averbação premonitória tenta frear a dilapidação patrimonial por parte do executado, enquadrando como fraude qualquer negócio jurídico com o bem, a fim de que a execução civil proposta pelo exequente não se torne descaracterizada e atinja a satisfação do direito em questão.

Diante do exposto, aponta o doutrinador THEODORO JÚNIOR (2007, p. 41):

A averbação torna a força da execução ajuizada oponível erga omnes, no tocante aos bens objeto da medida registral, de sorte que sendo alienados, permanecerão mesmo no patrimônio do adquirente, sujeitos a penhora, sem que se possa cogitar de boa-fé do terceiro para impedi-la.

Nesse sentido, a averbação premonitória, baseada nas características apresentadas, demonstra ser um instituto com natureza acautelatória que busca segurança jurídica dentro das execuções civis. A averbação denomina-se “premonitória porque a providência adverte, antecipa, avisa que o patrimônio do devedor pode estar, no todo ou em parte, comprometido por

uma obrigação cuja satisfação é pleiteada pelo credor junto ao Poder Judiciário” (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 925).

Por fim, todo o cenário teórico exposto acima apresenta a real efetividade da averbação premonitória. Contudo, verificam-se alterações na origem primária do instituto para a nova forma delineada pelo Código de Processo Civil de 2015, tais modificações devem ser analisadas com cautela para que a averbação premonitória não perca sua essência dentro de sua prática no ordenamento jurídico nacional.

Ademais, o ordenamento brasileiro é um sistema que valoriza a segurança jurídica das relações, evidenciando e dando importância para a inserção da cautela e boa-fé em cada relação, seja ela processual ou extraprocessual. O próprio Código Civil de 2002, em seu art. 113, apresentou a importância fornecida à boa-fé e segurança jurídica dentro da seara social.¹¹⁵

Diante dessa cultura, a Lei de 11.382/2006, Lei de Registros Públicos, determinou a obrigatoriedade de que todos os atos deveriam ser registrados obrigatoriamente, objetivando a já referida segurança pretendida pelo Direito. Dentro os atos estavam o registro de penhora, arrestos e sequestros, (art. 167,

I.); as citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis (art. 167, I, 21); as decisões, recursos e seus efeitos, que tenham por objeto atos ou títulos registrados ou averbados (art. 167, II, 12).

Seguindo a interpretação de tais dispositivos, a Lei de Registros Públicos inseriu a necessidade da averbação e registro dos atos judiciais a fim de publicizar qualquer interferência ao domínio dos bens por parte de seus proprietários ou futuros adquirentes.

Consoante a legislação apresentada, tornou-se necessário a reformulação e inclusão da averbação da indisponibilidade dos bens particulares no CPC/73 pelo art. 615-A. O referido artigo instituiu mais uma hipótese de averbação, com as demais previstas pelo inciso II do art. 167 da LRP, que regula a prática deste ato junto ao Registro Imobiliário e determinava que:

Art. 615-A. O exequente poderá, **no ato da distribuição**, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto. [grifou-se]

¹¹⁵ CC/02, Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração

O artigo apresentado acima possibilitava a averbação no registro dos bens descritos através da apresentação de certidão do ato de distribuição de ação executória proposta. Dessa forma, ao protocolar a petição inicial da execução, o exequente, através da certidão de distribuição, conseguia delimitar o possível bem que sofreria penhora sem qualquer ato de discricionariedade do magistrado competente da demanda judicial.

A ausência de necessidade de concordância do magistrado gerava ao instituto a celeridade, a velocidade e a simplicidade exigida para a efetividade do procedimento. Portanto, bastava o protocolo da execução para que o exequente tivesse a faculdade de averbação do bem no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto.

A aplicabilidade do art. 615-A ocasionou uma alteração significativa na forma de aplicar a execução civil, tendo em vista que o instituto ajudava a individualizar o bem discriminado para a penhora e publicizava a atual situação do bem, o qual estava sendo objeto de litígio em demanda judicial. A efetividade do instituto diante do ato de protocolo da execução se tornou popular e foi essencial para a satisfação de credores que apenas obtinham o bem preservado devido à existência da averbação na

matrícula ou respectivo registro do bem. Ademais, segundo o doutrinador Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 505), a averbação premonitória confere-lhe um caráter moderno e útil ao instituto:

Tudo isso e muitas outras medidas práticas e eficientes que a reforma introduz no processo de execução conferem-lhe o moderno feitio de instrumento útil à plena cooperação entre partes e juiz, mitigando o excesso de publicismo que vinha minimizando a participação dos litigantes no destino do processo. Em boa hora, o aspecto cooperativo sai da retórica e entra no plano prático da execução judicial.

Contudo, embora o instituto da averbação premonitória tenha sido uma ferramenta extremamente eficaz quanto à satisfação do direito do exequente, o abuso quanto à operacionalização do instituto ocasionou o surgimento de muitas críticas. A principal divergência não estava na base do instituto, mas sim em qual certidão deveria ser averbada na matrícula ou no registro do bem. A discussão estava no fato de apenas o ato de protocolo da execução civil ser instrumento suficiente para a averbação, sem o crivo da análise do

magistrado, e isso apresentava fragilidade ao instituto, bem como poderia acarretar abuso em sua utilização.

Nesse ponto, aliás, mostra-se interessante a advertência apresentada por FURLAN (2009, p. 2)

É bem verdade que a garantia em testilha poderá dar margem a que o devedor, maliciosamente, firme contratos com “laranjas”, a fim de ajuizar ações e promover de forma antecipada averbações premonitórias, resguardando a anterioridade da garantia em relação a eventual constrição que venha a recair sobre seus bens. Para coibir tais atos, resta ao credor valer-se de outros remédios processuais, tais como a ação pauliana ou de medidas cautelares visando à nulidade da averbação premonitória, necessitando, para tanto, prova do evento danoso e do *concilium fraudis*.

Contudo embora sofresse grandes críticas ante a ausência de controle quanto às averbações, o próprio §4º do art. 615-A, já estabelecia uma punição para as averbações indevidas ou pelo mau uso do instituto, estabelecendo que o executado poderia cobrar, em autos apartados, os danos causados pelas averbações excessivas ou indevidas. Desse feito, qualquer abuso na utilização da averbação não iria acarretar impunidade ao exequente, sendo possível a responsabilização em âmbito

judicial de qualquer desvio em nome do instrumento utilizado. No mesmo sentido se posiciona o doutrinador Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 350):

Para esses casos de exercício do direito de averbação do art. 615-A, vigora a sanção prevista em seu § 4o, ou seja: “O exequente que promover averbação manifestamente indevida indenizará a parte contrária, nos termos do § 2o do art. 18 desta Lei” (litigância de má-fé). Não se pode, evidentemente, impor essa sanção apenas porque o bem averbado é de valor superior ao do crédito exequendo. O que a lei pune é a “averbação manifestamente indevida”. É o ato que de maneira alguma encontraria justificativa no caso concreto e que fora praticado por puro intuito de prejudicar o devedor, ou por mero capricho.

Ainda que o instituto tenha sido operacionalizado de forma eficiente nos últimos anos, o advento do Novo CPC, promulgado em 2015, determinou alteração na base da averbação premonitória, incluindo em seu art. 828 a necessidade de **admissão da execução pelo juiz competente para posteriormente possibilitar a averbação:**

Art. 828. O exequente poderá **obter certidão de que a execução foi admitida pelo juiz**, com identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de

imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade. [grifou-se]

A necessidade de certidão de admissão do juiz competente quanto à execução ocasiona um desvirtuamento no objetivo do instituto. Isso ocorre pois, o lapso temporal entre o protocolo da demanda e a admissão pelo magistrado pode ser grande o suficiente para prejudicar o exequente e auxiliar o executado na dilapidação de seu patrimônio, ato este que não será considerado fraude por ainda não haver a averbação publicizando a execução. Além disso, a alteração apresentada pelo Novo Código de Processo Civil interfere na simplicidade e velocidade do instituto podendo ocasionar prejuízos significativos que interfiram na efetividade da averbação premonitória.

3. A presunção absoluta de fraude à execução a partir da alienação de bem averbado premonitoriamente

A averbação premonitória é composta por dois tipos de proteções que operam de forma singular: uma está baseada na cautela oferecida ao exequente para que tenha a sua obrigação

adimplida e a outra fornecida ao terceiro de boa-fé, que alheio a relação jurídica, não deve ser parte prejudicada ante à existência de uma execução civil. Contudo, para que ambas as proteções sejam efetivas, torna-se necessário estabelecer alguns parâmetros dentro do instituto da averbação premonitória.

Inicialmente, a averbação da existência da execução civil no registro competente é premissa basilar para que a proteção prometida seja efetivada. O registro mencionado tem o objetivo de publicizar a existência de demanda judicial e apresentar aos terceiros alheios à relação jurídica que o determinado bem não está livre de possíveis constrições legais.

Diante da realização da averbação, o parágrafo 4º do art. 828 do CPC/2015 traz que a alienação ou oneração de bens sobre os quais se prenda a averbação será considerada fraude à execução. Diante de tal regra, a legislação pátria determina a presunção de fraude absoluta caso ocorra qualquer tipo de negociação jurídico com o bem que possui averbação de execução civil em sua matrícula.

Ademais, a fraude é presumida uma vez que a finalidade da norma - o magistério é de Cassio Scarpinella Bueno - é permitir que terceiros tenham ciência do ajuizamento da execução e, com isso, sejam reduzidos os casos de fraude à

execução que envolvam terceiros de boa-fé que, por qualquer razão, poderiam se mostrar interessados na aquisição do patrimônio do executado. A preocupação do legislador justifica-se: é cada vez mais frequente a ocorrência de fraude à execução.

Na mesma linha da posição adotada acima, o doutrinador Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 64) considera que:

A medida se presta como forma de cautela, a fim de precaver-se o exequente contra possíveis alienações ou onerações fraudulentas desses bens. Por isso mesmo, estabelece o art. 828, § 4.º, do Código, que a alienação ou oneração de bens sobre os quais penda essa averbação é presumida em fraude execução, não surtindo efeitos para o processo.

Todo o conteúdo acima descreve que é ônus do adquirente, terceiro à relação jurídica, avaliar se existe alguma constrição legal ou a existência de alguma averbação em discriminado bem que é passível de negócio jurídico. Na realidade, o simples fato de haver tal registro já remete à ideia de que o adquirente realizou a sua obrigação, obteve conhecimento da existência de litígio relativo ao bem e mesmo assim insistiu em realizar a alienação. Dessa forma, caso a

demanda judicial seja favorável ao exequente e ele penhore e exproprie o bem, o terceiro não será mais considerado de boa-fé e deverá entregar o bem ao seu real proprietário, uma vez que a fraude contra a execução terá sido concretizada. Sobre esse aspecto, vale mais uma vez transcrever a opinião de THEODORO JÚNIOR (2007, p. 33):

“Os bens afetados pela averbação não poderão ser livremente alienados pelo devedor. Não que ele perca o poder de dispor, mas porque sua alienação pode frustrar a execução proposta. Trata-se de instituir um mecanismo de ineficácia relativa. A eventual alienação será válida entre as partes do negócio, mas não poderá ser oposta à execução, por configurar hipótese de fraude nos termos do art. 593, como prevê o §3º do art. 615-A. Não obstante a alienação subsistirá a responsabilidade sobre o bem, mesmo tendo sido transferido para o patrimônio de terceiro”.

Em contrapartida, torna-se necessário destacar que a averbação premonitória da execução não indisponibiliza o bem para o executado em relação ao seu patrimônio, porém eventual transferência do bem será considerada ineficaz em face da execução, nos termos do art. 828, parágrafo 4, do CPC/2015.

Diante da presunção de fraude adquirida após a averbação, caso o executado realize algum negócio jurídico com o bem averbado, a própria inscrição na matrícula do imóvel da existência da execução civil e possível penhora ocasiona dificuldades, incluindo alertas, para o terceiro de boa-fé quanto à eficácia de uma alienação envolvendo o bem.

Devido ao exposto, a averbação premonitória impõe a assunção de riscos aos terceiros adquirentes do imóvel, uma vez que resulta na presunção da inexistência de diligência, zelo, e por que não falar em boa fé objetiva, com a inversão do ônus processual da prova em desfavor do terceiro, tendo em vista a presunção de fraude.

Salienta-se também que a averbação premonitória não retira o patrimônio do executado do comércio, todavia, perturba qualquer tipo de negócio jurídico que envolva o bem. Além disso, diante de todo o cenário teórico descrito acima, a segurança jurídica decorrente da averbação premonitória junto com a efetividade apresentada pelo instituto devem ser preferidas ante aos problemas oriundos na transação de determinado bem.

Nesse feito, a possibilidade conferida ao exequente para averbar a existência da execução na matrícula/registro de algum bem é apenas uma faculdade. A averbação premonitória permite

ao credor ultrapassar os limites do processo legal e praticar seus direitos, contudo, caso não haja interesse, o exequente possui total liberalidade para não efetuar o registro, ressalvando o fato de que se houver dilapidação do patrimônio nesse caso, a fraude contra a execução não será presumida, tendo o próprio exequente que consolidar provas para a alegação.

Ademais, ressalta-se que a alegação de fraude à execução não se restringe somente na possibilidade de alienação do bem que possui averbação da execução civil. O credor, independente da realização premonitória, poderá arguir a fraude à execução baseado em outros elementos. Contudo, caso realize tal conduta, o exequente deve respeitar o enunciado da Súmula 375 do STJ, a qual determina a comprovação, por parte do credor, que o devedor possuía conhecimento da execução civil em litígio.¹¹⁶

Dessa forma, a comprovação do conhecimento da existência da ação caracteriza a má-fé do terceiro adquirente. Não havendo tal comprovação, a diretriz da súmula é a de não reconhecer fraude à execução, preservando-se a eficácia do

¹¹⁶ Súmula 375 do STJ: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.”

negócio realizado entre o executado e o terceiro adquirente de boa-fé - em detrimento do interesse do credor prejudicado pela alienação do bem do executado, alienação ocorrida quando já estava em curso a ação movida pelo credor contra o executado. (FIOREZE, 2014, p. 4)

Por fim, a escolha do legislador em determinar que a alienação ou oneração do bem restringido pela averbação premonitória possui como intuito apenas a segurança jurídica e a já citada proteção conferida pelo instituto para o exequente e para o terceiro de boa-fé alheio ao litígio.

Como já explanado, a averbação premonitória constitui a prerrogativa do exequente de delimitar patrimônio do executado a ser afetado por posterior penhora. É notável que o instituto, de caráter eminente acautelatório, é benéfico tanto ao exequente, quanto ao terceiro de boa-fé. A este, a averbação garante que não interfira na relação jurídica entre exequente e executado, de modo que possa ser prejudicado ou perturbado por posterior penhora a bem adquirido – ou até mesmo sua tentativa. Àquele, a averbação garante uma reserva patrimonial capaz de satisfazer a obrigação inadimplida, ou parte dela, de modo a impedir que o executado de má-fé realize atos para

travar a execução por falta de bens suficientes para sua efetivação.

A própria Lei 11.382/06, ao introduzir a averbação premonitória no CPC/73, o fez com o intuito de precaver o exequente contra atitudes do executado que pudessem obstaculizar a execução. Dessa forma, a referida lei criou uma espécie de proteção ao exequente no período entre a propositura da ação e a citação executória da parte inadimplente, de modo que não mais se tratava de averbar a penhora, mas sim de averbar a existência de uma ação executória contra aquele proprietário.

A mudança surgiu reafirmando a premissa de que a execução opera em favor do exequente, e, portanto, o instituto traz como escopo principal o de antecipação dos efeitos da fraude à execução. Para isso, cumpre-nos observar o art. 792, CPC/2015, o qual traz que

Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução: I - quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver; **II - quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo**

de execução, na forma do art. 828; III - quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude; IV - quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência; V - nos demais casos expressos em lei. [grifou-se]

Portanto, em que pese a averbação premonitória não indisponibilizar os bens averbados para alienação ou oneração, esta garante presunção absoluta de fraude à execução caso o bem averbado venha a ser penhorado. Assim, suposta relação entre executado e terceiro não pode ser oposta frente ao exequente na ação executória, independente de boa ou má-fé.

Isso se dá porque a averbação premonitória tem o condão de dar publicidade à execução civil e, assim, o terceiro que se dispõe a adquirir ou onerar bem averbado está ciente aos possíveis efeitos passíveis de recair sobre aquele bem, de modo que sua boa-fé, ou não, pouco importa para a aplicação de tais medidas. Explica Humberto Theodoro Júnior (2016, p. 384)

Em outros termos, a averbação **torna a força da execução ajuizada oponível erga omnes** no tocante aos bens objeto da medida registral, de sorte que, sendo alienados, permanecerão, mesmo no patrimônio do

adquirente, sujeitos à penhora, sem que se possa cogitar de boa-fé do terceiro para impedi-la. [grifou-se]

Assim, a inegável eficácia cautelar da realização da averbação premonitória, além de agir antecipando os efeitos da fraude à execução, age de maneira indireta ao “repelir” o terceiro de boa-fé de possível interferência em relação jurídica que possa trazer prejuízos a si próprio.

Inegáveis são, portanto, os benefícios da averbação premonitória para os fins executórios, quais sejam agir em favor do exequente e garantir o cumprimento da obrigação inadimplida. Ressalta-se que é estratégia, conforme explicam Borges e Lamy (2015), amplamente utilizada por credores diligentes, credores esses que priorizam a manutenção da ação executória no âmbito da segurança jurídica.

A medida, que é um direito do exequente, por sua vez, também traz consigo o ônus de este ter que pesquisar e localizar bens do devedor sujeito a registros, nos quais se possa realizar a averbação. Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016) afirmam que tal ônus é o principal defeito do instituto, pois onera o exequente com tarefas de sabida dificuldade, ainda que este possa solicitar o apoio jurisdicional.

Entretanto, em que pese a existência de ônus ao exequente em busca da garantia de posterior satisfação de obrigação anteriormente inadimplida, a medida é de extrema relevância, como já dito, para assegurar a delimitação de patrimônio do devedor suficiente para cumprir o inadimplemento, além de findar a possibilidade deste de ocultar ou transformar seus bens em pecúnia, por exemplo, sem que tal ato gere qualquer nulidade. A averbação premonitória adverte ainda o terceiro de boa-fé quanto à existência de ação executória capaz de penhorar o bem adquirido ou onerado, conforme explicam Pinto e Teive *apud* Mendes (2015).

Para Borges e Lamy (2015), a realização da averbação premonitória é medida essencialmente preventiva e sua natureza protetiva, geradora de segurança jurídica tanto ao exequente quanto ao terceiro de boa-fé, deve ser valorizada. Referidos autores afirmam também que o instituto surgiu com ideais de simplicidade, celeridade e efetividade, os quais, infelizmente, não foram contemplados pelas transformações realizadas no CPC/2015 em seu dispositivo principal sobre a temática. Tratar-se-á adiante sobre as mudanças realizadas pelo novo Código.

A Lei 11.382/06, ao incluir o artigo 615-A trouxe a averbação da certidão de ajuizamento da ação executória ao direito brasileiro, como uma prerrogativa ao exequente. Em seu modo originário, conforme já exposto, a obtenção e averbação da certidão independia de qualquer manifestação ou ato do juiz, sendo prática e eficiente por simples autonomia do maior interessado – o exequente.

O CPC/2015, ao trabalhar o instituto, promoveu, a princípio, significativas mudanças no tocante ao seu procedimento. O que antes se resolvia simplesmente com a obtenção de uma certidão na distribuição do Fórum em que a execução havia sido protocolada e, conseqüentemente, com a disposição do exequente em averbar as certidões em registros de bens, previamente pesquisados, em quantidade suficiente para a satisfação de seu crédito; agora conta com uma carga de dependência de atuação do Judiciário.

O instituto encontra regulamentação principal no art. 828, caput, do CPC/2015, qual seja

Art. 828. O exequente poderá obter **certidão de que a execução foi admitida pelo juiz**, com identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens

sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade. [grifou-se]

Observa-se que o dispositivo alterou a prerrogativa do exequente de maneira significativa ao condicionar a averbação à obtenção de “certidão de que a execução foi admitida pelo juiz”. Dessa maneira, o CPC/2015, claramente, retira do instituto seus ideais originários, como explicam Borges e Lamy (2015), de celeridade, efetividade e simplicidade, assim como retira do exequente, maior beneficiado com o instituto, sua autonomia de tomada de medida acautelatória.

Cumpre aqui analisarmos a criação do instituto, frente a seus objetivos e, a partir disso, concluir o nível de involução proposto pelo novo CPC para sua efetividade.

Não se ignora no presente artigo o fato de que a averbação premonitória, utilizada de maneira excessiva, também possui seus pontos negativos. Entretanto, observa-se que para a resolução de tais problemas o CPC bem operou, conforme se demonstrará a seguir.

O instituto da averbação premonitória, em sua forma originária, dependia exclusivamente do exequente, e de sua determinação em colaborar com a ação executória, considerando que é seu ônus realizar toda a pesquisa patrimonial do

executado, bem como promover a averbação e arcar com suas custas, as quais podem ser repassadas ao valor da execução. Assim, o próprio exequente, de maneira diligente, realizava a averbação da certidão de ajuizamento da execução nos registros de bens passíveis de penhora para garantir a possibilidade do cumprimento da obrigação inadimplida, bem como para garantir que o executado de má-fé não usasse de artifícios para a não satisfação de seu débito.

A alteração proposta pelo CPC/2015, conforme detalham Borges e Lamy (2015), “na melhor das hipóteses, se distribuição, cartório e juiz cumprirem seus respectivos prazos, o exequente obterá a sua certidão em 15 (quinze) dias úteis.”

Dessa maneira, é nítida a infelicidade na transformação de instituto tão utilizado. Considerando a referida “melhor das hipóteses”, os 15 dias (úteis) de prazo espera para a obtenção de uma simples certidão, para posterior averbação nos respectivos registros, extingue qualquer tipo de surpresa que o executado poderia sofrer e lhe garante tempo suficiente para agir sob má-fé, caso seja esse seu intuito.

A dependência imposta ao exequente, tanto da decisão jurisdicional que recebe a ação executória, quanto de toda a burocracia envolvida no processo até que chegue àquele ponto,

coloca o instituto (e seu beneficiado) em posição de “espera pela sorte” de o executado não consultar seu nome no Sistema de Automação do Judiciário (SAJ), por exemplo, e descobrir sobre a existência da execução antes mesmo que o registro das certidões ocorra.

Assim, o CPC/2015 impõe ao exequente a “espera pela sorte”, contando com a “melhor das hipóteses”, de maneira a afastar a função primordial da ação executiva qual seja a de operar em favor do exequente – e não obstaculizar a satisfação de seu crédito em favor do executado que, por óbvio, pode ter intenções que coadunam com essa ideia.

Quanto à resolução dos problemas no tocante à averbação premonitória excessiva, cumpre aqui notar que o CPC/2015 no parágrafo 5º do art. 828 trouxe a discricionariedade do juiz para a fixação de indenização ao executado quando da averbação manifestamente indevida resultar. Antes, tal indenização era limitada pelo valor de 20%, tendo o CPC/2015 retirado tal limite e passando ao juiz o poder de avaliar a situação de acordo com o caso que lhe for apresentado.

4. O artigo 799, inciso IX, do CPC/2015 e seu contraponto ao dispositivo principal

Em que pese a involução demonstrada no tópico anterior, verifica-se que o CPC/2015 deixou interessante lacuna na questão.

O art. 152, inciso V, do CPC/2015 traz que

Art. 152. Incumbe ao escrivão ou ao chefe de secretaria: V - fornecer certidão de **qualquer ato ou termo do processo**, independentemente de despacho, observadas as disposições referentes ao segredo de justiça. [grifou-se]

Por esse artigo, percebe-se que é obrigatório o fornecimento, pelo Poder Judiciário, de certidão que ateste qualquer ato ou termo do processo e, portanto, o escrivão ou o chefe da secretaria não pode se negar a fornecê-la. Disto, conclui-se que é plenamente possível a obtenção, pelo exequente, de certidão do ajuizamento da execução e, conseqüentemente, é possível sua averbação em registro, conforme se demonstrará a seguir.

Extrai-se do art. 54, da Lei 13.097/2015, que

Art. 54. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações: II - averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos do art. 615-A da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil;

Aqui, observa-se que a seção de Registros Públicos, da lei 13.097, trata da averbação premonitória em sua forma originária, qual seja a do art. 615-A do CPC/73, sendo esta a averbação do ajuizamento da execução no registro do imóvel. O referido inciso, sancionado em janeiro de 2015, não foi revogado ou teve sua redação modificada pelo CPC/2015, sancionado em março do mesmo ano. Desse modo, o inciso II, do art. 54, da lei 13.097, continua válido e garante uma segurança ao exequente de boa-fé de se assegurar e tornar ineficaz possível negócio jurídico realizado entre executado e terceiro de boa-fé que tenha como objeto um imóvel.

Por fim, tem-se no artigo 799, inciso IX, do mesmo diploma legal

Art. 799. **Incumbe** ainda ao exequente: IX - proceder à **averbação em registro público do ato de propositura da execução** e dos atos de constrição realizados, para conhecimento de terceiros. [grifou-se]

O artigo 799, IX, do CPC/2015 é a contradição mais notável e importante dentro do referido código. Observa-se aqui que o art. 799, IX, diferentemente do art. 828, ordena que o exequente realize a averbação da certidão do ato de propositura da execução. Ressalta-se que o art. 828, como já mencionado, traz uma prerrogativa ao exequente, trazendo, inclusive, o termo “poderá” em seu texto. Já o art. 799 traz uma incumbência, um encargo, uma missão ao exequente para que ele proceda à averbação em registro público do ato de propositura da ação.

5. Considerações finais

Ante o conteúdo exposto, observa-se que o instituto acautelatório da averbação premonitória busca efetivar uma dúplice proteção, tanto ao exequente que busca em juízo o cumprimento de uma obrigação inadimplida, quanto ao terceiro de boa-fé que não estaria interessado em interferir em relação jurídica capaz de lhe prejudicar ou perturbar de alguma forma.

A averbação premonitória foi trazida ao nosso ordenamento com o objetivo de garantir o exequente diligente, a favor de quem opera a execução civil, de modo a precaver e presumir a fraude à execução quando da oneração ou alienação de bem, imóvel ou não, que tenha em seu registro a averbação da ação executória proposta. O instituto foi criado para ser célere, simples e efetivo, sendo que buscou garantir ao exequente, quando da sua criação, uma autonomia com relação ao Judiciário para que seja efetivado.

Em que pese a resolução dos problemas relativos à averbação indevida e/ou excessiva, por meio da retirada do fator que limitava a fixação da indenização a ser paga pelo exequente ao executado; o CPC/2015, no dispositivo principal relativo ao tema, colocou a averbação premonitória sob o risco de esvaziamento de sua finalidade. Tal situação ocorreu quando o CPC retirou a autonomia do exequente e o colocou sob a dependência da atuação do magistrado para que pudesse obter a certidão e averbá-la nos registros pertinentes, tudo isto somente após o despacho inicial que aceita a execução.

Por outro lado, podemos observar também as falhas legislativas, tanto dentro do próprio Código de Processo Civil, quanto com relação a legislações específicas. Dessa forma, o

CPC/2015 permitiu a coexistência da averbação premonitória em sua forma originária, qual seja a do CPC/73 – de obtenção da certidão do ajuizamento da execução; bem como da averbação em sua forma, já demonstrada neste artigo, dependente de prévia atuação do magistrado para que ocorra, retirando a autonomia do exequente para sua efetivação.

Cumpramos agora aguardar e observar como será o enfrentamento das divergências demonstradas, tanto pela jurisprudência, quanto pela doutrina, de modo a esperar que um instituto acautelatório tão importante não seja vítima de um retrocesso e tenha sua efetivação fragilizada em sua prática diária.

6. Referências

ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016.

BORGES, Marcus Vinícius Motter; LAMY, Eduardo de Avelar. **A averbação premonitória do recebimento da execução: um retrocesso do novo CPC?** In: MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro (coord.). Impactos do Novo CPC na Advocacia. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

FIGLIANO, Ricardo, BEM-HUR, Silveira Claus. **Execução efetiva: A aplicação da averbação premonitória do art. 615-A do CPC ao processo do trabalho, de ofício.** Escola Judicial – EJUD 22. Disponível em <<http://ejud.trt22.jus.br/wp-content/uploads/2016/09/ben-hur-averbacao-premonitoria.pdf>> Acesso em 15.11.2016.

FURLAN, Daniel Borghetti. **Averbação premonitória do ajuizamento da execução – art. 615-A do Código de Processo Civil.** Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Daniel%20B%20Furlan-formatado.pdf>> Acesso em 12.11.2016.

JACOMINO, Sérgio. **Averbação premonitória, publicidade registral e distribuidores** (A probatio diabolica e o santo remédio). Boletim eletrônico do IRBI. n. 2834 (ISSN1677-4388). Disponível em <<http://www.irib.org.br/html/boletim>>.

KÜMPPEL, Vitor Frederico. **Averbação Premonitória.** Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI211034,81042Averbacao+premonitoria>>. Acesso em 15.10.2016.

MENDES, Lucas Rocha. **Averbação Premonitória: alterações impostas pelo CPC/2015 e questões controvertidas.** Monografia (graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito, Florianópolis/SC, 2015. Disponível em <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/157188>>. Acesso em: 01.10.2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A reforma da execução do título extrajudicial: Lei 11.382/06.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum.** 47. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CABELLO, Daniel Ruiz. **Apontamentos sobre a averbação premonitória da execução.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7060> Acesso em 01.11.2016.

JUSTIÇA SEGUNDO RAWLS: UMA ANÁLISE DO CONTO HARRISON BERGERON

Gabriela Marques de Almeida^{117*}

Thais Becker Henriques da Silveira^{118**}

Resumo: O objetivo do presente trabalho é fazer uma análise da sociedade distópica do conto de autoria de Kurt Vonnegut intitulado Harrison Bergeron, sob o enfoque dos conceitos de liberdade, igualdade e justiça, além de refletir sobre quais são os elementos necessários para garantir a justiça em um pacto social que funda um Estado. Para isso, utiliza-se a noção de sociedade justa concebida pelo filósofo John Rawls, assim como o exame feito pelo autor Michael Sandel das ideias daquele. Não somente apresenta-se a clara constatação da não conformidade da sociedade imaginária e caricaturesca de Vonnegut com os ideais de Rawls, mas também pode-se ponderar sobre as críticas que foram feitas à teoria do autor, mostrando as mitigações que podem ser incrementadas a suas concepções. Esse caminho leva

^{117*} Graduanda em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. gabrielaalmeida42@gmail.com, (48) 99923-4212

^{118**} Graduanda em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. thaisbeckersilveira@gmail.com, (48) 99818-3494

uma apreciação sobre a relação existente entre justiça, igualdade e liberdade, a qual é uma questão que há muito é discutida no âmbito da filosofia do direito.

Palavras-chave: justiça; igualdade; liberdade; Harrison Bergeron; John Rawls.

Abstract: The purpose of the current essay is to analyze the dystopian society presented by Kurt Vonnegut's short story entitled Harrison Bergeron under the perspective of the concepts of freedom, equality and justice, in addition to consider which elements are necessary to ensure justice in a social pact that creates a State. In order to do so, we use John Rawls' notion of a just society and the inputs that the author Michael Sandel made to his theory. Not only do we recognize the clear contrast between Vonnegut's imaginary society and Rawls' ideas, but we also observe the critics that were made to the author's theory while pointing the mitigation that could be made to his conceptions. This path leads us to appreciate and think of the relationship that exists between justice, equality and freedom, which been for many years a very intriguing question in the field of philosophy of law.

1. Introdução

Kurt Vonnegut, em seu conto intitulado Harrison Bergeron publicado em 1961, relata uma sociedade distópica, em que a busca pela igualdade é tão intensa que não existe espaço para o diferente. Nesta pequena estória, que acontece no ano de 2081, a igualdade plena na sociedade em questão é

finalmente alcançada, tanto no quesito físico, como no mental, o que significa dizer que ninguém é mais inteligente, mais bonito ou mais forte que ninguém, todos são perfeitamente iguais.

Ali, a forma utilizada para igualar os homens é a imposição de apetrechos niveladores, os quais são graduados na medida das aptidões naturais de seu portador. Portanto, caso o indivíduo tenha uma força física maior que a considerada “normal”, por exemplo, este deveria usar determinada quantia de pesos em seu corpo calculada pelo governo a fim de garantir o padrão desejado de igualdade. Tais imposições eram feitas para que nenhuma pessoa tirasse vantagens injustas de seu “dom natural arbitrário”.

Note-se que a maneira pela qual se implementou o governo do caso narrado pelo autor foi pela via democrática, de modo que, ao contrário do que se parece, o referido governo não é resultado de uma ditadura, de uma guerra ou mesmo de um golpe, sendo, na verdade, fruto de emendas à Constituição, mais especificamente, das emendas número 211, 212 e 213. Observa-se, assim, que a população deu seu consentimento, mesmo que de forma indireta, por meio de seus representantes, para a implantação deste modelo de governo.

Ocorre que, apesar de, em tese, a referida sociedade ter

encontrado seu fim maior, qual seja a igualdade entre aqueles que a compõe, nem mesmo a repressão exercida pelo governo foi suficiente para conter o jovem Harrison, o qual possuía talentos incomparáveis. Aos quatorze anos, por exemplo, com seus já dois metros e portador de uma força física inigualável, suportava pesos de aproximadamente 100 quilos em seu corpo. Ademais, além dos aparatos limitadores da sua força física, Harisson, era submetido a utilização de um ponto em seu ouvido, que emitia ruídos constantes com o intuito de restringir sua capacidade de raciocínio e desenvolvimento de ideias.

No caso narrado, Harrison, coloca-se como um dos únicos a contrapor-se aos padrões daquela sociedade e acaba, ao final, sendo morto pelo próprio sistema, como uma forma de silenciar o diferente. Nesse sentido, ao apresentar tal situação hipotética, discute o autor a relação existente entre os conceitos de igualdade, justiça e liberdade, bem como, reflete sobre quais elementos são necessários para garantir a justiça em um pacto social que funda um Estado. E, ainda, se é de fato possível alcançar o primado da justiça social sem lançar mão da liberdade individual.

Visa, então, o presente trabalho, a discussão desses três conceitos fundamentais de liberdade, justiça e igualdade, e suas

devidas importâncias na construção de uma sociedade. Para guiar esse raciocínio analisaremos também as ideias do filósofo John Rawls e suas perspectivas sobre uma sociedade justa. Ademais, levamos em conta a análise feita por Michael Sandel em sua obra chamada “Justiça: O que é fazer a coisa certa?” sobre as ideias de Rawls e as críticas e apontamentos levantados sobre sua teoria.

2. Desenvolvimento

2.1. Da Igualdade

O caso em epígrafe claramente versa sobre a questão da isonomia e, na verdade, vai além, pois coloca a questão da igualdade como o objetivo direcionador e fundamental de uma sociedade justa. Antes, no entanto, de ater-se a relação existente entre igualdade e justiça, faz-se necessário refletir sobre alguns pontos como: O que é igualdade? Como este conceito é compreendido na constituição brasileira, por exemplo?

O art. 5º, *caput*, da Constituição Federal¹¹⁹, estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

Assim, ao dizer que todos são iguais perante a lei, a constituição estabelece que a lei não tem como finalidade meramente igualar os cidadãos que estão perante a si, mas também procura estabelecer que a própria lei não pode ser editada em desconformidade ao princípio da isonomia, ou seja, esse preceito é voltado tanto para o aplicador da lei, quanto para o legislador.

Essa ponderação é importante, pois estabelece que a lei não pode ser fonte de privilégio ou perseguições, mas sim deve ser instrumento regulador da vida social que procura proporcionar igualdade de oportunidades.

Dentro desta perspectiva constitucional brasileira, é possível relacionar a tese do Prof. Dr. Celso Antônio Bandeira de Mello com o caso apresentado. Celso A. B. De Mello, em seu livro intitulado “O conteúdo jurídico do princípio da igualdade”, inicia

¹¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

a discussão a respeito da isonomia citando Aristóteles, em seu clássico conceito de igualdade, conforme trecho abaixo:

“(...) demais disso, para desate do problema é insuficiente recorrer a notória afirmação de Aristóteles, assaz de vezes repetida, segundo cujos termos a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Sem contestar a inteira procedência do que nela contém e reconhecido, muito ao de ministro, sua validade como ponto de partida, deve se negar-lhe o caráter de termo de chegada, pois entre um e outro extremo serpeia um poço de incertezas cavados sobre a intuitiva pergunta que aflora o espírito: Quem são os iguais e quem são os desiguais?”.¹²⁰

Para o autor, o pensamento de Aristóteles, ainda que insuficiente, aborda um ponto fundamental à discussão, qual seja, de que igualdade não significa aniquilar ou diminuir as diferenças em si, mas sim aprender a trabalhar e a lidar com elas. Assim, de imediato, é possível perceber uma divergência deste conceito com o que se coloca no conto de Kurt Vonnegut, pois este aborda a igualdade como a ausência de diferenças, sejam elas físicas, mentais, ideológicas e etc.

Celso de Mello, no entanto, em seu livro avança ainda

mais quanto ao que propõe Aristóteles, colocando a questão: Quem são os iguais e quem são os desiguais? Que medida de desigualdade é essa? Qual é o critério legítimo que autoriza, sem atentar à isonomia, distinguir pessoas e situações para fins de tratamentos diversos?

Ao tentar responder a essas perguntas, Celso estabelece três critérios pelos quais uma norma jurídica deve ser analisada a fim de responder se respeita ou não o princípio da isonomia jurídica: a escolha do fator determinante da norma, a correlação lógica entre o fator escolhido para o *discrímen* e a diferenciação prescrita pela lei e, por fim, a consonância desta correlação com os valores protegidos pela nossa constituição.

Nesse sentido, escreveu o autor:

“(...) tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se a justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não a

¹²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 10-11.

harmonia com eles”.¹²¹

Se analisados estes três pontos com o caso narrado, poderíamos dizer que uma norma que ordena que pessoas bonitas utilizem máscaras e que pessoas com maior força utilizem pesos em seus corpos realmente garante igualdade? Se sim, que tipo de igualdade garante? Será que é desse tipo de igualdade que uma sociedade precisa?

É também para responder a essas perguntas que John Rawls, em seu livro “A Teoria da Justiça”¹²², aborda o princípio da diferença, tentando criar outras alternativas à sociedade de mercado meritocrática, que não a igualdade pelo nivelamento, desconstituindo, assim, as desigualdades de aptidões e dotes, sem impor limitações aos mais talentosos, como é feito no caso.

Para Rawls, a solução pela busca de igualdade está não em inibir que os mais talentosos utilizem seus dotes e aptidões, mas sim em restringir que se utilizem destes para tirar proveito dos demais, enquanto deveriam, na verdade, fazer o contrário, deveriam se utilizarem destes meios para produzir benefícios a todos e principalmente aos mais necessitados.

¹²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 21-22.

¹²² RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

Deste modo, segundo Rawls, não se pode impedir que uma pessoa com alto grau de conhecimento o utilize para produzir novas tecnologias, mas sim, deve-se exigir que essas tecnologias sejam acessíveis a todos e que, principalmente, possam servir de auxílio aos mais necessitados. Citando o autor:

“O princípio da diferença representa, na verdade, um acordo para considerar a distribuição das aptidões naturais um bem comum e para compartilhar quaisquer benefícios que ela possa propiciar. Os mais favorecidos pela natureza, não importa quem seja, só devem usufruir de sua boa sorte de maneira que melhorem a situação dos menos favorecidos”.¹²³

Por exemplo, ao mencionarmos o caso narrado, o jovem morto não deveria ter em seu corpo pesos que limitassem sua força, mas sim deveria ser incentivado a utilizar sua força para benefício de todos, como, por exemplo, auxiliando na construção civil e etc.

Em que pese em princípio Rawls apresente uma inovação quanto a concepção de promoção de igualdade, algumas críticas se fazem a sua teoria. Michael J. Sandel, em seu

¹²³ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 121.

livro “Justiça: O que é fazer a coisa certa”¹²⁴, diz que a primeira delas se refere a questão dos incentivos, colocando a questão: Se os talentosos puderem beneficiar-se de suas aptidões apenas quando eles ajudarem os menos favorecidos, o que acontecerá se eles resolverem trabalhar menos ou não desenvolver suas habilidades? Quem garante que mesmo podendo fazer mais, não optariam por algo menos exigente?

A resposta de Rawls é que essas diferenças capazes de incentivar os mais talentosos a se qualificarem, como, por exemplo, salários mais altos, não seriam proibidas, desde que fossem vistas como meios necessários para melhorar a vida dos menos favorecidos.

Cabe ressaltar que, segundo Rawls, permitir diferenças salariais a título de incentivo é diferente de dizer que os bem-sucedidos têm mais direitos aos frutos do seu trabalho, como propõem os meritocratas.

A segunda crítica feita à Rawls diz respeito à questão do esforço, tendo em vista que o autor repudia a teoria meritocrática de justiça, fundamentando que os talentos naturais não são méritos de quem os possui. Questionam-lhe: E

quanto ao trabalho árduo que muitas dessas pessoas tiveram que fazer para se qualificar e cultivar o seu talento? Para Rawls a resposta é que até esse esforço, essa predisposição ao esforço, pode ser fruto de uma educação favorável. Para ele o esforço é influenciado por contingência cujo crédito não se pode reivindicar.

Rawls crítica os meritocratas, ao dizer que nem eles consideram o esforço por si só, fator determinante do mérito. Exemplifica dizendo que, imaginemos dois operários da construção civil, um é forte e musculoso e levanta, sem muito esforço, quatro paredes por dia. O outro que é fraco e franzino faz o seu máximo, mas mal consegue levantar uma. Segundo Rawls, nenhum partidário da meritocracia diria que o operário fraco, por ser mais esforçado, deva ganhar mais que o outro.

Sandel, ao abordar a questão em sua obra, escreve que:

“(…) ao analisar a concepção de esforços de Rawls, costumo fazer uma pesquisa não científica. Mostro que psicólogos acreditam que a ordem de nascimento das pessoas influencia o trabalho e o empenho - tal como o esforço que os alunos associam ao fato de ser admitidos em Harvard. Supostamente, o filho mais velho tem uma ética de trabalho mais sólida, ganha mais dinheiro e atinge mais facilmente o sucesso dito convencional do que

¹²⁴ SANDEL, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 195-198

os irmãos mais novos. Esses estudos são controversos, e não sei se suas conclusões são verdadeiras. Mas, apenas a título de curiosidade, pergunto a meus alunos quantos deles foram os primeiros na ordem de nascimento da família: de 75% a 85% levantam a mão. O resultado é sempre o mesmo toda vez que faço a enquete. Ninguém pode afirmar que fato de ser o primeiro na ordem de nascimento seja mérito próprio. Se algo tão moralmente arbitrário como a ordem de nascimento podem influenciar nossa tendência a trabalhar com mais afinco e a nos empenhar conscientemente, Rawls pode ter razão. Nem mesmo o esforço pode ser um fator determinante do mérito”.

Dessa forma, mesmo compreendendo as limitações de ambas as teorias adotadas nesta argumentação – Celso de Mello* e John Rawls - a conclusão que se chega quanto à questão da isonomia é que a igualdade conquistada no caso em tela, nada acrescenta para sociedade, seja em relação ao crescimento científico, social, educacional ou, ainda, em relação à tutela de direitos fundamentais.

Com efeito, percebe-se que o conto de Vonnegut é caricaturesco e feito de forma a incitar uma discussão sobre a igualdade e a liberdade. Desse modo, é evidente que a concepção da igualdade de Rawls e sua proposta de aproveitamento das

diferenças foi um marco filosófico importante para a discussão presente.

2.2. Da Justiça

Outro ponto importante no pensamento de Rawls foi o retorno ao contratualismo como forma de conceber uma sociedade justa a partir de um contrato social inicial e voluntário entre os seus integrantes. É notório que a maior parte das pessoas nunca entabulou um contrato social. De igual maneira, por exemplo, nunca se obrigou que os cidadãos anuissem com a Constituição que rege o Estado sob o qual estes vivem. Por essas razões, são constantes os questionamentos sobre os principais motivos pelos quais os indivíduos devem obediência às leis.

Neste contexto, John Rawls formulou uma teoria da justiça, afirmando que só seria possível conhecer o significado desta em uma reunião que envolvesse toda a comunidade com o intuito de elaborar um contrato social, apto a reger a vida em sociedade. Durante a reunião, cada indivíduo deveria perguntar a si mesmo com quais princípios concordaria em uma situação inicial de equidade.

Contudo, é evidente, como pontua Michael J. Sandel, que seria difícil entrar em consenso se não houvesse uma efetiva situação inicial de equidade, isso porque indivíduos diferentes possuem princípios diversos e interesses diversos, de modo que seria ingênuo acreditar que pessoas distintas optariam pelos mesmos princípios basilares para formação de uma sociedade uma vez que cada qual possui objetivos diferentes na sociedade da qual fazem parte.

Com efeito, o citado autor¹²⁵ leciona:

“Provavelmente teríamos dificuldade para chegar a um consenso. Pessoas diferentes têm princípios diferentes, que refletem seus diversos interesses, crenças morais e religiosas e posições sociais. Algumas pessoas são ricas, outras são pobres; algumas têm poder e bons relacionamentos; outras, nem tanto. Algumas fazem parte de minorias raciais, étnicas ou religiosas; outras não.”

Assim, Rawls afirmava que seria essencial a situação inicial de equidade, através da qual os indivíduos encontrar-se-iam cobertos por um “véu da ignorância”, tendo em vista que não saberiam quem seriam e a que categoria pertenceriam na

sociedade. Ou seja, todos estariam em uma posição igual onde esqueceriam características pessoais, como sexo, situação econômica, idade e etnia, por exemplo, e negociariam sob a perspectiva do universalismo moral, prezando por uma minimização de riscos que um indivíduo pode ter em uma sociedade.

Segundo o autor, tal contexto conduziria a comunidade a uma solução justa, visto que nessa situação, os indivíduos não arriscariam optar por uma sociedade com uma grande desigualdade social, como a sociedade feudal, por exemplo, porque da mesma forma que poderiam ser reis, as pessoas tinham a possibilidade de tornarem-se servos. Nem concordariam com um liberalismo total, pois poderiam se ver desamparados nesse regime também.

Analisando o caso de Harrison Bergeron, denota-se que a imposição de restrições aos indivíduos naturalmente mais capazes e, além disso, a aquiescência de determinada capacidade como padrão geraram consequências extremamente prejudiciais àquela sociedade, como o fim da liberdade, a redução da criatividade, a ausência do direito à diferença e a extinção gradual da própria diferença, o que acarretou a consolidação de uma comunidade sofrível.

¹²⁵ SANDEL, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 178

Nesse ponto, cabe ressaltar a força moral do supracitado contrato hipotético de Rawls, o qual desconstrói a ideia de que a moralidade se inicia com o consentimento. Impõe-se o respeito a este, porém não é o único elemento que importa para a justiça e não gera, por si só, a obrigação moral. Esta surge da união entre autonomia e reciprocidade, o que não se vislumbra no caso em análise.

A autonomia consiste no fato de um acordo ser um ato voluntário e a reciprocidade corresponde à geração de benefícios mútuos. É possível haver um acordo espontâneo, mas injusto, porque em que pese seja um ato voluntário, não gera benefícios mútuos. Nesse caso, só o consentimento não basta. De outra banda, podem admitir-se acordos em que não há consentimento, mas ambas as partes saíram beneficiadas. Nesse feito, o consentimento é dispensável.

Assim, ainda que se considere que a sociedade do caso em apreço tenha sido instituída com a anuência da população, não existe benefício mútuo. Isso porque, de um lado, tem-se um governo autoritário, que delimita a capacidade dos governados, adotando determinada capacidade como padrão. O Estado tem controle sobre sua população, de modo que a ele é gerado benefícios e de outro lado, tem-se os membros da sociedade, que

são privados de sua liberdade, de exercer sua criatividade e de usufruir de suas habilidades.

Resta evidenciado, portanto, que não há benefício mútuo na sociedade retratada e, portanto, esta não se enquadra no conceito de uma sociedade justa elaborado por John Rawls.

2.3. Da Liberdade

Por fim, desta reunião sob o “véu da ignorância” para a elaboração de um contrato social, John Rawls, estabelece os dois princípios da justiça, os quais seriam estabelecidos como pilares da sociedade justa. O primeiro e preponderante seria o princípio da liberdade igual e o segundo, o da equidade social e econômica. Aquele primeiro se refere, basicamente, a um direito igual das pessoas a liberdades básicas iguais, como liberdade de expressão, religião, associação ou política. Em suas palavras, Rawls esclarece: “Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdade para todos”¹²⁶.

Cumprido ressaltar que, para o autor, há uma clara

¹²⁶ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 376

distinção entre liberdade e valor da liberdade, pois àquela estaria vinculada a um sistema de liberdades, enquanto este seria a capacidade das pessoas de alcançarem seus objetivos. Assim, a liberdade seria a mesma para todos, o que não ocorreria com o valor da liberdade. Isso porque pessoas privilegiadas economicamente teriam uma maior capacidade de alcançarem seus objetivos. É com esse raciocínio, que Rawls afirma ser necessário maximizar o valor da liberdade para os menos favorecidos, para que haja uma forma de compensação.

Apesar de “Uma Teoria da Justiça” ser a principal obra do escritor, este foi bastante criticado por fazer uma análise das liberdades muito imprecisa. Consequência de tais críticas, “As liberdades básicas e sua prioridade”¹²⁷ foi um artigo em que Rawls rebate críticas como a de Hart e reforça a prevalência do primeiro princípio sob o segundo.

Ademais, Rawls mudou algumas concepções de sua obra inicial depois de se mostrar sensível a algumas críticas feitas por autores de pensamentos filosóficos diversos do seu, passando para um liberalismo político o que culminou com a publicação de sua obra “O liberalismo político”.

¹²⁷ RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 141-199
151

Porém, a real reflexão que deve ser feita é sobre o papel do conceito da liberdade na discussão da justiça e da igualdade. É evidente a intrínseca relação entre os três conceitos no momento de pensar uma sociedade. O que é uma sociedade justa? Para ser justa tem que ser igual e livre? Quão igual e quão livre? Há uma forma de equilibrar igualdade e liberdade em suas formas mais puras? Como tais conceitos se limitam? Para haver justiça quanto é necessário de igualdade e liberdade? Como a liberdade limita a igualdade e como a igualdade limita a liberdade?

No caso narrado percebe-se uma clara supressão da liberdade dos indivíduos em nome de uma suposta igualdade total. Harrison Bergeron tem suas liberdades ignoradas e vê-se obrigado a utilizar vários instrumentos limitadores, mas afinal, isso é justo? O contrário também seria? Uma liberdade total relegando a igualdade a um papel secundário? Seria justo Harrison aproveitar seus talentos natos e não colaborar com a parcela da sociedade que não nasceu com tais dons?

Assim como existem teorias que vislumbram sociedades com ênfase na igualdade, outras valorizam a liberdade em detrimento daquela. O pensamento libertário é um exemplo desta última situação. Michael J. Sandel, no terceiro capítulo de

seu livro “Justiça: O que é fazer a coisa certa?”¹²⁸, explica esta concepção, sobre tudo referindo ao autor libertário Robert Nozick, e estabelece, em síntese, três diretrizes para libertarianismo: ausência de paternalismo, nenhuma legislação sobre a moral e nenhuma redistribuição de renda ou riqueza.

Nozick, de fato, é um ator que faz consistentes críticas a teoria de Rawls, apresentando-se com uma se suas principais contraposições. Em seu livro “Anarquia, Estado e Utopia”, mais especificamente no sétimo capítulo, o pensador libertário concebe um de seus principais argumentos quanto a Rawls, consistente no exemplo de Wilt Chamberlain, com objetivo de provar que os princípios de uma justiça distributiva são incompatíveis com a liberdade.

Em tal exemplo, Wilt Chamberlain é um jogador de basquetebol popular e assina um contrato com a equipe que diz que para cada jogo, vinte e cinco centavos do preço de cada bilhete vão para ele. O autor pergunta então se essa distribuição para Chamberlain é injusta e conclui que não pois os espectadores escolheram dar esses centavos de seu dinheiro ao

jogador. Contudo tal distribuição não está de acordo com os princípios de justiça igualitários e pelo princípio da diferença de Rawls essa soma elevada que Chamberlain receberia no fim de um jogo cheio de torcedores, a qual afetaria de forma positiva os mais desfavorecidos, poderiam ser transferidos a esse grupo desfavorecido. Ou ainda, poderia se fazer uma proibição de transações que contribuam para a maximização da posição dos mais favorecidos. De todo modo, segundo Nozick há uma clara limitação da liberdade individual.

Com efeito, o autor sintetiza seu pensamento afirmando que “a lição ilustrada pelo exemplo de Wilt Chamberlain [...] é que nenhum princípio finalista ou princípio distributivo padronizado de justiça pode ser continuamente realizado sem interferir continuamente na vida das pessoas”.¹²⁹

Porém, saindo de situações-limite, como o liberalismo libertário, muitos autores tentam balancear liberdade e igualdade com o intuito de estabelecer justiça, isto é, tentam encontrar o equilíbrio necessário entre esses dois conceitos. Para Rawls, como já mencionado, é necessário garantir as liberdades para todos, porém, é importante que os mais

¹²⁸ SANDEL, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 4ª edição, 2011. Capítulo 3 (Somos donos de nós mesmos?/A ideologia libertária).

¹²⁹ NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Lisboa: Edições 70, 2009, p.207

privilegiados colaborem com a sociedade inteira para que se possa estabelecer a igualdade e para que se tenha justiça.

Deste modo, claramente a sociedade de Harrison Bergeron negligencia totalmente as liberdades básicas preconizadas por Rawls e, portanto, é evidente que não pode ser considerada justa pelo autor ou pela ampla maioria dos teóricos. Como a preconiza a teoria do citado autor, é necessário saber balancear liberdade e igualdade para que se tenha uma sociedade justa.

Por fim, cabe ressaltar que não há aqui a intenção de glorificar a teoria de Rawls, ou adotá-la como a correta, somente usá-la para compreender o contexto do caso discutido e deslegitimá-lo com base nas teorias modernas de justiça. Além disso, busca-se suscitar novamente a discussão sobre esse equilíbrio entre igualdade e liberdade na busca de encontrar justiça. Assim, importante o estudo da teoria desse teórico que marcou essa famosa discussão com uma teoria da justiça, que apesar de amplas críticas, contribuiu e acrescentou novas informações a esse antigo dilema.

3. Considerações finais

Assim, com base na teoria de John Rawls e na sua conceituação de justiça, claramente a sociedade distópica de Harrison Bergeron, escrita por Kurt Vonnegut, não alcança um ideal de justiça. Essa que está intimamente ligada aos princípios de liberdade e igualdade anteriormente tratados, e a forma com que se inter-relacionam.

Analisando a sociedade aqui abordada, tem-se que ela almeja a justiça através de uma igualdade plena, sendo considerada como forma de alcançar uma igualdade social a igualdade individual através de limitadores aos seus participantes ou, invertendo o ponto de vista, a limitação individual é uma consequência de uma igualdade social.

Entretanto, percebe-se que mesmo julgando descrever uma situação de igualdade plena, o próprio autor do conto, oferece elementos suficientes para se acreditar que esta não existe. Consequência essa retirada do fato de que mesmo dentro desse mundo, faz-se necessário um direito penal, que julgue o conteúdo das ações das pessoas. Logo, a igualdade até pode ser alcançada quando se trata do alcance das habilidades físicas e mentais, entretanto o seu conteúdo continua incontável e dependente de diversos fatores subjetivos, como da experiência de cada indivíduo.

Contudo, uma sociedade não pode se considerar justa ao cercear a liberdade de seus indivíduos. Para se alcançar a justiça deve-se entender a necessidade de estabelecer um equilíbrio entre os princípios básicos de igualdade e liberdade, de maneira a considerar sua relação. Segundo Rawls, o que deve se estabelecer é uma questão de prioridade entre eles, admitindo a necessidade de ambos, sem que se estabeleça a eliminação de um deles. A questão de como os equilibrar é o ponto central da discussão.

Assim, partindo do pressuposto de que os indivíduos naturalmente são diferentes e possuem habilidades diferentes, os quais acontecem de forma arbitrária (independente a vontade de cada um), havendo uma acentuação de diferenças quanto ao ponto de partida de cada pessoa (cultura, riqueza, infraestrutura), cabe estabelecer como mantê-los livres de maneira que se aproximem da igualdade. No conto de Harrison Bergeron, a igualdade foi alcançada através da criação de um padrão através do indivíduo mais limitado e fazendo com que os demais “regridam” a esse ponto.

Entretanto, através da teoria de justiça como equidade, o ideal seria priorizar a liberdade de todos os indivíduos, de maneira que alcançassem o máximo desenvolvimento de suas

habilidades. Mas isso não realçaria a desigualdade? Sobre esse aspecto deve haver uma atuação política, em que as instituições estatais permitiriam o acesso igual de todos aos cargos, que fizesse com que essa disparidade não se refletisse no mundo econômico, no mundo material.

Através disso, temos uma lembrança do terceiro princípio lema da revolução francesa, a fraternidade. Uma sociedade que tenha como objetivo principal a liberdade e que vise estabelecer a igualdade, parece possível apenas através de uma rede fraterna, solidária, em que os indivíduos se desenvolvam, mas tenham consciência de sua “função social”, de modo a utilizar seus dons para o benefício geral.

Logo, através dessa breve análise, percebe-se que uma sociedade justa atuaria em sentido contrário à demonstrada por Kurt Vonnegut, pois não há que se escolher pela igualdade em detrimento da liberdade, mas sim que há que se valorizar as diferenças, de modo que estas sejam utilizadas para benefício de todos e que, assim, a sociedade garanta sua dinâmica evolutiva.

Por fim, importante destacar que com essa análise do conto e da teoria de Rawls, relança-se a discussão entre qual seria o ponto de equilíbrio entre igualdade e liberdade para a formação da justiça, questão essa que apesar de não ter resposta

certa é de indispensável importância para compreender o tipo de sociedade e o conceito de justiça que utilizamos na vida comum. Como juristas, é indispensável conhecer esses elementos presentes na sociedade e entender um pouco mais desses conceitos abstratos que são a base que forma nossa vida comunitária e que influencia enormemente as leis e suas aplicações.

4. Referências

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. ***O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade***. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004

NOZICK, Robert. ***Anarquia, Estado e Utopia***. Lisboa: Edições 70, 2009.

RAWLS, John. ***Uma teoria da justiça***. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RAWLS, John. ***Justiça e Democracia***. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SANDEL, Michael J. ***Justiça: O que é fazer a coisa certa***. 8ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012

O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA ORDEM POLÍTICA DA REPÚBLICA OLIGÁRQUICA

Thayrine Paôla Canteli^{130}*

Resumo: A presente pesquisa tem por objetivo investigar a função do poder judiciário no contexto da Primeira República (1889-1930). Inicialmente a análise se volta para o processo de estruturação constitucional da República e a decorrente discussão entre unitaristas e dualistas. Nessas demarcações, recorre-se às disposições da Constituição de 1891, a fim de verificar a ordenação do poder judiciário e suas esferas de competência. Por fim, delinea-se o panorama político da época para fazer um confronto entre o federalismo formalmente instituído e a realidade do poder verdadeiramente centralizado nas mãos das oligarquias regionais. O judiciário foi submisso às vontades políticas? Ele se dobrou ao jogo de interesses liderado pelo executivo? A política de nomeação dos juízes e o controle judicial de constitucionalidade são os elementos capazes de responder a esses questionamentos e de desenhar a conduta do judiciário. Assim, estrutura-se esse tema paradoxal, onde será

^{130*} Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, na área de Teoria e História do Direito. Bacharela em Direito pela Faculdade Cenecista de Joinville. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica – *Ius Commune* (UFSC/CNPq), coordenado pelo Prof. Dr. Arno Dal Ri Jr. Bolsista da CNPq. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6586099935615493>. E-mail: thayrine.canteli@hotmail.com.

estudado o poder judiciário sob um prisma formal, bem como a realidade de sua atuação.

Palavras-chave: história do direito; primeira república; federalismo; poder judiciário; Constituição de 1891.

Abstract: This research work has the purpose of scrutinizing the role of the judiciary in the context of the First Republic (1889-1930). Initially, the analysis is based on the process of elaboration of the constitutional Republic and the discussion arising between Dualists and Unitarians. In this context, the Constitution of 1891 is consulted in order to verify the organization of the judiciary and its areas of competence. In conclusion, it is drawn the political overview of the time to create a conflict between the formally established federalism and the true reality of the power centralized in the hands of the regional oligarchies. Was the judiciary submissive to the political desires? Was it convenient to the self-interest game led by the executive power? The policy of nomination of judges and the judicial control of constitutionality are the elements capable of answering these questions and showing the conduct of the judiciary. Therefore, this subject is structured to study paradoxically the judiciary under the formal view and the reality of its actions.

Key Words: history of law; first republic; federalism; judiciary; Constitution of 1891.

1 Introdução

O presente artigo se destina a apresentar o papel do poder judiciário na ordem política da Primeira República e sua

participação na manutenção do pacto federativo, consagrado pela primeira vez no território brasileiro pela Constituição de 1891.

Utilizando-se do método dedutivo de abordagem, por intermédio da pesquisa bibliográfica – cujos marcos teóricos serão Andrei Koerner e Paulo Bonavides – o trabalho se mostra de extrema importância para a compreensão do paradigma jurídico-político desse período histórico.

Para adentrar ao objetivo proposto, se estudará de forma introdutória a organização da nova ordem constitucional republicana, ou seja, o momento constituinte e suas principais questões, com foco na estrutura e na composição do poder judiciário.

Posteriormente, tendo em mente que o federalismo visava descentralizar o poder e romper com o momento monárquico precedente – pregando a divisão horizontal de competências constitucionais entre União e estados-membros – será explorada a atuação do judiciário no plano fático.

Isso significa questionar se – e de que forma – o poder judiciário contribuiu para a manutenção das elites no poder, ou seja, se participou do jogo político da troca de favores característico da época.

Então, qual foi a função do judiciário? O perfil institucional dos órgãos judiciários se restringiu à legitimar essa estrutura corrompida? Eis os questionamentos que se quer responder na presente pesquisa.

Sabe-se que do ponto de vista formal a Carta de 1891 representou uma ruptura com o regime monárquico anterior, seguindo rigorosamente o molde federativo; resta saber se na esfera factual isso ocorreu.

Em síntese, o papel do poder judiciário no cenário político da Primeira República (1889-1930) é objeto de investigação, sendo que as peculiaridades desse momento são delineadas, confrontando-se o real e o imaginário.

2 O papel do Judiciário na ordem política da República Oligárquica

2.1 O processo de organização constitucional da república e a preocupação com o Judiciário

Após a inesperada Proclamação da República e a publicação do Decreto nº 1, que coroou as aspirações

federalistas no território brasileiro, fazia-se urgente uma movimentação para reorganização do Estado.¹³¹

Sobre esse instante, Bonavides (2008, p. 231) registra que o clima era de “[...] impaciência pela pronta reconstitucionalização do País.” Para esse fim, o anteprojeto da Constituição foi elaborado por uma comissão, conhecida como Comissão dos Cinco¹³², que trabalhou no sentido de esboçar sugestões e ideias a serem submetidas à apreciação do Congresso Nacional.

¹³¹ De fato, com a introdução do federalismo no Brasil sobreveio uma “tríplice transformação” que vigora até os dias atuais. Como comenta Cunha (2006, p. 65), o Brasil passou de uma forma de governo monárquica para a republicana, do sistema de governo parlamentar para o presidencial e da forma de estado unitária para a federal. Sobre a proclamação da República e suas motivações, verifique CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas: o imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990 e FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Globo, 1997.

¹³² Foi uma comissão nomeada através do decreto n. 29, de 3 de dezembro de 1889, logo após a Proclamação da República, pelo Governo Provisório. Era composta por Américo Brasiliense, Francisco Rangel Pestana, Antônio Luís dos Santos Werneck e José Antônio Pedreira de Magalhães Castro, sob a presidência de Saldanha Marinho. A relação completa dos membros da Constituinte de 1890 pode ser consultada pelo índice onomástico em BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 9. ed. Brasília: OAB Editora, 2008, p. 655-668.

No projeto final elaborado pela Comissão¹³³ a posição do judiciário nos poderes da União era secundária. Tal projeto atribuiu ao Supremo Tribunal de Justiça tão somente a interpretação nos casos concretos¹³⁴ e ao Congresso a proteção da Carta e das leis federais. Portanto, “[...] na organização constitucional da República, o Poder Judiciário federal não foi

¹³³ Durante os trabalhos da comissão era prioridade “[...] definir qual seria a última instância para a resolução dos conflitos [...] de que modo essa última instância seria composta e como seriam tomadas as suas decisões.” (KOERNER, 1998, p. 152). Imprescindível, então, decidir qual instituição seria competente para resolver as lides políticas e privadas em última instância. Fica claro que o poder de interpretação da Constituição era o ponto fundamental, por ser o elemento que conciliaria os objetivos das leis com as causas em concreto. Foram apresentados três projetos, que “[...] coincidiam em muitos pontos fundamentais [...] havia, é certo, discrepância e singularidade.” (BONAVIDES, 2008, p. 224). No projeto apresentado por Américo Brasiliense competiria ao poder legislativo a interpretação da norma e à Corte Suprema de Justiça decidir as questões relativas a Carta constitucional e às leis federais. O projeto assinado conjuntamente por Rangel Pestana e Santos Werneck sugeria o cabimento de interpretação e de julgamento ao Supremo Tribunal de Justiça. Já ao Congresso “[...] o reconhecimento das leis estaduais que adaptassem as leis federais às condições locais e a atribuição de velar na guarda da Constituição e das leis.” (KOERNER, 1998, p. 153). Isso daria ao poder legislativo o direito de inspeção a fim de verificar se as leis estavam sendo aplicadas de acordo com o sentido material idealizado quando de sua elaboração. Magalhães Castro propôs que o poder interpretativo deveria ser conferido ao Supremo Tribunal de Justiça. Segundo seu projeto, essa estrutura atenderia também questões não contenciosas, além de servir como órgão consultivo do poder executivo.

¹³⁴ Nessa ordem de reflexões, Koerner (1998, p. 155) destaca que “Esse é o sentido da interpretação autêntica: aos juízes, como simples delegados da representação nacional, cabe decidir apenas a aplicação da lei aos casos concretos, sendo-lhes vedado deixar de aplicar alguma lei do parlamento.”

considerado do ponto de vista do seu papel de guardião das liberdades individuais declaradas na Constituição.” (KOERNER, 1998, p. 144).

Porém, o colaborador Ruy Barbosa, que conhecia com mais profundidade o modelo norte-americano¹³⁵, “[...] reelaborou completamente o projeto da Comissão dos Cinco.” (KOERNER, 1998, p. 151).

No mesmo diapasão, Bonavides (2008, p. 225) destaca que o projeto conjunto apresentado ao Governo Provisório foi revisado por Ruy Barbosa antes da votação pelo Congresso. Evidencia-se, assim, a participação importante de Ruy Barbosa que aperfeiçoou o projeto “[...] tanto na redação quanto no conteúdo.” (BONAVIDES, 2008, p. 225).¹³⁶

¹³⁵ De acordo com a Carta norte-americana qualquer ato que ultrapasse os limites nela impostos é nulo e “os conflitos a respeito desses limites são resolvidos, por uma delegação da Constituição pelo Poder Judiciário Federal”. A última instância seria, portanto, a Suprema Corte com atribuição de declarar a inconstitucionalidade das leis.

¹³⁶ Abre-se um parêntese para comentar sobre o debate acerca da real autoria da Constituição de 1891. O jurista Ruy Barbosa reivindicou-a para si, porém, consoante ensinamento de Bonavides (2008, p. 225) “[...] houve dum parte os que buscaram apoucar ou quase anular a importância do projeto elaborado pela “Comissão dos 5”, e doutra, os que querendo desfazer o significado das emendas introduzidas por Rui no texto da comissão, buscaram apresentá-las qual uma simples colaboração mais forma ou linguagem do que propriamente de fundo ou substância.”

Acentuando as características presidencialistas dos Estados Unidos da América, Ruy Barbosa deu ao Supremo Tribunal Federal um contorno muito similar à Corte daquele país. Ampliou a competência desse órgão para o julgamento de “[...] todas as questões decididas pelos juízes e tribunais estaduais que negassem a validade das leis federais, que afirmassem a validade de leis e atos dos governos estaduais contestadas em face da Constituição ou das leis federais.” (KOERNER, 1998, p. 155)

Outra inovação trazida por Ruy foi a nomeação dos ministros¹³⁷ pelo presidente da República, o que demonstra a aplicação do princípio da separação dos poderes, com o enfraquecimento do legislativo que até então ditava as regras e influenciava os outros poderes.

No que diz respeito à organização judiciária, foi exaltado o princípio federativo no texto definitivo da Carta, no sentido de não demarcar a superioridade de uma ou outra jurisdição, ou

¹³⁷ Os ministros eram nomeados “[...] entre os trinta juízes federais mais antigos e cidadãos de notável saber e reputação” (KOERNER, 1998, p. 156). Esse fator evidenciava a grande liberdade de nomeação pelo chefe do executivo, porém essa exigência foi suprimida do texto definitivo da Constituição.

seja, as jurisdições federal ou estadual possuíam soberanias separadas e não hierárquicas.

Demarcar precisamente as funções e as competências era de suma importância para manter os limites de atuação de cada poder – o federal e o local. Por essa razão,

[...] foi estabelecida na Constituição a autonomia entre essas duas esferas de poder ao ser incluída a proibição de intervenção da justiça federal nas questões julgadas pela justiça estadual à cláusula que proibia a intervenção da justiça estadual sobre as questões em julgamento na justiça federal (KOERNER, 1998, p. 157).

As esferas de competências foram bem delineadas na Carta, ficando vedada a possibilidade de intervenção em outra esfera, ou seja, proibiu-se suspender ou anular decisões da outra jurisdição.

Apesar de constar do projeto final, a dualidade da justiça não era um consenso, já que muitos se opunham à adoção dessa nova organização.

Entretanto, “[...] a adoção da República Federal era um compromisso do ato da Proclamação que devia atingir também o Poder Judiciário, um dos três grandes órgãos da soberania nacional.” (KOERNER, 1998, p. 165).

Ora, o Estado como polo do poder deveria ter autonomia nas três esferas políticas, sob pena de surgir a subordinação ou dependência com relação à União. Descentralizar o poder do judiciário era a melhor forma de manter o pacto e a livre atuação dos Estados.

No entendimento de Barbalho apud Koerner (1998, p. 167) o judiciário

[...] de poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto na elevada esfera da sua autoridade para interpor a benéfica influência do seu critério decisivo, a fim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros poderes, assegurando ao mesmo tempo o livre exercício dos direitos do cidadão.

Pode-se separar, nos debates da Constituinte, três correntes discordantes quanto à divisão de competências legislativas, o que refletia diretamente no encargo do judiciário: os unitaristas, os dualistas e os adeptos do sistema misto.

Os unitaristas atribuíam à União competência exclusiva para legislar sobre direito material e processual, além de defenderem a união da magistratura; os dualistas defendiam que caberia aos Estados legislar sobre essas matérias e posicionavam-se pela dualidade da organização da magistratura; por fim os defensores do sistema misto confiavam aos Estados

competência legislativa processual e a União legislar sobre a matéria, sendo as magistraturas organizadas pelos Estados.

Os que defendiam a unidade da justiça baseavam-se no fato de que “[...] a justiça era nacional”, por isso devia-se assegurar a toda a população os mesmos direitos. Koerner (1998, p. 170) destaca que, para esse grupo, “[...] o preço a pagar pela dualidade do direito e da justiça seria a fragmentação do direito e a subordinação dos juízes à política local.”

Dentre os argumentos utilizados pelo grupo unitarista está a importância de uma união jurisdicional, que deveria ser mantida pelo STF, órgão com a incumbência de interpretar a Constituição e as leis.

De outro norte, a corrente dualista¹³⁸ entendia que a unidade deveria existir apenas nos códigos, já que os fatos não ocorrem em igualdade de condições, sendo a unidade do direito mera ficção. Essa formulação se construiu em virtude da inexistência de igualdade de condições climáticas, econômicas e até mesmo pela colonização diversa que reflete na dissimilitude

¹³⁸ Não se pode negar o envolvimento das questões políticas e econômicas que circundaram essa discussão. Os Estados do Rio Grande do Sul, São Paulo, Minas Gerais, Pará e Amazonas, economicamente mais fortes, os dois últimos devido a questões de exportação, formavam por óbvio o grupo dualista.

de costumes, devendo-se, então, respeitar as diferenças regionais.

Por último, a sistemática mista unia o fator da unidade judiciária com a busca pelo respeito das condições materiais dos entes estatais.

Koerner (1998, p. 172) relembra que “[...] a dualidade do direito envolvia a discussão sobre os fundamentos da unidade nacional.” Além de ressaltar que

Os unitaristas acusavam os dualistas de estarem acobertando a separação mediante a adoção de uma Constituição ultrafederalista. Para eles, a possibilidade de serem estabelecidas políticas de colonização pelos estados, aliada à adoção de legislações civis próprias iria reforçar os sentimentos estaduais, tornando os brasileiros “estrangeiros” em seu próprio país, quando estivessem fora de seus estados.

O projeto final da Constituição¹³⁹ estabeleceu a unidade do direito substantivo, a fim de manter a coerência do sistema federal.

¹³⁹ De suma importância destacar um tema polêmico da Constituinte que girou em torno de dois grupos. Ambos visavam uma federação, porém com ressalvas quanto à distribuição das competências. Bonavides (2008, p. 234) assevera que “[...] o texto oferecido pelo Governo Provisório ao Congresso Nacional dividiu os constituintes em unionistas e federalistas; os primeiros inclinados a dar mais poderes à União, os segundos em transferir para os estados o centro de gravidade das competências, dando-lhes, por

A Constituinte discutiu ininterruptamente durante três meses, sobre os artigos do projeto apresentado por Ruy Barbosa. Segundo o pensamento de Baleeiro (2001, p. 30) “[...] a estrutura do anteprojeto foi preservada em sua essência e até em grande parte sua redação [...] Era unânime a Casa em relação ao objetivo principal, a consolidação da República federativa”.

Por fim, a Comissão dos 21 – formada pelos representantes dos estados e do Distrito Federal – foi escolhida no seio da Constituinte pelo Congresso Nacional para se manifestar sobre o projeto que o Governo Provisório lhe enviou. Foi assim que em 24 de fevereiro de 1891 se conheceu a redação final da Carta, com a promulgação da primeira Constituição republicana brasileira, vencendo a tese dualista.

2.2 A Carta de 1891: Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil

consequente, o máximo possível de autonomia e de recursos tributários.”. Ainda, faz uma crítica sutil ao idealizador Ruy Barbosa, nos seguintes termos: “À frente dessa corrente [unionistas] se achava Rui Barbosa, veterano célebre da causa federativa desde a monarquia; aquele que desferira os golpes mais letais contra o centralismo imperial e que agora, receoso de ver a união desmanchar-se na dissolução centrífuga, aparelhada pelos federalistas radicais, empunhava o estandarte de um federalismo moderado, mitigado, vazado em fórmulas clássicas de equilíbrio e bom senso.”

A Constituição de 1891 que seguiu à Proclamação da República consagrou o federalismo como forma de estado, adotando termos que assegurassem a indissolubilidade da federação.

De antemão trouxe à tona o objetivo de harmonizar efetivamente os polos do poder como principal forma de combater a desunião. Assim, prescreve em seu art. 1º a adoção da forma de governo federativa e o regime representativo fixando que os Estados Unidos do Brasil¹⁴⁰ constituem-se “[...] por união perpétua e indissolúvel das suas antigas províncias”.

¹⁴⁰ Não se pode deixar de mencionar a inspiração retirada da Constituição norte-americana. Essa influência se percebe no próprio nome adotado pela Carta – Estados Unidos do Brasil. A Constituição de 1891 seguiu o modelo norte-americano em vários aspectos - peculiaridades que não se pretende demonstrar nesse ensaio - mas, como ressalva Pereira (2004, p. 29), “[...] marcado por nuances peculiares à nossa formação histórica, política e cultural”. Em relação à essa opção constituinte Condeixa (2007, p. 54-56) afirma que “[...] muito se criticou [...] sob o argumento de que se teria simplesmente transplantado o modelo legal estadunidense, sem atentar para a realidade brasileira”. Complementa, ademais, que: “A visão de que o modelo federalista brasileiro foi “importado” dos EUA é equivocada. Num primeiro momento, pode mesmo parecer que houve mera transposição, ao se observar os princípios federativos consagrados pela primeira Carta republicana. Detendo-se mais acuradamente sobre a repartição de competências dos níveis federal e estadual, vê-se que se adotou um modelo essencialmente diferente do modelo da Constituição da Filadélfia. E não se trata de filigranas jurídicas. A divisão de competências é justamente o que caracteriza o grau de (des) centralização de uma federação. Acerca das diferenças entre o federalismo brasileiro e aquele norte-americano, se manifesta Ferreri (1995, p. 27): “[...] a federação americana foi criada por um processo lento e

Nesse sentido, ampliar a autonomia dos Estados era extremamente necessário para que fosse possível a constituição de uma verdadeira República.¹⁴¹

Contudo, segundo Bercovici (2004, p. 31) a Constituição de 1891 praticamente ignorou a cooperação entre União e entes federados¹⁴², pois “[...] restringia o auxílio federal aos Estados exclusivamente aos casos de calamidade pública”.¹⁴³ Conforme o pensamento do mesmo autor, o resultado desse sistema foi a

demorado, onde os Estados independentes, já unidos pela cultura e pelas origens étnicas buscaram a federação”; por outro lado, o Brasil “[...] era um Estado unitário descentralizado em decorrência de sua própria extensão territorial, que ocasionava profundas diferenças regionais e culturais”.

¹⁴¹ A respeito desse tema, Almeida (2001, p. 15) constrói seu raciocínio da seguinte maneira: “A federação extraordinariamente descentralizada, que resulta da Constituição de 1891 e da construção política realizada pelos primeiros presidentes civis, é obra das elites paulistas. Elas se movem [...] pelo objetivo de assegurar condições para o funcionamento, no Estado de São Paulo, de um poder público capaz de atender às necessidades do complexo de atividades estruturadas em torno da cafeicultura. E um projeto de construção estatal no nível estadual que molda o arcabouço político nacional segundo um modelo federativo dual e descentralizado.”

¹⁴² Na concepção de Ferreri (1995, p. 28): “Apesar de não existir uma divisão regional autônoma que favorecesse a adoção do regime federalista, a federação surge em nosso país com estrutura tripartida, contemplando no art. 68 da CF/1891, além da União e Estados-membros, também os municípios, com autonomia no concernente ao seu peculiar interesse.”

¹⁴³ Nesse ponto, Bercovici se refere ao art. 5^a da Carta que dispunha: “Incumbe a cada Estado prover, a expensas próprias, as necessidades de seu governo e administração; a União, porém, prestará socorros ao Estado que, em caso de calamidade pública os solicitar”.

manutenção das enormes desigualdades entre os Estados, que será objeto de análise nos itens subsequentes.

Na esfera do poder judiciário, as disposições pertinentes encontravam-se na seção III (artigos 55 e seguintes) da Constituição. Dividiu-se o poder judiciário em duas jurisdições distintas: o Supremo Tribunal Federal e os juízes e tribunais federais e os tribunais estaduais.¹⁴⁴

Atribuiu-se à justiça federal o processamento e julgamento das causas fundadas na Constituição, os crimes contra a União e os crimes políticos, assim como as causas envolvendo um Estado e um cidadão de outro e as de estrangeiro com contrato com a União ou tratados internacionais.

Por outro lado, ao Supremo Tribunal Federal competia o julgamento originário dos crimes comuns do presidente da

¹⁴⁴ De acordo com o estudo de Ribeiro (2008, p. 101): “Na República recém-proclamada, as funções da Justiça Federal e do STF foram redefinidas pelos Decretos nº 848, de 14/11/1890; nos artigos 213 e 221, do Decreto nº 1030, de 14/11/1890; na lei 221, do ano de 1891, bem como no seu Regimento interno, cujo texto foi publicado no Diário Oficial de 10/08/1891. Além disso, o Decreto nº 3084, de 05/11/1898, estendia a jurisdição da Justiça Federal para todo o território nacional”. Referido decreto dispunha sobre a organização judiciária e a legislação processual. E finaliza: “Na prática, nesse momento, desenhava-se e redesenhava-se os papéis do Poder Judiciário”.

República e dos ministros, as causas entre União e Estados ou de um Estado contra o outro, as nações estrangeiras e a União ou Estado, bem como conflitos entre juízes estaduais e federais ou entre federais (BALEIRO, 2001, p. 38). Competia ainda julgar em grau de recurso questões resolvidas pelos juízes e tribunais federais e a revisão criminal.

Percebe-se então que a Constituição dispôs sobre duas esferas: a justiça federal e a estadual.

A justiça federal havia sido criada anteriormente pelo decreto 848/1890 que, dentre outras coisas, objetivava uma mudança na organização federal, criando o Supremo Tribunal Federal e estabelecendo as normas do processo federal, bem como os meios de sanar as omissões em casos de interpretação da lei. Em contrapartida, a justiça estadual seria organizada pelos Estados da federação, inclusive com relação ao processo, com competência remanescente à da justiça federal.

Quanto à composição, Castro Júnior (2001, p. 232) explica que os órgãos de primeira instância da justiça federal eram compostos por

[...] juízes seccionais, um para cada Estado e para o Distrito Federal; juízes substitutos das seccionais, um para cada seção; juízes suplentes dos substitutos, depois estendidos a todos os

municípios, por fim, tribunais federais do júri nas sedes das seções.

A justiça estadual era composta por “[...] tribunais de segunda instância nas capitais; juízes de direito nas Comarcas; tribunais de júri; juízes municipais nos termos da lei; e juízes de paz, em regra eleitos, nos Distritos”.

Castro Júnior (2001, p. 233) assevera que a estrutura do judiciário se expandiu em virtude do sistema federal constitucionalmente implantado e destaca que ele “[...] perdeu as características de submissão do período imperial, inclusive a denominação (Poder Judicial), adotando ao lado dos outros poderes (Legislativo e Executivo) um modelo descentralizado.”¹⁴⁵

Essa dualidade da Justiça visava garantir o pacto federativo. Resta saber se no plano fático isso ocorreu.

2.3 O federalismo oligárquico e a política dos governadores

¹⁴⁵ Interessante fazer menção ao rol de competências do Poder Legislativo Federal, que encontrava-se nos arts. 34 e 35 da Carta ora em investigação. Da leitura dos artigos se percebe que o Legislativo estadual era mera assembleia administrativa. A participação dos Estados-membros no caso de reforma constitucional, por exemplo, era apenas propositiva. Assim, podiam somente propor emendas à Constituição, mas não votavam por sua aprovação. De outro norte, a Carta republicana pôs a salvo a integridade territorial dos Estados; garantindo a autonomia dos mesmos.

A Primeira República foi marcada pela “[...] expressão política de um pacto liberal” (BONAVIDES, 2008, p. 257). Em verdade houve grande predomínio das influências locais no que diz respeito às eleições dos representantes.

Nesse período os Estados de Minas Gerais e São Paulo se sobressaíam no cenário político e econômico do país, estruturando a competição partidário-eleitoral. Noutras palavras, o poder foi monopolizado pelos grandes latifundiários, em um “pacto silencioso” entre esses Estados (BALEEIRO, 2001, p. 49).

Por serem economicamente mais fortes, São Paulo e Minas Gerais, exerciam grande influência sobre os demais Estados, utilizando-se desse fator para revezarem-se no poder.¹⁴⁶ Como afirma Bercovici (2004, p. 33) “[...] a estabilidade da sucessão era garantida pela aliança entre o PRP (Partido Republicano Paulista) e o PRM (Partido Republicano Mineiro) [...] que impunham o seu candidato ao país.”

¹⁴⁶ Esse período também foi conhecido como “café com leite”, já que subsistia a predominância desses dois Estados do eixo econômico da cafeicultura sobre as demais unidades federativas, construindo “as bases do federalismo oligárquico”. (PEREIRA, 2004, p. 29). Galvão (1999, p. 52) afirma que a implantação do federalismo no Brasil “[...] fortaleceu ainda mais o poder econômico e político dos estados mais ricos, fazendo-os mais independentes do governo central, enquanto tornava os mais pobres extremamente dependentes deste.”

Extraí-se desse fato que no âmbito nacional a política era dominada pelas oligarquias estaduais. Era concedida autonomia aos Estados-membros mais ricos e, por outro lado, a submissão aos Estados pobres. (PEREIRA, 2004, p. 31).

Para delinear o panorama político daquela época, explica Mocellin (1989, p. 36) que: “[...] as classes dominadas não estavam preparadas politicamente para se aproveitar da situação e efetuar uma verdadeira revolução social e econômica, por isso atuaram apenas como forças auxiliares deste ou daquele grupo.”

Doutro norte, no âmbito municipal e estadual, exerciam influência os donos de terras. Esse tipo de controle predominava nas regiões rurais e favorecia o sistema. Isso porque o eleitorado das cidades era pouco representativo, pois a população rural era significativamente maior em razão de ser o Brasil um país essencialmente agrícola (BALEEIRO, 2001, p. 52).

Vale dizer que “[...] a influência política dos donos de terras (os coronéis) aumentou graças à dependência dessa grande parcela do eleitorado causada pela estrutura agrária e fundiária.” (BERCOVICI, 2004, p. 35).

Em suma, os grandes proprietários de terras decidiam em quem a população deveria votar e, assim, formavam a base

do sistema oligárquico ao garantir as eleições de seus candidatos através do voto de cabresto.¹⁴⁷

Consoante lição de Barroso apud Cunha (2006, p. 67):

A autonomia federativa, idealizada na superestrutura jurídica, pervertia-se na infraestrutura oligárquica, que gerava, ainda, um subproduto: o coronelismo, surgido da manipulação dos municípios por chefes locais. Eventuais insubmissões ao esquema delineado eram punidas com a intervenção federal, utilizada para a satisfação de propósitos políticos.

Na interpretação de Pereira (2004, p. 38) as primeiras décadas da República foram demarcadas pela ausência de participação das cidades¹⁴⁸, “[...] em detrimento de um campo

cafeeiro atrasado politicamente, em que predominava o “voto de cabresto”, os “currais eleitorais” e as “degolas”¹⁴⁹.”

Por esse motivo, Bercovici (2004, p. 33) assevera que “[...] o sistema político na República Velha não mobilizava o eleitorado, graças ao controle político dos coronéis, no âmbito municipal, e das máquinas partidárias, no âmbito estadual”.

Em decorrência do exposto, registra-se que a política dos governadores foi uma troca de favores entre a União e os Estados. Funcionava da seguinte maneira: o presidente da República¹⁵⁰ permitia que os governadores e seus aliados tivessem autonomia política para tratar dos assuntos regionais e

¹⁴⁷ Conforme o pensamento de Baleeiro (2001, p. 53): “A desmoralização das eleições, sabidamente fraudulentas, ao lado da “política dos governadores”, foi, talvez, a causa principal do malogro da 1ª República e da sua condenação pela opinião pública”.

¹⁴⁸ A questão da participação das cidades foi assim explicada por Bercovici (2004, p. 35-36): “Os Estados só liberavam verbas para os municípios onde os aliados do Governador estivessem administrando. Se o governo municipal não apoiasse o estadual, não receberia o vital auxílio financeiro e, conseqüentemente, perderia o apoio de sua base eleitoral. Assim explica-se o “governista” de praticamente todas as situações municipais durante a Primeira República”. Dessa forma, é evidente que “[...] a manipulação do voto pelos coronéis e a dependência econômica dos Municípios em relação aos Estados resultou no domínio dos votos pelo Governador.”

¹⁴⁹ Durante as eleições da Primeira República, ocorria a “fraude do “bico-de-pena”: nomes eram inventados, mortos ressuscitados, ausentes votavam. Os mesários faziam verdadeiros milagres durante a elaboração das atas eleitorais. Caso não se conseguisse evitar a eleição do adversário através das atas falsas, restava a “degola” (BERCOVICI, 2004, p.38).

¹⁵⁰ O Poder Executivo foi, sem dúvida, o personagem principal dessa conjuração. Bonavides (2008, p. 257) traça uma comparação incisiva: “[...] a força de um só poder aglutinava as oligarquias estaduais, e logo se manifestaria visível e ostentosa na pessoa do Presidente da República. Era ele um monarca sem coroa, um rei sem trono.” Para Koerner (1998, p. 184) a política dos governadores tinha função idêntica ao poder moderador imperial, pois era “ordenadora do jogo político”. A forma presidencial de governo foi, então, a tática de que se aproveitaram os grupos dominantes para explicitar suas aspirações pessoais.

em troca, estes favoreciam a eleição dos candidatos aliados ao governo federal.¹⁵¹

Os partidos dominantes escolhiam previamente o candidato que teria acesso aos cargos Congresso (CUNHA, 2006, p. 67). Com isso, os poderes executivo e legislativo garantiam a harmonia entre as esferas do poder, com vistas e perpetuarem-se no comando.

Por essa razão, “[...] o que houve foi uma luta renhida entre as classes dominantes, almejando controlar o poder político” (MOCELLIN, 1989, p. 36).

Outrossim, alternavam-se no poder governadores indicados pelos Estados de Minas Gerais e de São Paulo¹⁵². Esses atores políticos fizeram que o federalismo se resumisse aos interesses oligárquicos e à hegemonia dos Estados mais ricos.

¹⁵¹ O presidente da República também era “escolhido” pelos eleitores de Minas Gerais e São Paulo que, aliados ao Estado do Rio Grande do Sul, representavam mais de cinquenta por cento do eleitorado. Desse modo, também o Congresso Nacional estava sempre subordinado às vontades das oligarquias estaduais.

¹⁵² Como já destacado, São Paulo e Minas Gerais eram os estados mais poderosos da época. O primeiro devido à expressão econômica da produção do café; o segundo pela maior expressão populacional e maior número de municípios e de eleitores e conseqüentemente forte representação política no Congresso Nacional, além de se destacar como produtor de gado leiteiro.

Cabe ressaltar a discussão de Galvão (1999, p. 68) sobre o aspecto econômico que dominou a política:

No Brasil da Primeira República, enquanto as regiões não produtoras de café perdiam dinamismo e se revelavam incapazes de evoluírem para formas mais avançadas de capitalismo, os estados do Sudeste vivenciavam notável fase de prosperidade [...] a emergência de profundas desigualdades espaciais de desenvolvimento não era mais que um resultado esperado e natural, de diferentes potencialidades regionais de crescimento.

Por isso a observação de Galvão (1999, p. 50) afirmando que “[...] no Brasil da Primeira República, a região, e não a federação, é que era politicamente relevante, [...] o país evoluiu como uma federação de parceiros economicamente desiguais, comandada pelos estados mais fortes.”

O coronelismo foi a representação da força do executivo no âmbito municipal. Para Leal (1975, p. 20) “[...] é sobretudo um compromisso, uma troca de proveitos entre o poder público, progressivamente fortalecido, e a decadente influência social dos chefes locais.” Esse entendimento pode ser estendido para a esfera estadual, em decorrência do compromisso dos municípios com a escolha dos representantes estaduais.

Logo, a organização agrária fez com que o governo estadual dependesse da mediação dos senhores de terras, gerando uma servidão mútua entre essas esferas.¹⁵³

No entendimento de Leal (1975, p. 43) esse era um sistema de reciprocidade:

[...] de um lado, os chefes municipais e os “coronéis”, que conduzem magotes de eleitores como quem toca tropa de burros; de outro lado, a situação política dominante do Estado, que dispõe do erário, dos empregos, dos favores e da força policial, que possui, em suma, o cofre das graças e o poder da desgraça.

É importante observar que o domínio da República dos coronéis alcançava todos os níveis possíveis de poder, desde o domínio das cidades até os altos cargos da federação, eliminando os opositores.

Por tudo isso, Bonavides (2008, p. 257) considera que a Primeira República foi expressão política de um pacto liberal-oligárquico, já que a ideologia da classe burguesa entrou em choque com a realidade cotidiana da República.

¹⁵³ Para um maior aprofundamento sobre o tema e sobre o contexto do período em análise, conferir: CARONE, Edgard. *A primeira república (1889/1930): texto e contexto*. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1973.

Apesar de uma Constituição com espírito liberal nossa prática foi de manipulação das eleições e de distorção da vontade geral, com a expressão de absolutismo por parte do executivo.¹⁵⁴

¹⁵⁴ O instituto da intervenção federal, previsto constitucionalmente, foi uma arma muito utilizada pelo poder executivo da União para garantir a centralização do poder. Apesar da sua finalidade louvável – equilibrar e harmonizar poderes - “[...] se transformara no mais poderoso instrumento político de arbítrio, que alargava a limites insuportáveis o absolutismo presidencial, com inteira sufocação das autonomias estaduais.” (Bonavides, 2008, p. 260). Bercovici (2004, p. 32) revela que apenas os estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul - não por coincidência, os mais ricos da federação - não sofreram intervenção federal, sob nenhum pretexto durante a primeira fase republicana. Isso deixa mais evidente que o poderio econômico era a justificativa e o fator que acentuava a desigualdade de tratamento dos Estados. A aliança política era, portanto, uma estratégia para garantir o apoio dos grupos que se sobressaíam, em troca de não sofrerem a intervenção federal. A Constituição de 1891, no caput do artigo 6º, se reportava à impossibilidade de intervenção da União nos assuntos peculiares dos Estados. Contudo, um rol extenso de incisos permitia a intervenção do governo federal: “I - para repelir invasão estrangeira, ou de um Estado em outro; II - para assegurar a integridade nacional e o respeito aos seguintes princípios constitucionais; III - para garantir o livre exercício de qualquer dos poderes públicos estaduais, por solicitação de seus legítimos representantes, e para, independente de solicitação, respeitada a existência dos mesmos, pôr termo a guerra civil; IV - para assegurar a execução das leis e sentenças federais e reorganizar as finanças do Estado, cuja incapacidade para a vida autônoma se demonstrar pela cessação de pagamentos de sua dívida fundada, por mais de dois anos.” Tal rol de possibilidades seria demasiadamente apazível, não fossem os excessos e as interpretações tendenciosas cometidas repetidas vezes. O forte caráter intervencionista da época deixa claro que a ampla autonomia dos Estados da federação estava presente apenas formalmente. No plano real, não passava de mera liberdade administrativa manipulada pelo poder central. Sobre o assunto, interessante verificar:

Devido a isso, pode-se afirmar que “[...] a rotina da República Velha resumia-se aos acordos firmados pelo presidente com os governadores e a atuação do poder legislativo conforme o decidido naquelas alianças” (BERCOVICI, 2004, p. 37).

Em análise última, importante ponderar que o resultado desse sistema foi a conservação do desequilíbrio entre os entes federados. Resta agora analisar de que maneira o poder judiciário comportava-se diante dessa política exclusivista.

2.4 A política de nomeação dos juízes como instrumento de vinculação do Judiciário

A nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal e dos juízes seccionais dava início ao esquema da política dos governadores no que diz respeito à participação do poder judiciário.

Os ministros do STF e os juízes federais eram escolhidos pelo presidente da República, consoante art. 48 que assim dispunha:

Compete privativamente ao Presidente da República: [...] 11º) nomear os magistrados federais mediante proposta do Supremo Tribunal; 12º) nomear os membros do Supremo Tribunal Federal e os Ministros diplomáticos, sujeitando a nomeação à aprovação do Senado

Então, como atribuição privativa do presidente da República, bastava que o candidato fosse cidadão elegível para o Senado, com mais de 35 anos de idade e com notável saber jurídico (o que não era regra) para que fosse nomeado. Isso, sem dúvida, dava margem aos favoritismos.

Sobre esse argumento Koerner (1998, p. 188) descreve algumas formas de ligação entre os ministros e as facções que os nomeavam. Dentre elas, pode-se destacar aspectos políticos e ligações pessoais, como parentesco ou amizade. Essa pessoalidade no momento de nomeação dos ministros visava garantir a maioria apoiadora do tribunal, sendo o Senado o único filtro da escolha presidencial.

O Supremo Tribunal Federal era composto por 15 ministros nomeados após aprovação pelo Senado. Já os juízes

GALVÃO, Laila Maia. *História constitucional brasileira na Primeira República: um estudo da intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro em 1923*. 2013. 215 p. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2013.

seccionais eram nomeados com embasamento na lista tríplice elaborada pelo Supremo¹⁵⁵. Segundo Koerner (1998, p. 190) isso “[...] abria um campo de negociação entre as oligarquias estaduais, o Presidente da República e os ministros do STF” e, assim, “[...] a oligarquia dominante do estado controlava os cargos federais.”

Para Ribeiro (2008, p. 103) os ministros “[...] passaram a ter papel de árbitros da federação, em substituição ao Poder Moderador.” Essa consideração se deve ao fato de que eles definiam os rumos das lides conforme suas ligações políticas.

Como se observa, a influência perigosa dos interesses pessoais também dominava o poder judiciário, o que conduzia a decisões politizadas, sem caráter jurídico material.

Por outro enfoque havia a garantia constitucional da vitaliciedade dos magistrados, prevista no *caput* do artigo 57, que acabou por abolir a suspensão dos juízes que ocorria no Império, através do Poder Moderador.

¹⁵⁵ Koerner (1998, p. 191) explica o processo de nomeação dos juízes seccionais da seguinte maneira: “[...] aberta a vaga, o Presidente da República comunicava ao presidente do STF, que publicava edital nos principais jornais do país. O prazo para as inscrições era de trinta dias, a partir dos quais era sorteada comissão de três ministros para examinar os documentos e classificar os candidatos. A classificação era votada secretamente no STF e o presidente do STF encaminhava a lista com os nomes dos três candidatos mais votados para o presidente da República, que nomearia um deles.”

Em virtude da vitaliciedade¹⁵⁶ do cargo dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, eles permaneciam muito tempo em seu ofício, diferentemente dos ocupantes de cargos do Executivo e Legislativo.

Então, não se pode negar que havia um certo grau de incerteza sobre as decisões, pois nem sempre a maioria do tribunal fazia parte do partido federal dominante. Assim, essas garantias excluíaam a possibilidade de demissão após a derrota do grupo dominante.

Esse fator gerou inúmeras negociações e arranjos com o propósito de manter a maioria nos tribunais e o apoio às facções políticas. Os juízes eram escolhidos entre os indicados pela oligarquia dirigente e os ministros do Supremo Tribunal Federal “[...] dentre auxiliares do presidente da República ou entre os membros de facções aliadas a ele.” (KOERNER, 1998, p. 180).

Como se percebe, a nomeação dos juízes foi o ponto chave para a vinculação do judiciário no jogo político estabelecido na Primeira República.

¹⁵⁶ A respeito da vitaliciedade dos magistrados, Anderson (2009, p. 87) afirma que “[...] a independência judiciária normalmente se encontra protegida por grande estabilidade funcional, que torna muito difícil destituir um juiz do cargo durante o respectivo mandato”.

2.5 O controle judicial de constitucionalidade

Koerner (1998, p. 174) assevera que durante a Constituinte não se discutiu acerca das atribuições políticas do judiciário, tampouco a questão do controle de constitucionalidade.

Por conseguinte a maior omissão da Constituição foi quanto ao poder do Supremo Tribunal Federal de declarar a inconstitucionalidade das leis e, assim “[...] o papel do novo órgão para garantir o predomínio da Constituição na esfera dos direitos individuais contra os atos dos outros poderes políticos.” (KOERNER, 1998, p. 176).

Essa lacuna trouxe incerteza quando à extensão de interpretação do judiciário. Conforme estudo de Baleeiro (2001, p. 38-39):

[...] juízes e Tribunais poderiam declarar a inconstitucionalidade de leis e decretos, mas só em caso concreto, isto é, dizer que a lei era inaplicável naquela causa por ser contrária a Constituição. Qualquer outra pessoa na mesma situação teria que propor ação para o mesmo fim. A Justiça não revogava a lei inconstitucional nem a declarava tal em tese *erga omnes*.

Diante disso, percebe-se que a interpretação era restrita aos casos concretos, o que limitava a atuação do judiciário frente ao todo constitucional e à universalidade das leis.

À vista disso, Koerner (1998, p. 177) revela que

Nos anos seguintes, o problema da forma de organização do Poder Judiciário passou a ser posto em novos termos: abriram-se novos modelos para o Poder Judiciário; tornou-se agudo o problema da posição do Poder Judiciário entre os poderes do Estado, em particular a extensão da autonomia dos magistrados na interpretação da lei.

Segundo o entendimento de Castro Júnior (2001, p. 233) a grande reforma introduzida pela Carta republicana foi a criação do controle difuso de constitucionalidade. Assim, “[...] todos os juízes poderiam deixar de aplicar uma lei qualquer por considerá-la contrária à Constituição Federal.”

Apesar desse poder conferido aos magistrados, a Corte suprema continuava julgando casos semelhantes repetidos pois não possuía nenhum mecanismo de generalização de suas interpretações. (CASTRO JÚNIOR, 2001, p. 234).

Encontra-se, então, o cerne da crítica feita à atuação do Supremo Tribunal Federal. Sua função precípua de interpretar a Constituição não foi exercida com eficiência, em razão da subordinação prática do judiciário aos poderes políticos

dominantes. Por isso, se destaca que a participação do judiciário federal foi elementar para a manutenção das elites no poder.

Com a reforma de 1926¹⁵⁷, já nos fins da Primeira República, adotou-se o modelo difuso de controle judicial de

¹⁵⁷ O reformismo constitucional de 1926 foi fruto de inúmeros debates e tentativas anteriores de mudança. Castro Júnior (2001, p. 235) registra que: “[...] desde a promulgação da Constituição de 1891, instalou-se o espírito revisionista na política brasileira, que rendeu alongados e profundos debates, com o objetivo de tornar a mencionada Constituição compatível com a realidade político-social da época, de modo que, nesse contexto, a reforma do Judiciário era exigida, pois se questionava a sua morosidade, seguindo-se a criação de tribunais regionais com competência de segunda instância, a fim de desobstruir o Supremo Tribunal Federal.” Baleeiro (2001, p. 71) aduz que o objetivo do movimento revisionista era a democratização e liberalização das instituições; contudo, “[...] por ironia da História, a única reforma, de 1926, veio dar mais vigor aos poderes incontrastados do Chefe da Nação, no sentido oposto ao do reformador.” Em remate, Bonavides (2008, p. 245) critica o reformismo jurídico tardio, esclarecendo que: “Quando o governo federal das oligarquias elegeu o caminho da reforma legal e encetou seriamente a tarefa de levá-lo a cabo, era demasiado tarde: do outro lado os revisionistas se haviam se transformado em revolucionários; já não havia descontentes da Constituição, ansiosos por fazer-lhe acréscimo ou modificações, mas descontentes do próprio regime, da perversão do sistema, da massa de vícios oligárquicas que afetavam todas as estruturas do poder e impetravam um imediato saneamento político contra a corrupção dos costumes e das práticas governativas eleitorais, em cujo âmago a representação se tornara o fantasma da soberania nacional.” Nota-se, então, que a reforma de 1926 abriu as portas para o fracasso da Primeira República. A política oligárquica predominou no cenário interno até 1930, quando Antônio Carlos de Andrade foi impedido de se eleger por Washington Luiz, que indicou o paulista Júlio Prestes à presidência, interrompendo o ciclo da política do café com leite. Assim, o fim da República Velha se deu em 1930 quando uma ação militar derrubou Washington Luiz e promoveu a ascensão de Getúlio Vargas. Sobre a trajetória desse personagem, ver: ABREU, Alzira
172

constitucionalidade, o que possibilitava que qualquer pessoa questionasse a constitucionalidade de alguma lei.

A Carta de 1891 consagrou um extenso sistema de controle difuso. A justiça federal e dos Estados poderiam se manifestar a respeito da validade de determinadas leis frente a ordem constitucional.

Ademais, a ordenação do controle difuso de constitucionalidade permitia que os magistrados, de qualquer instância declarassem a inconstitucionalidade de uma lei determinada.

No nível estadual¹⁵⁸ adotou-se a forma do período imperial para assegurar, novamente, a eficácia do controle político sobre as decisões daqueles juízes. Cada Estado tinha um Tribunal de Justiça e juízes nas comarcas, nomeados pelos governadores, exatamente como funcionava no regime monárquico anterior.

Alves de. Dicionário histórico-biográfico brasileiro pós-1930. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: FGV, CPDOC, 2001. 5v. p. 5898-5971.

¹⁵⁸ Fazendo uma comparação Koerner (1998, p. 210) destaca que “[...] a cópia das instituições norte-americanas limitou-se ao âmbito federal, pois na organização judiciária dos estados a influência daquelas foi nula. Nenhum estado brasileiro adotou as formas características da organização judiciária dos estados norte-americanos.”

Os judiciários estaduais eram autônomos e organizados em cada território estatal, possuindo grande autonomia, ao menos no aspecto formal.

Segundo Ribeiro (2008, p. 103) cabia a justiça federal das seções judiciais de cada estado, julgar

[...] ações que tratavam de matéria constitucional, dando conta de problemas de ordem variada, tais como problemas relativos a atos administrativos do governo federal, litígios entre habitantes dos estados e da União, nos casos de interpretação diversa da lei.

Para manter o poder local, eram nomeadas autoridades de forma estratégica, a fim de manter o pacto político. Em muitos casos prevalecia o interesse corporativo dos magistrados.

O controle das nomeações dos juízes pelas oligarquias e a organização precária das repartições judiciárias são símbolos da ineficácia da Justiça Federal no seu mister primordial: interpretar a Constituição. (KOERNER, 1998, p. 208).

A breve análise das questões suscitadas, permite assegurar que a intervenção do poder judiciário federal foi utilizada pelas facções como instrumento político e que as instituições judiciárias se moldavam a situação política fática. Dessa forma, eram participantes da “política dos governadores”:

“[...] da rigidez resultante da exclusão dos rivais, do exercício particularista do poder político, e da incerteza quanto ao sentido, à extensão e à eficácia das normas constitucionais.” (KOERNER, 1998, p. 181).

3. Considerações finais

O presente trabalho procurou demonstrar a organização do judiciário e sua atuação frente à política centralizadora da Primeira República.

Para tanto, traçou-se um quadro geral dos debates da Constituinte estabelecida para discutir o projeto da Constituição de 1891, que consolidaria o federalismo no Brasil.

Verificou-se que o ponto de maior relevância foi o dissenso acerca da organização do poder judiciário nos moldes federalistas, e os entendimentos opostos quando a unidade - representada pela corrente unitarista - e a dualidade da Justiça.

Foram especificados os projetos apresentados pela Comissão dos 5, a reelaboração do projeto final por Ruy Barbosa e sua apresentação ao Governo Provisório para aprovação. Nos limites do desafio proposto, indicou-se a opção final no texto

definitivo da Constituição de 1891 pela dualidade da justiça: jurisdição federal e estadual com competências distintas, sem nenhum tipo de hierarquia entre elas.

Esclarecido esse momento, voltou-se à análise das esferas de competência das jurisdições federal e estadual. As percepções desenvolvidas nessa dimensão levam a comprovar que essa opção dualista consolidou o federalismo no âmbito do Judiciário, construindo uma federação bastante descentralizada.

Analisou-se de forma sucinta como funcionavam as justiças federal e estadual enquanto soberanas e autônomas e os limites de suas jurisdições no plano. Como se viu, as disposições pertinentes encontravam-se na seção III (artigos 55 e seguintes) da Constituição e dividiam o poder judiciário em duas jurisdições distintas: no âmbito da União (Supremo Tribunal Federal e juízes e tribunais federais) e no âmbito estadual (tribunais estaduais). Além disso, foram tecidas algumas considerações acerca dos atos que regulamentaram e instituíram as justiças federal e estadual e seus respectivos processamentos.

Para tornar possível um contorno definido sobre o judiciário, assinalaram-se dois tópicos relevantes: os critérios de

nomeação dos magistrados e a questão do controle judicial de constitucionalidade.

Ao longo do presente estudo, procurou-se compreender também a dimensão política da Primeira República que se resumiu às alianças e aos jogos de interesses regionais entre facções. A estrutura agrária foi, sem dúvida, a base da política dos governadores, motivo pelo qual a estreia do federalismo no Brasil se deu com enorme soma de poderes no âmbito estadual e federal pelas oligarquias e no nível municipal pelo coronelismo, com alta manipulação eleitoral. Deixava-se de lado o bem público, para favorecer aos interesses pessoais dos grupos dominantes. Em síntese, o Brasil deixou de ser governado por um monarca para se sujeitar ao domínio de uma classe oligárquica, perpetuando a expressão do absolutismo por parte do executivo.

O judiciário, por sua vez, não atuou de forma incisiva contra esse sistema. Muito pelo contrário, foi instrumento de legitimidade da violência política que dominou a fase republicana, participando ativamente do jogo das trocas de favores. Isso ocorria por meio da nomeação dos magistrados pelo executivo, onde prevaleciam as relações de parentesco, amizade e dotes pessoais. O judiciário também serviu de

comparsa desse sistema de lealdade do mundo político quando – limitado à declaração de inconstitucionalidade no caso concreto -- exercia de forma tendenciosa seu papel de “guardião da constituição”.

As facções políticas se uniam para utilizarem as decisões do Supremo Tribunal Federal e da Justiça Federal para justificar as intervenções nos Estados. Percebe-se, então, que o perfil institucional dos órgãos judiciários se restringiu à legitimar essa estrutura corrupta.

Em resumo, o Brasil viveu uma grande contradição. Do ponto de vista formal a Carta de 1891 representou uma ruptura com o regime monárquico anterior, seguindo rigorosamente o molde federativo, inclusive no que dizia respeito ao poder judiciário. No entanto, a dualidade da organização judiciária, nascida para consagrar o princípio federativo, acabou por dar legitimidade à República oligárquica.

4. Referências

ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. Federalismo, democracia e governo no Brasil: idéias, hipóteses e evidências. **Revista**

Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais, São Paulo, n. 51, p. 13-34, 2001.

ANDERSON, George. **Federalismo**: uma introdução. Tradução de Fátima Guerreiro. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

BALEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras: 1891**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do estado federal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 9. ed. Brasília: OAB Editora, 2008.

BRASIL. Constituição, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 10 ago. 2013.

CARVALHO, José Murilo de. **A formação das almas**: o imaginário da República no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

CASTRO JR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001.

CONDEIXA, Fábio de Macedo Soares Pires. **Controle Judicial e Federalismo no Brasil**: Supremo Tribunal Federal vs. Legislativos Estaduais. Rio de Janeiro: UFRJ/IFCS, 2007. 162 p.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

CUNHA, Fabiana Azevedo da. **Federalismo fiscal no Brasil**: a realidade do federalismo competitivo e a busca da cooperação e do equilíbrio. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2006, 220 p. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós- Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

FERRERI, Janice Helena. A Federação. In: BASTOS, Celso (Org.) **Por uma nova federação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 15-38.

GALVÃO, Olímpio J. de Arroxelas. Federalismo desigual, políticas cafeeiras e equilíbrio paretiano. **Revista Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, n. 3, p. 47-77, 1999.

KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na constituição da república brasileira**. São Paulo: Editora Hucitec, 1998.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**: o município e o regime representativo no Brasil. São Paulo: Alfa-Omega, 1975.

MOCELLIN, Renato. **Federalista**: a revolução da degola. São Paulo: Editora do Brasil, 1989.

PEREIRA, Renato Gonçalves. **Federalismo no Brasil**: continuidades e mudanças. Rio de Janeiro: UFRJ, 2004. 107 p. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em

Ciência Política, Instituto de Filosofia e Ciências Sociais, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004.

RIBEIRO, Gladys Sabina. Cidadania e luta por direitos na Primeira República: analisando processos da Justiça Federal e do Supremo Tribunal Federal. **Revista Tempo**, Rio de Janeiro, n. 26, p. 101-117, 2008.

SILVA, Hélio; CARNEIRO, Maria Cecília Ribas. **História da República Brasileira**: Nasce a República. São Paulo: Editora Três, 1975.

**SEGURANÇA JURÍDICA NO COMÉRCIO
INTERNACIONAL: UMA ANÁLISE COMPARATIVA DA
APLICAÇÃO DA CISG E LEGISLAÇÕES NACIONAIS
NOS CONTRATOS DE COMPRA E VENDA DE
MERCADORIAS**

Eduardo Moretti^{159}*

*Gustavo Becker Monteiro^{160**}*

Resumo: O presente trabalho analisa as vantagens e desvantagens encontradas na utilização da CISG ou de leis nacionais utilizadas para governar contratos internacionais no que diz respeito à segurança jurídica das partes envolvidas no contrato e principalmente no que concerne à conclusão do mesmo. O objetivo deste trabalho é então, buscar responder qual dos sistemas oferece mais vantagens e segurança aos contratantes, analisando qual se apresenta mais eficiente para evitar futuros conflitos.

^{159*} Graduando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Membro do *Ius Gentium*, grupo de pesquisa em Direito Internacional UFSC/CNPq. E-mail: moretti.ufsc@gmail.com. Telefone: (48) 9915-0513. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4084531712830444>

^{160**} Graduando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: gustavobeckermonteiro@gmail.com. Telefone: (48) 9937-4388. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0057090214682107>

Palavras-chaves: CISG; contratos internacionais; comércio internacional.

Abstract: This research analyses the advantages and disadvantages which may be found on the use of the CISG or national laws for governing international contracts, mainly in terms of legal certainty to the parties involved on an international transaction. The main objective of this article is to answer which system provide more advantages and legal certainty for the parties to avoid conflicts.

Key-words: CISG; international contracts; international trade.

1. Introdução

A comercialização de produtos e serviços entre pessoas físicas e jurídicas provindas de diferentes nacionalidades se apresenta atualmente como peça vital no que se refere ao crescimento e desenvolvimento econômico das nações. Prática exercida desde a antiguidade entre civilizações como Egito e Mesopotâmia, o comércio internacional não é mais passível de descrição somente a partir teoria dos excedentes produtivos de David Ricardo, uma vez alcançada uma nova perspectiva, em que bens são produzidos especificamente para exportação.

Conforme a pauta de exportações do Conselho Empresarial Brasil – China, até o final de 2016, o Brasil

exportará 685 milhões de dólares para a China somente no que se refere à produção de minérios de ferro e seus concentrados¹⁶¹. Ainda, de acordo com dados divulgados pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), a corrente de comércio Brasil-China totalizou US\$ 15,85 bilhões somente no primeiro trimestre de 2015¹⁶².

Como se vê, os contratos internacionais, que há duas décadas eram raros e somente necessários como partem de negociações milionárias, hoje são muito mais comuns. No entanto, no que se refere aos meios que formalizam as transações internacionais, criar termos contratuais equilibrados e que respeitem diferentes sistemas jurídicos, definir qual legislação a ser aplicada para o contrato e a escolha do foro competente se apresentam como desafios para advogados que atuam em direito internacional privado.

A diferença principal encontrada entre os contratos nacionais – que são regidos pelo Código Civil Brasileiro nos seus artigos 421 e seguintes – e internacionais é que justamente neste segundo a conclusão do contrato, a capacidade das partes

¹⁶¹ Disponível em: <http://www.cebc.org.br/pt-br/dados-e-estatisticas/comercio-bilateral/pauta-de-exportacoes>

¹⁶² Disponível em:
http://www.cebc.org.br/sites/default/files/26_balanca.pdf
178

e o objeto estão diretamente relacionados a mais de um sistema jurídico.

Dessa forma, um dos maiores desafios encontrados nos contratos de compra e venda internacional de mercadorias é a determinação da lei a ser aplicada para reger esse contrato. Acerca dessa escolha, muito se discutiu sobre a autonomia da vontade das partes envolvidas nos contratos internacionais e se essas poderiam definir a lei de regência de seus contratos. Atualmente, no que se refere aos contratos de compra e venda de mercadorias, é sabido que as partes possuem autonomia para escolherem a legislação a ser aplicada na regulamentação do contrato. Principalmente pela força do princípio da liberdade contratual adotado pela UNIDROIT - Instituto Internacional Para a Unificação do Direito Privado (tradução nossa)¹⁶³, (GAMA Jr., 2006, p.188). Significa, portanto, “o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica” (GOMES, 1986, p.25).

Porém, essa liberdade de escolha é limitada. Mesmo em sistemas jurídicos que admitem mais liberdade aos contratantes

¹⁶³ UNIDROIT - International Institute for the Unification of Private Law

para que delimitem as regras contratuais, como a *common law*, não se vislumbra uma autonomia completa da vontade.

Dessa forma, atualmente, no caso em que uma empresa Brasileira esteja em negociações com uma companhia Chinesa, pode-se escolher uma das duas legislações para governar o contrato que firmará a transação, a lei de um país terceiro que não está envolvido na transação, ou ainda a CISG.

A CISG é um instrumento jurídico internacional que vem se tornando cada vez mais reconhecido globalmente. O seu objetivo primordial é ser o mais equilibrada possível e não impor perspectivas unilaterais direcionadas a um só país. As disposições da CISG foram escritas e corrigidas por um grupo de juristas da UNCITRAL – Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (tradução nossa)¹⁶⁴, oriundos de 15 países de diferentes sistemas jurídicos.

Ainda, a CISG não possui o objetivo de diminuir o poder e influência das leis internas de cada nação no que tange à compra e venda de mercadorias, uma vez que tais leis continuam aplicáveis. É fato que mudanças e avanços acerca de uma unificação de legislações para governar contratos internacionais

vêm ocorrendo em diferentes países após o advento da CISG, entretanto esta influência se apresenta como um avanço natural.

Com a entrada em vigor da Convenção de Viena sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG) no Brasil, em 1º de abril de 2014, e a posterior edição do Decreto 8.327, de 16 de outubro do mesmo ano, o país finalmente se uniu ao rol dos que adotaram a CISG como opção para o regramento de contratos internacionais.

Assim, o Brasil uniformizou seu regramento de contratos de compra e venda internacional de mercadorias com mais de outros 80 países – que representam 90% do fluxo de comércio internacional e incluem grandes parceiros comerciais do Brasil, como China e Estados Unidos.

A partir desse breve histórico, o presente trabalho busca responder, a partir da análise das vantagens e desvantagens encontradas na utilização da CISG e de leis nacionais utilizadas para governar contratos internacionais, qual opção de lei aplicável ao contrato internacional de compra e venda de mercadorias se apresenta mais vantajosa considerando a segurança jurídica das partes envolvidas e conseqüentemente no que se refere ao cumprimento das cláusulas e previsões contratuais.

¹⁶⁴ UNCITRAL - United Nations Commission on International Trade Law

2. Autonomia da vontade das partes

Na Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, encontra-se a lei interna que regula o Direito Internacional Privado no Brasil. No entanto, diferente do que se tratou na introdução da presente pesquisa, o artigo 9º da LICC consagra o princípio da *lex loci celebrationis* (lei do local da constituição do contrato), não cabendo a aplicação da autonomia da vontade para a indicação da norma aplicável contrato.

Segue a redação completa do dispositivo em questão:

Art. 9º. Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§1º. Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos ao ato.

§2º. A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

No prefácio da obra “Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, MERCOSUL e Convenções Internacionais” de Nádia de Araújo, João Grandino Rodas sustenta: “a autonomia da vontade, surgida e desenvolvida no

direito internacional privado em sede contratual, é tema antigo e sempre atual na doutrina desse ramo jurídico”.

João Grandino afirma que esse tema é sempre atual, pois a Lei de Introdução não tem, perante a doutrina, interpretação pacífica no que se refere à consagração do princípio da autonomia da vontade.

A aplicação e interpretação do artigo 9º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro apresenta-se, então, como tópico contumaz nas doutrinas do Direito Internacional Privado no Brasil. O motivo, por óbvio, é aplicação do princípio da autonomia da vontade das partes na escolha da lei a governar um contrato internacional justamente porque há o questionamento se a legislação nacional permite ou não essa escolha.

No entanto, considerando o volume de transações internacionais realizadas na atualidade, torna-se impensável a desconsideração da possibilidade de aplicação da autonomia da vontade das partes. Isso dificultaria imensamente a firmação de laços internacionais para trocas comerciais e conseqüentemente um reflexo negativo na economia. Os contratos internacionais exigem uma interpretação jurídica que vá além daquelas estritamente jus-positivistas e formalistas tradicionais dos

países da civil-law. Assim, o avanço do comércio internacional vem resultando em um inevitável processo de modernização do sistema jurídico Brasileiro.

No ano de 1994, foi apresentado um projeto de lei de autoria do professor João Grandino Rodas alterando a LICC com o respeitável propósito de modernizar nossa legislação para, enfim, se adotar o princípio da autonomia da vontade na escolha da lei de regência dos contratos. No entanto, o projeto foi arquivado sem que seu mérito tenha sido apreciado.

Assim, no que se refere aos contratos de compra e venda de mercadorias envolvendo partes brasileiras, é sabido que as partes possuem autonomia para escolherem a legislação a ser aplicada na regulamentação do contrato principalmente pelos princípios da UNCITRAL - *United Nations Commission on International Trade Law* que preveem a mesma liberdade.

Todavia, apenas em se tratando de norma supletiva as partes possuem liberdade de pactuar a lei responsável pela regulação do contrato. Esta é a opinião de Arnoldo Wald para quem “celebrado o contrato no Brasil ou feita a proposta em território brasileiro, as obrigações decorrentes estão sujeitas à lei brasileira, nas matérias em que a mesma é imperativa, e à vontade das partes, se for supletiva a lei brasileira ou dentro dos

limites em que mesma não for imperativa” (WALD, 2007, p. 447).

3. A escolha da lei aplicável ao contrato internacional

No que se refere à escolha da lei que guiará as obrigações contratuais assumidas pelas partes, existem duas considerações iniciais a serem feitas: quando as partes omitem a respeito da lei que regerá o contratos e quando as partes usam do princípio da autonomia da vontade para delimitar a lei a ser aplicada. No entanto, reitera-se que a lei escolhida nunca poderá ser contrária à ordem pública.

Nos contratos internacionais, a falta no contrato a respeito da lei aplicável às obrigações contraídas pelas partes impõe a necessidade de o juiz solucioná-las de acordo com a *lex fori*, ou seja, aplicar a lei do foro onde exerce a judicatura. O magistrado somente elegerá uma lei estrangeira se o critério fixado pela norma de Direito Internacional Privado de seu país indicar o direito estrangeiro como competente, obedecendo ao direito positivo vigente.

Ainda, sabe-se que seguindo o princípio da autonomia da vontade das partes, percebe-se que durante a celebração de um contrato internacional as partes podem escolher por uma legislação nacional para reger tal contrato ou ainda por uma convenção como a CISG. Em negociações contratuais, as partes devem frequentemente escolher a lei que regerá o contrato baseada em negociações já ocorridas e analisando os impactos positivos e negativos de diferentes leis nas transações comerciais. Nesse contexto, o Escritório Permanente da Conferência de Haia encoraja escolhas explícitas, o que explica o fato de privilegiar naturalmente os acordos escritos de eleição da lei aplicável.

De acordo com Gustavo Meira Moser na obra “A Escolha da Lei na Prática – Uma Pesquisa Empírica Global” (*Choice of Law in Practice – a Global Empirical Survey*), os fatores que guiam as partes envolvidas em transações internacionais na escolha da lei a ser aplicada no contrato são em sua maioria a segurança jurídica, estreita relação com a transação e estreita relação entre as partes (tradução nossa)¹⁶⁵.

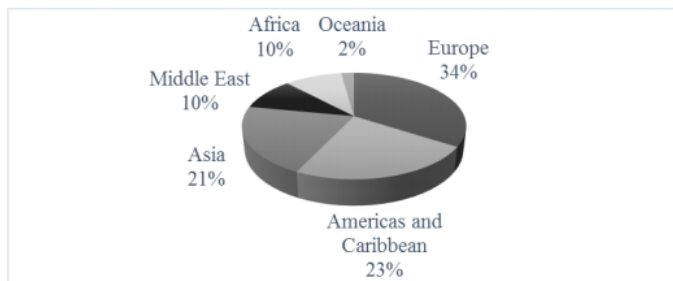
¹⁶⁵ “As the main legal considerations in a choice of law decision-making process, the respondents elected legal certainty (74,89%), substantial 182

Para chegar a este resultado, o autor coletou respostas de 223 representantes comerciais provindos de 93 diferentes jurisdições provindas da Europa, Oriente Médio, Américas, Caribe, Ásia e Oceania que responderam à pergunta: “Ao escolher a lei a ser aplicada a um contrato de compra e venda internacional de mercadorias, quais são suas três principais considerações?” (tradução nossa)¹⁶⁶.

relationship to the transaction (52,86%) and substantial relationship to the parties (45,81%)”.

¹⁶⁶ “1.3. Methodology The Survey was composed of an online questionnaire, accessible by invitation only. The content of the Survey was available via a click-through link that guided the respondent to 8 multiple-choice questions. The respondents were invited to participate in the Survey from July to September 2014. In the online invitation, the respondent was made aware of the survey goals, as well as its structure, the estimated time to respond to the questionnaire, and the web link. Being directed to the Survey webpage, the respondent was firstly informed about the Survey goals. 4 As a preliminary request, the respondent was invited to indicate its country of residence. While completing the questionnaire, the respondent was allowed to specify other choices, preferences and/or concerns not listed in the provided answers and/or make comments it might wish to do regarding the choice of law decision-making process. The questionnaire offered an indicative and non-exhaustive list of preferences which, to a great extent, was focused on legal and economic aspects, with some variations of terms for adequacy and methodological purposes. Nonetheless, in all the proposed questions the respondent was offered a blank box to identify or specify other choices, preferences and/or concerns, which could also be used to link a non-listed choice to precedent questions and for additional thoughts and comments. A respondent should have taken around 5 to 10 minutes to respond to the questionnaire.”

Below are the chart on the respondents' location and the list of jurisdictions⁸ per region (in alphabetical order).

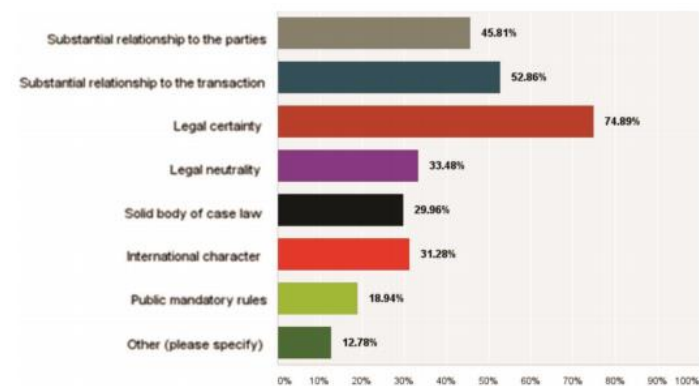


Fonte: MEIRA MOSER, LG. 2015. Parties preferences in international sales contracts: an empirical analysis of the choice of law. *Uniform Law Review*. Vol. 20. No 1.

O resultado mostrou que 73% das respostas se referem à busca de representantes comerciais por segurança jurídica ao firmar um contrato internacional.

Legal Considerations

Question 1: When choosing a substantive law to govern an international sales contract, what are your three (3) main legal considerations?



Fonte: MEIRA MOSER, LG. 2015. Parties preferences in international sales contracts: an empirical analysis of the choice of law. *Uniform Law Review*. Vol. 20. No 1.

Dessa forma, considerando os resultados obtidos por Meira Moser, a presente pesquisa se delimita a buscar responder quais leis aplicáveis aos contratos internacionais são mais vantajosas considerando o aspecto mais buscado pelas partes nas transações internacionais: segurança jurídica.

4. Leis nacionais quando utilizadas para governar contratos internacionais

Conforme visto anteriormente, de acordo com o princípio da autonomia da vontade das partes, durante a celebração de um contrato internacional, essas podem utilizar de sua liberdade para definir qual lei regulamentará o contrato.

Num breve exemplo, no caso em que uma empresa Brasileira esteja em negócios com uma empresa chinesa, ambas as legislações podem ser escolhidas para reger o contrato comercial de troca de mercadorias entre essas duas empresas. Ainda, caso seja de acordo entre ambas, pode-se escolher outra legislação de um país não envolvido na transação, como a legislação comercial Inglesa, por exemplo.

De acordo com Luiz Gustavo Meira Moser, além da segurança jurídica, o custo benefício da transação está dentre os aspectos buscados por empresários durante negócios internacionais e neste aspecto as leis nacionais se apresentam mais vantajosas. Segundo o autor, isso ocorre porque o cenário internacional possui tantos aspectos incertos e lacunosos que legislações nacionais fornecem mais institutos geradores de

economia para as empresas do que regulamentações de direito internacional como a CISG.

Na mesma linha, Cuniberti Gilles na obra “As Leis das Transações Comerciais Asiáticas”; “*The laws of Asian international business transactions*”, publicado na Washington International Law Journal em 2016, afirma que, de acordo com informações não publicadas e advindas das principais instituições de arbitragem na Ásia - com exceção da China continental - entre 2011 e 2012, as preferências pela lei a governar um contrato internacional depende muito de que região está sendo tratado. Existem três leis dominantes no mercado Asiático geralmente escolhidas para regerem contratos internacionais: a Inglesa, a Estadunidense e a de Singapura. Por outro lado, as preferências no que se refere a transações envolvendo países Europeus são as legislações Suíça, Alemã e Francesa (tradução nossa)¹⁶⁷.

¹⁶⁷ “This article addresses regional variations by using the same methodology used in my previous work to focus on Asia. Unpublished data of the main arbitral institutions active in Asia (outside Mainland China) from 2011 and 2012 was used to assess whether parties to Asian international business transactions have different preferences as far as choice of law is concerned. The analysis found that three laws dominate the Asian market for international contracts: English law, U.S. law, and, to a lesser extent, Singapore law. In contrast to the governing law preferences of private

E no que se refere às razões pelos quais tais legislações são escolhidas entre os países asiáticos são as vantagens que cada lei nacional irá gerar em determinado contrato. Por exemplo, geralmente as legislações de Nova Iorque e Califórnia são utilizadas quando as partes - Estadunidense e Asiática - acordam em delimitar os Estados Unidos da América como foro e a Associação Americana de Arbitragem como câmara a decidir sobre possíveis futuros conflitos. Isso reflete situações em que a parte Estadunidense se apresenta mais poderosa em relação à asiática. Em outras palavras, a escolha pela legislação Estadunidense aparenta uma direta influência do poder econômico desse país (tradução nossa)¹⁶⁸.

European international contracts, parties to Asian arbitrations virtually never choose Swiss, German, or French laws.

¹⁶⁸ “Second, this article reveals that the circumstances under which English and U.S. laws are chosen in Asia are very different. U.S. laws—generally New York or California laws—are typically chosen in transactions between a U.S. and an Asian party where the parties also agree to settle their dispute in the United States under the aegis of the international division of the American Arbitration Association: the International Center for Dispute Resolution (ICDR). Thus, these are transactions where, presumably, the U.S. party’s bargaining power was strong, enabling that party to impose its choice of a U.S. dispute resolution institution and of a U.S. law. In other words, choice of U.S. laws seems to be a direct function of the economic power of U.S. corporations. By contrast, English law is chosen in transactions between parties of all nationalities, under the auspices of all institutions (except ICDR), in proceedings seated anywhere in Asia. Where Asian international transactions are not governed by the law of one of the parties, which often

Por outro lado, em transações que não apresentam uma acentuada diferença de poder entre as partes, geralmente a legislação Inglesa é a escolhida. Isso porque essa legislação reúne características que minoram a diferença de poder entre partes, independente da expertise dos advogados a driblarem as interpretações das cláusulas contratuais. Em outras palavras, a legislação Inglesa se apresenta mais segura (tradução nossa)¹⁶⁹.

No entanto, segundo os autores abrangidos na bibliografia deste artigo, no que se refere à segurança jurídica das partes após a celebração do contrato e a possibilidade destas facilmente poder exigir o que foi contratado na hipótese de descumprimento do contrato, não se encontram grandes vantagens na utilização de legislações nacionais.

means that neither party possessed sufficiently strong bargaining power to impose it, they are typically governed by English law. English law dominates the Asian market for neutral laws, leaving only some room for Singapore law”.

¹⁶⁹“ My analysis identifies four factors that likely contribute to the remarkable success of English law in Asia. While it is not possible to determine the relative importance of each of these factors, it seems that the presence of British common law-educated lawyers in Asia and the fear that the U.S. legal system generates are the most important. If this is correct, it means that English law may owe its success to factors unrelated to the intrinsic quality of English contract law. This conclusion would confirm the finding that parties to international business transactions are not necessarily sophisticated from a legal point of view or can suffer from cognitive limitations”.

5. CISG

Como mencionado na introdução deste trabalho, na tentativa de uniformizar a regras que regem contratos internacionais de compra e venda de produtos e serviços, foi aprovada em 1980 no âmbito das Nações Unidas, a Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), que foi ratificada pelo Brasil em 2012, e com vigência em 1º de abril de 2014. Com isso, o Brasil uniformizou seu regramento de contratos de compra e venda internacional de mercadorias com o de outros 79 países – que representam 90% do fluxo de comércio internacional e incluem grandes parceiros comerciais do Brasil, como China, Estados Unidos e União Europeia (UE).

A CISG já pode ser considerada um grande marco para o Direito Internacional Privado. Ela representa o instrumento de direito material mais bem aceito internacionalmente de que se tem notícia. Com exceção da Índia e Reino Unido, todos os grandes exportadores e importadores envolvidos no mercado internacional são signatários da CISG, ou seja, ela apresenta-se como uma plataforma comum que vem estreitando laços entre

empresas dos mais diversos países ao facilitar as transações internacionais.

O fato de a China ter aderido à CISG em 1986 também trouxe a grande relevância desse artifício jurídico para as economias emergentes, fazendo com que diversos outros países aderissem a ela, como México e Turquia.

O atual cenário econômico internacional demonstra que o fato de um país estar em consonância com seus demais no que tange à uma plataforma jurídica comum para transações internacionais reflete efeitos geopolíticos positivos ao atestar maior credibilidade no âmbito internacional.

Por óbvio, muitas características da CISG ainda devem ser desenvolvidas e amadurecidas e muito se vem estudando e discutindo em pesquisas e grandes eventos internacionais para que esse instrumento seja cada vez mais popularizado e aperfeiçoado. Por exemplo, um grande impasse já identificado é que se apresenta extremamente necessária uma interpretação uniforme da CISG. Por mais que sua uniformidade seja uma característica intrínseca e almejada por seus autores desde sua criação, além do texto uniforme, faz-se necessária uma interpretação uniforme, e essa não é o atual parâmetro da CSIG.

Em termos operacionais, os instrumentos de harmonização, unificação e uniformização internacional podem ser vinculantes ou não, sendo exemplos dos primeiros os tratados e as convenções internacionais resultantes de conferências diplomáticas, e dos segundos as leis-modelo. Neste sentido, estes instrumentos podem ser também de caráter regional ou universal, Dentre estes de caráter universal, temos a Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadoria (CISG).

A maioria dos estudos comparados sobre comércio internacional e análise de meios para possibilitar transações comerciais seguras afirmam que a CISG é a lei mais completa e segura para regular contratos internacionais.

Segundo Angelo Chianale na sua obra “A CISG como um modelo de lei: uma abordagem comparativa” (tradução nossa)¹⁷⁰, publicado em 2016 na revista de estudos legal de Singapura (tradução nossa)¹⁷¹, a CISG é uma regulamentação de sucesso para contratos internacionais, pois fornece segurança para as partes envolvidas. Isso se dá em razão de três características importantíssimas que a CISG possui no que diz respeito ao

comércio internacional: durabilidade, equilíbrio e prestígio (tradução nossa)¹⁷².

¹⁷² “In this article I adopt a comparative law approach to illustrate the coexistence of various models governing the sale of goods, and their classification on the basis of two main characteristics: the transfer of property and the opposition certainty/flexibility. I use this approach to analyse the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. 1 Then I examine how the CISG influenced several national systems and can influence future attempts at regional harmonisation. I conclude with the reasons that in my opinion make the CISG a good model for the sale of goods (prestige, equilibrium and derogability), and with the desirable future developments.”

“The conference questioned whether the form requirement in the Baltic countries was justified at the time of the adoption of the CISG, and if the justification had later deteriorated. It was pointed out that even though the Convention and some of its concepts were subject to a cold reception in those countries, the Convention has in fact raised the level of discourse in the region, which is a prerequisite for legislative reform to take place in the future. The Baltic countries’ choice not to adhere to the principle of freedom of form for international sales contracts has now lost its grounding, since none of the countries imposes form requirements on domestic sales contracts. The withdrawal of reservations in this regard is therefore welcomed. The withdrawals of reservations have changed the legal framework in the Nordic and Baltic region, and they increase textual uniformity and bring new interpretive challenges to the table. Courts, legal advisors and businesses in the region must now familiarise themselves with the concepts and methodology of the Convention. In fact, the Convention may play a role in the application of also domestic law. The conference provided an example to the point regarding the validity of unreasonable contract terms. In the Nordic context the incorporation of CISG Part II means that new rules on formation of contract will apply, dealing with issues relating for example to the role of good faith, the conundrum regarding offers without a price and the incorporation of standard terms.”

“The CISG has been a significant instrument in the unification of international sales law, and it has served as a blueprint for legal reform and as a means to avoid regional fragmentation. However, the conference emphasised that the

¹⁷⁰ The CISG as a model law: A comparative law approach

¹⁷¹ The Singapore Journal of Legal Studies

Ainda, segundo M.J. Dennis na obra *Modernizando e Harmonizando o Direito Contratual Internacional: os princípios da CISG e UNIDROIT* continuam sendo o melhor caminho a seguir (tradução nossa) ¹⁷³, publicado na revista *International Law Review* em 2014, a CISG não está só executando muito bem o trabalho de ser um meio de harmonização de legislações para contratos internacionais, mas também influenciando sistemas legais nacionais a desenvolver esforços e focar também em cooperação internacional para o desenvolvimento de métodos legais seguros no comércio internacional. No entanto, a CISG é um regimento novo, muitas características devem ser

limited scope of the Convention and the inadequate regulation of for example transport risk or electronic commerce, renders supplementary instruments essential for trading businesses. In this regard the significance of soft law instruments like the INCOTERMS, UNIDROIT Principles, PECL can hardly be overstated, but also hard law like the Convention on Electronic Communications is important to deal with the concerns of modern day business. Naturally, the individual sales agreement plays a significant role in providing the parties with legal certainty and predictability. It was emphasised at the conference that much is to be gained by educating business people. The current paradigm of legal communication and drafting was challenged by the conference for example by thoughts on visualisation techniques. Scholars and practitioners in the field of international commercial law can assist international trade by considering that the business community needs more than just instruments of protection. "

¹⁷³ Modernizing and harmonizing international contract law: the CISG and the UNIDROIT Principles continue to provide the best way forward.

melhoradas e o exercício de sua aplicação necessita de tempo para se consolidar.

Por outro lado, de acordo com T. Neumann na obra *Direito Comercial Internacional Sob a Perspectiva Nórdica e Báltica: Status e Desafios Atuais* (tradução nossa) ¹⁷⁴, publicado na *Revista Nórdica de Direito Comercial* em 2014, a CISG é um importante instrumento para possibilitar uma unificação do direito comercial internacional, mas ainda não fornece regulamentação suficiente para solucionar os complexos problemas jurídicos envolvidos nas trocas comerciais entre países com sistemas jurídicos distintos (tradução nossa)¹⁷⁵.

Além disso, Neumann afirma que em diversos casos o uso de específicas leis nacionais que se apresentam muito mais aptas a gerar segurança jurídica para as partes envolvidas em contratos internacionais do que a CISG, por exemplo a legislação comercial Inglesa, como já tratado neste trabalho.

Ainda assim, mesmo com críticas à CISG até mesmo Neumann afirma que analisando os prós e contras do uso de leis

¹⁷⁴ International Commercial Law from a Nordic and Baltic Perspective: Status and Current Challenges.

¹⁷⁵ CISG is an important instrument to enable the unification of international sales law but it does not cover all the complex international business problems yet.

nacionais e da CISG, a última se apresenta atualmente como o mais completo e eficiente método para proporcionar transações internacionais seguras para as partes.

6. Considerações finais

Decidir qual será a lei a ser aplicada em um contrato internacional não é tarefa simples exatamente pelo caráter *sui generis* destes contratos, de tal modo que “a lei aplicável ao contrato tratará apenas do que diz respeito à sua substância e aos seus efeitos” (ARAUJO, 1997, p.156).

Em conclusão, de acordo com a bibliografia analisada na presente pesquisa, buscando apresentar uma análise comparativa de vantagens e desvantagens da utilização da CISG e leis nacionais para reger contratos internacionais, a CISG se apresenta como o método mais vantajoso na busca por segurança jurídica em contratos internacionais.

As defesas de que a CISG é atualmente o método mais efetivo para proporcionar um seguro, harmonizado e unificado método para contratos internacionais de compra e venda de

mercadorias foi encontrado em diversas obras como de Chianale (2016), Dennis (2014) e Neumann (2014).

Assim, conclui-se que ainda necessitando de melhorias e tempo para a consolidação de seu uso, a CISG vem desenvolvendo um trabalho de qualidade no cenário internacional e sua utilização como lei regulamentadora de contratos internacionais de compra e venda de mercadorias se apresenta como a mais vantajosa no que se refere à busca de segurança jurídica na prática de transações entre empresas ou pessoas de diferentes países

7. Referências

GAMA Jr., Lauro. **Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2005: soft law, arbitragem e jurisdição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pág. 188.

SCHWENZER, Ingeborg; GUIMARAES PEREIRA, Cesar A.; TRIPOLDI, Leandro. **A CISG e o Brasil: convenção das Nações Unidas para os contratos de compra e venda internacional de mercadorias**. 1ª Ed. São Paulo: Marcial Pons; Curitiba: Federação das Indústrias do Estado do Paraná, 2015.

ARAÚJO, Nádia de. **Contratos Internacionais: Autonomia da vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 2.ed. São Paulo: Renovar, 2000, p. 7.

MUÑOZ, Edgardo, MEIRA MOSER, Luiz Gustavo. **A Adesão do Brasil à CISG - Consequências para o Comércio na China e América Latina**. 2016.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 11 Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.25.

CHIANALLE, A. 2016. **The CISG as a model law: A comparative law approach**, *Singapore Journal of Legal Studies*. PP. 29-45.

DENNIS, MJ. 2014. **Modernizing and harmonizing international contract law: the CISG and the UNIDROIT Principles continue to provide the best way forward**. *International Law Review*. Vol. 19. No 1. PP. 114-151.

GILLES, C. 2016. **The laws of Asian international business transactions**. *Washington International Law Journal*. Vol. 25. No 1. PP. 35-86.

MEIRA MOSER, LG. 2015. **Parties preferences in international sales contracts: an empirical analysis of the choice of law**. *Uniform Law Review*. Vol. 20. No 1. PP. 19-55.

NEUMANN, T. 2014. **International Commercial Law from a Nordic and Baltic Perspective: Status and Current Challenges**. *Nordic Journal of Commercial Law*. No. 2. PP. 1-25.

YANG, I. 2015. **A comparative review on substantive public policy in international commercial arbitration**, *Dispute Resolution Journal*. Vol. 70. No 2. PP. 49-83.

SUBJETIVIDADE JURÍDICA INTERNACIONAL NA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XIX: NAÇÃO E ESTADO NAS DOUTRINAS ITALIANA E FRANCESA

Guilherme Bedin^{176}*

Palavras-chave: subjetividade jurídica internacional; princípio da nacionalidade; história do direito internacional; Nação; Estado.

Resumo: com o objetivo de observar de que maneira a pergunta “quem é o sujeito de direitos na comunidade internacional” foi respondida, ressaltando as oposições entre Nação e Estado, o presente trabalho investigou o pensamento de Pasquale Stanislao Mancini, descrevendo como que, utilizando por fundamento do direito internacional o Princípio da Nacionalidade, o jurista italiano propõe a exclusividade da Nação como sujeito de direito internacional, em oposição ao Estado e de que maneira isto influenciou os autores da escola italiana de direito internacional, em especial Terenzio Mamiani e Pasquale Fiore. A seguir, adentra-se na doutrina francesa da segunda metade do século XIX, focando no pensamento de Joseph Proudhon, Fustel de Coulanges e Ernest Renan, para verificar de

que forma se deu a oposição entre os conceitos de Nação e Estado. Busca-se, ainda, ao longo de todo trabalho reforçar as continuidades e rupturas entre os diversos autores analisados, além de se proporem, quando cabíveis, críticas às concepções apresentadas.

Abstract: In order to observe how the question “who is the subject of rights in the international community” was answered, focusing on the contrasts between Nation and State, the present study investigated the thought of Pasquale Stanislao Mancini, describing how, using the Principle of Nationality as the basis of international law, the Italian jurist proposes the exclusivity of the Nation as a subject of international law in opposition to the State and how it influenced the authors of the Italian school of international law, especially Terenzio Mamiani and Pasquale Fiore. Hereafter, enter in the French doctrine of the second half of the nineteenth century, looking at the thought of Joseph Proudhon, Fustel de Coulanges and Ernest Renan, to verify how occurred the opposition between the concepts of Nation and State. We also try throughout the study to highlight the continuities and changes between the various authors analyzed, and to propose, as appropriate, critical to the concepts presented.

1. Introdução

Embora os termos “Estado” e “Nação” sejam utilizados de forma recorrente nos discursos jurídicos e políticos, ainda que não voltados ao plano internacional, é notável que nem

^{176*} Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Membro dos grupos de pesquisa CNPq-UFSC, *Ius Commune* em História da Cultura Jurídica e *Ius Gentium* em Direito Internacional. E-mail: guilhermebedin1988@gmail.com, telefone: (48) 99820-3248, Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0334522129480784>.

sempre se percebe o embate teórico-filosófico e jurídico acerca destas duas expressões que já ocorria no cenário europeu, especialmente na segunda metade do século XIX, após a proposta de Pasquale Stanislao Mancini que, por meio do Princípio da Nacionalidade, fez emergir a Nação como sujeito de direito internacional, em oposição ao Estado.

Não se pode aceitar que, atualmente, pela alcunha de “Estado” ou “Nação” se escondam uma série de concepções nebulosas, sem que se faça referência a que pressupostos esta expressão está vinculada, sob pena de uma total perda de referenciais teóricos e total esvaziamento de sentido de ambos os termos.

Ademais, nota-se que o debate acerca da subjetividade jurídica ressurgiu de forma inflamada, em especial nas situações em que ocorrem fenômenos como o “reconhecimento” de um novo sujeito por parte da comunidade internacional, particularmente quando se fundamentam na oposição entre os princípios da “Soberania” e “Autodeterminação dos Povos”, ainda que os vocábulos “Estado” e “Nação” possam não estar diretamente presentes ou receber a devida ênfase, por vezes

suas bases encontram correspondência – ou, ao menos, semelhança – naquelas do século XIX¹⁷⁷.

Utilizando-se o pensamento de Paolo Grossi¹⁷⁸ e António Manoel Hespanha¹⁷⁹ pretende-se deixar claro que os fenômenos jurídicos apresentam continuidades e discontinuidades e não seguem, portanto, uma marcha evolutiva. Assim sendo, a atualidade não necessariamente representa o auge dos institutos jurídicos.

Deve-se, portanto, observar os acontecimentos históricos atendo-se aos pressupostos e discursos nos quais se

¹⁷⁷ Um estudo acerca da influência dos debates em torno do Princípio da Nacionalidade e sua repercussão no contemporâneo discurso da “Autodeterminação dos Povos” pode ser visto em BIAZI, 2014, p. 145 *et seq.*

¹⁷⁸ Paolo Grossi, Professor Emérito de História do Direito Medieval e Moderno na Faculdade de Direito da Universidade de Florença, fundador do *Centro studi per la storia del pensiero giuridico moderno* e da revista *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. Foi nomeado Ministro da Corte Constitucional da República Italiana em 2009 (GROSSI, 2012, p. x-xix).

¹⁷⁹ “ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, Professor Catedrático de História do Direito na Universidade Nova de Lisboa, foi Presidente da Comissão para a Comemoração dos Descobrimientos Portugueses, docente em várias Faculdades portuguesas, de Direito, História e Ciências Sociais, e docente convidado nas Universidades de Toulouse, Madri, Messina, Macau, Yale e Pablo Olvide de Servilha, e na *École des Hautes Études Sociales*, em Paris. Fundou e dirigiu a revista *Penélope. Fazer e desfazer a história* e a revista *Themis*, da Faculdade a que agora pertence.” In: HESPANHA, 2005, grifo do autor.

fundava cada instituto envolvido, evitando utilizar as lentes¹⁸⁰ do presente, para que se possa obter uma interpretação historicizada do fenômeno jurídico. Este método permite evitar abordagens universalistas e evolutivas¹⁸¹, as quais, muitas vezes, tratam o passado de maneira pejorativa.

Sob esta perspectiva, não há como se conhecer o direito atendo-se tão somente aos textos normativos, faz-se necessário compreender os demais fenômenos culturais (economia, estrutura social, política) que com ele se relacionam – sem jamais perder de vista aquilo que é próprio ao fenômeno

¹⁸⁰ Com relação a “lentes”, Grossi expõe claramente: “Ali havia brotado a intuição elementar de que era hora de olhar a relação entre homem e coisas não mais do alto do sujeito, mas sim pondo-se ao nível das coisas e observando de baixo tal relação, sem preconceitos individualistas e com uma disponibilidade total para ler as coisas sem lentes deformantes. E as coisas haviam revelado serem estruturas não genéricas mas específicas, com disposições específicas e diversificadas que exigiam diversas e peculiares construções jurídicas [...]” (GROSSI, 2006, p. 4). Nesta passagem, o autor se utiliza deste raciocínio para tratar de um instituto específico (a propriedade), entende-se que seu pensamento pode, analogicamente, ser generalizado para quaisquer conceitos.

¹⁸¹ Um exemplo deste uso, já aplicado ao Direito Internacional, é apresentado e criticado por Nuzzo: “*Molti anni piú tardi, da diversa prospettiva, David Kennedy segnalava come gli internazionalisti, avvertendo che «history is on their side», avevano potuto immaginare una storia progressiva del diritto internazionale governata da principio evolutivo in grado di condurli naturalmente al diritto internazionale pragmatico, cosmopolita, umanitario e liberale del XX secolo.*” (NUZZO, 2012, p. 1).

jurídico¹⁸² – e, nesta atividade, o jurista tem muito a aprender com o historiador¹⁸³.

Esta postura de observar com cuidado as fontes e não se ater meramente as palavras que compõem o texto se demonstra especialmente relevante quando se tem em vista que o estudo de um determinado instituto jurídico pode conduzir a situações enganosas caso se observem tão-somente as palavras, sem uma especial atenção quanto ao seu conteúdo¹⁸⁴ que muitas vezes,

¹⁸² Acerca da autonomia do fenômeno jurídico: “O direito realmente possui uma autonomia própria, que se concretiza com uma visão autônoma do mundo, o que, em suma, é a autonomia de um saber específico, autonomia de estatuto epistemológico, de conceitos, de léxico. Isso não significa que o direito esteja condenado ao formalismo e aos seus excessos, como alguns incultos poderiam crer. Ao contrário: o saber jurídico, como saber técnico, é simplesmente a clara ebulição da dimensão jurídica dentro da grande realidade socioeconômica, uma ebulição que somente tal saber está em condições de fazer.” (GROSSI, 2010, p. 12, grifo nosso).

¹⁸³ Com relação ao resgate da complexidade do direito: “A partir desta referência a todo o resto situado além e abaixo das normas e à complexidade do universo jurídico, somente uma figura reúne condições para realizar a tarefa: o historiador, é ele, de fato, quem se insere na vida em toda sua integridade, quem está voltado não a isolar, mas a captar nexos, implicações, raízes. Quando retomamos consciência de todos os estratos do jurídico, a lição metodológica da história se torna preciosa. Permite ao atual jurista tanto superar as simplificações persuasivas – pois simplificações fazem parte, afinal, do direito burguês –, como também lhe permite recuperar do achatamento e da tergiversação a própria complexidade do direito.” (GROSSI, 2010, p. 6-7).

¹⁸⁴ Com relação ao uso inadvertido dos conceitos, aponta Grossi: “Quem quisesse confiar nas palavras – e houve quem quisesse – iria colecionar insensatamente invólucros vazios que a história apressou-se, por conta

pode sofrer drásticas alterações, as quais somente podem ser percebidas ao se considerar este universo maior que transpassa o texto.

Esta percepção se torna especialmente relevante neste trabalho, vez que se debruça por sobre dois termos, Nação e Estado, faz-se necessário observar atentamente o contexto e o conteúdo atribuído a cada uma destas expressões, para não incorrer em uma falsa continuidade decorrente do uso da palavra em detrimento de possíveis descontinuidades no seu valor semântico.

própria, a encher de conteúdos os mais variados sem se preocupar com continuidades verbais”. (GROSSI, 2006, p. 38). No mesmo sentido aponta Hespanha: “Embora muitos conceitos ou princípios jurídicos sejam muito mais modernos do que geralmente se supõe, é verdade que há outros que parecem existir, com seu *valor facial* (i.e., referidos com as mesmas palavras ou como frases), desde há muito tempo. [...] Contudo, se avançarmos um pouco na sua interpretação, logo veremos que, por baixo da superfície da sua continuidade *terminológica*, existem rupturas decisivas no seu significado *semântico*. O significado da mesma palavra, nas suas diferentes ocorrências históricas, está intimamente ligado aos diferentes contextos, sociais ou textuais, de cada ocorrência. Ou seja, o sentido é eminentemente *relacional* ou *local*. [...] Por detrás da continuidade aparente na superfície das palavras está escondida uma descontinuidade radical na profundidade do sentido.” (HESPANHA, 2005, p. 26-27, grifo do autor). E o próprio Marc Bloch: “Das duas partes, sobretudo, eram empregadas palavras — tais como “benefício” (*beneficium*) para os latinos, “feudo” para os germanos — das quais essas gerações persistirão em se servir, ainda que lhes conferindo, sem se dar conta, um conteúdo quase inteiramente novo. Pois, para grande desespero dos historiadores, os homens não têm o hábito, a cada vez que mudam de costumes, de mudar de vocabulário.” (BLOCH, 2001, p. 59, grifo nosso).

Assim, o historiador do direito retoma o passado não para buscar soluções aplicáveis ao presente¹⁸⁵, mas antes para problematizar as certezas da atualidade, rompendo com a cristalização de conceitos ou de sua aplicação. Busca, com sua atividade, não apenas demonstrar a mutabilidade do passado, mas também a do presente, que não constitui um arranjo necessário, mas sim construído a partir de uma ampla variedade de fenômenos, inclusive a história. Não é, portanto, função do historiador fornecer modelos ao presente, a historiografia não deve ser encarada como uma atividade prescritiva, mas sim de indagação acerca dos conceitos (por vezes naturalizados) do presente¹⁸⁶ – ao menos, conforme os fundamentos aqui expostos

¹⁸⁵ Com relação ao uso da história para atender a demandas do presente, aponta Costa: “Existe serventia em compreender alguma coisa do passado para colocar e resolver os problemas de hoje? A neo-pandectística nos oferece um argumento forte para responder afirmativamente. Infelizmente porém aquele argumento é, como tentei demonstrar, um ‘mau’ argumento. É de fato um argumento que funciona somente se concordamos em camuflar como *conhecimento* do passado aquilo que é simplesmente um *uso* que dele se faz.” (COSTA, 2010, p. 70, grifo do autor).

¹⁸⁶ Acerca do historiador não prescrever modelos, mas sim fazer um exercício de questionamento: “O historiador não oferece modelos, mas aponta o sentido da linha. Digamos que dissolve o absolutismo do presente relativizando-o graças a sua inserção na linha, mas dotando-o assim também de uma consciência mais aguda da própria direção. Uma direção que certamente não se encontra delineada por um constante movimento evolutivo sob a égide de um constante progresso, mas que se constitui de vez em vez, utilizando a única riqueza disponível para a experiência humana, a

–, cabe ao historiador, enquanto tal, manter-se no limite de três atividades: (1) conhecer o direito em sua complexidade, enquanto dimensão da civilização; (2) resgatar a unidade da ciência jurídica e; (3) servir de senso crítico ao estudioso do presente¹⁸⁷. É evidente que afastar-se delas é possível, desde que se tenha ciência de que, ao fazê-lo, abandona-se a postura de historiador e atua-se enquanto técnico.

Com relação a este trabalho, observa-se a teoria descrita é aplicada em sua inteireza, ao se considerar que (1) somente a partir de uma visão de direito que o considera em sua complexidade, observando a relação entre acontecimentos de ordem social e política internacional¹⁸⁸, pode-se compreender

vida inteiramente vivida, completamente expressada, com todo o seu patrimônio de valores e contravalores.” (GROSSI, 2010, p. 13).

¹⁸⁷ Estas três atividades são prescritas por Grossi: “Recuperação da complexidade do universo jurídico, relativização saudável do santuário que cada jurista pode guardar com zelo no interior do próprio ânimo, resgate da percepção da unidade da ciência jurídica: temos aqui três operações culturais que fazem oportunas, se não necessárias, o contato e o colóquio contínuos do historiador do direito com quem cultiva o direito positivo.” (GROSSI, 2010, p. 11).

¹⁸⁸ A comunidade internacional é apontada por Grossi como um destes feixes de relações que compõem o fenômeno jurídico: “Portanto, o direito não é produzido apenas pela macroentidade estatal, mas por um feixe ilimitado e ilimitável de estruturas sociais em cujo interior podem encontrar lugar, sob certas condições, tanto a comunidade internacional como uma confissão religiosa, tanto a família como a associação considerada criminosa e também

adequadamente as fontes utilizadas e, talvez, simplesmente considerar a relevância da doutrina enquanto fenômeno jurídico não estatal; (2) por diversas vezes, fez-se necessário recorrer à noção de que o instituto jurídico analisado, a subjetividade jurídica internacional, não pode ser compreendido em apartado não apenas do contexto político e social, mas também jurídico, em especial das disciplinas relativas ao direito público e; (3) tenta-se demonstrar a importância não apenas de conhecer a problemática relativa ao sujeito de direitos no âmbito internacional e sua correspondência com a Nação ou com o Estado, mas também as diversas – ou possíveis – consequências que a adoção de um ou outro modelo poderia implicar.

Tomando por base tais premissas, o presente estudo deita atenções por sobre (o que viria a ser) a Itália durante o século XIX, descrevendo como o discurso acerca da Nação toma forma inicialmente no campo político, com foco no pensamento de Giuseppe Mazzini, que defendia o princípio da nacionalidade como um ideal político a ser alcançado, em especial pelo movimento *Giovine Italia*, embora não fosse citado pelos autores de sua época, Mazzini esboçou alguns dos elementos que

os mais variados agrupamentos tidos como privados.” (GROSSI, 2014, p. 24, grifo nosso).

chegariam ao âmbito jurídico na segunda metade do século, através da proposta do jurista italiano Pasquale Stanislao Mancini. Utilizando-se do Princípio da Nacionalidade (apresentado na conferência intitulada “A nacionalidade como fundamento do direito das gentes”, em 1851 na Universidade de Turim) como fundamento do direito internacional, Mancini lança a proposta de fazer da Nação, identificada como um ente natural, o único sujeito de direitos no âmbito internacional, em oposição ao Estado, tratado como um ser artificial, fruto da abstração. Tal proposta desencadeou um debate que, muito embora não se tenha limitado ao contexto italiano, culminou na Escola Italiana de Direito Internacional; dentre os demais autores associados a esta Escola, optou-se por trabalhar com o pensamento de Terenzio Mamiani, expondo como este, mesmo aceitando o Princípio da Nacionalidade proposto por Mancini, faz do Estado o sujeito de direitos no âmbito internacional, ao tratar os elementos constitutivos da nacionalidade como requisitos desejáveis, concedendo-lhe maior estabilidade, mas não necessários à sua formação. Seguindo no contexto italiano, será observado o pensamento de outro jurista, Pasquale Fiore, que ainda inserido na Escola Italiana de Direito Internacional, em um primeiro momento adere à proposta de Mancini, porém, revê

sua posição teórica, chegando a negar a existência do Princípio da Nacionalidade, defendendo ser o Estado o único ente a existir juridicamente.

Os efeitos deste debate não se limitaram ao processo de unificação italiano, podendo também ser verificados, por exemplo, na disputa franco-prussiana pela região da Alsácia-Lorena. Destacam-se neste estudo os trabalhos de três autores franceses: Joseph Proudhon, Fustel de Coulanges e Ernest Renan.

2. Subjetividade jurídica internacional na Itália do século XIX: oposições entre o Estado e o princípio da nacionalidade

A construção da Nação não se constituiu de uma única forma, há uma vertente calcada em elementos objetivos, como etnia, língua, território, história e cultura comuns¹⁸⁹; e uma vertente voluntarista, que considera antes a relação e a escolha de um agrupamento humano em se constituir como uma

¹⁸⁹ Acerca da teoria objetiva da Nação: “As tentativas de se estabelecerem critérios objetivos sobre a existência de nacionalidade, ou de explicar por que certos grupos se tornam ‘nações’ e outros não, frequentemente foram feitas com base em critérios simples como a língua, ou a etnia ou em uma combinação de critérios como a língua, o território comum, a história comum, os traços culturais comuns e outros mais.” (HOBBSAWM, 1990 p. 14-15).

unidade que suas características objetivas¹⁹⁰. Por fim, tem-se uma vertente mista, que enxerga a Nação como a reunião dos elementos objetivos com uma vontade ou consciência coletiva.

O discurso acerca da Nação atinge o campo jurídico através do Princípio da Nacionalidade, que teve entre seus precursores Pasquale Stanislao Mancini, o qual opôs a figura do Estado a da Nação como esta sendo o real sujeito de direito internacional¹⁹¹. Assim, a Nação – e a nacionalidade – toma forma e se desenvolve como uma reação crítica ao modelo político do Estado de inspiração contratualista¹⁹².

¹⁹⁰ Como crítica a este sistema, observa-se sua excessiva maleabilidade: “No entanto, insistir na consciência ou na escolha como o critério da existência das nações é subordinar sem discernimento os muitos modos pelos quais os seres humanos se definem e se redefinem como membros de grupos a uma única opção: a escolha de pertencer a uma ‘nação’ ou a uma ‘nacionalidade’.” (HOBSBAWM, 1990, p. 17).

¹⁹¹ Acerca da influência da proposta de Mancini na discussão acerca da subjetividade jurídica internacional: “Nos escritos de Pasquale Stanislao Mancini, sobretudo, o debate atinge o seu ápice com a proposta de substituição dos Estados pelas Nações como sujeitos do direito internacional. A afirmação de Mancini parece tentar se deslocar o foco do protagonismo exclusivista construído pelas doutrinas políticas e jurídicas contratualistas, do Estado para a Nação.” (DAL RI JR, 2013. p. 136).

¹⁹² Acerca do discurso da Nação e sua relação com o modelo contratualista do Estado: “Elementos desta nova idéia de “Nação” – que se insere como possível sujeito do direito internacional em contraposição à noção de Estado oferecida pelas doutrinas contratualistas –, receberam um primeiro delineamento em um universo eminentemente político, em que correntes de matriz ideológica nacionalista tentavam legitimar a independência de determinados territórios

Primeiramente, abordar-se-á brevemente o movimento político que, embasado no conceito de Nação, buscava “libertar” uma população que apresentava uma série de traços comuns – como língua, etnia, costumes, além de uma consciência da sua unidade – mas que se encontrava sob o jugo de Estados “estrangeiros”. Para tanto, optou-se por utilizar o pensamento de Giuseppe Mazzini.

No pensamento deste autor, são encontrados alguns dos elementos que, mais tarde, se fariam presentes na construção jurídica do Princípio da Nacionalidade, quais sejam, uma união de língua, de raça e de costume, além da presença de uma consciência nacional.

Percebe-se, portanto, que mesmo antes de apresentar claros contornos jurídicos, o discurso acerca da Nação já poderia ser encontrado no campo da política, contribuindo para legitimar a modificação das fronteiras europeias a partir de

europeus – como a Itália ou a Hungria – submetidos de modo integral ou fragmentário à soberania de Estados terceiros. Tal fenômeno pode ser facilmente observado ao longo da primeira metade do século XIX, sobretudo na cultura jurídico-política italiana e francesa, fornecendo delineamentos que posteriormente viriam a ser consolidados e sistematizados na doutrina sobre a nacionalidade de Mancini.” (DAL RI JR, 2006, p. 73-74)

1830¹⁹³. Contudo, a Nação, enquanto projeto político, dependia do Estado para se consolidar e tomar forma no plano jurídico¹⁹⁴ (HOBSBAWM, 1990, p. 125).

Este discurso nacionalista encontrou terreno fértil em populações que, guardando características comuns (em especial, a língua e a “história”), encontravam-se divididas em diversos Estados.

¹⁹³ Há quem utilize a nomenclatura “princípio da nacionalidade” para se referir a esta doutrina política, como se faz notar: “[...] ‘princípio da nacionalidade’ que convulsionou a política internacional da Europa depois de 1830, criando um número de Estados novos, dos quais a metade corresponderia, até onde era possível, ao princípio que Mazzini formulava como ‘Cada nação, um Estado’; entretanto, esse grupo poderia ser menor se comparado à outra metade, que seguiria a formulação ‘apenas um Estado para toda a nação.’” (HOBSBAWM, 1990, p. 125).

¹⁹⁴ Esta posição se estende para além da primeira metade do século XIX, como se faz notar: “Johann Caspar Bluntschli, jurista suíço e discípulo de Savigny que se dedicou à esboçar a ciência do direito internacional na segunda metade do século XIX transpôs para este universo muitos postulados elaborados por seu mestre, mas, contudo, mesmo valorizando o elemento “Nação”, não o contrapõe ao Estado enquanto sujeito do direito internacional, como o fará, ainda naquele século, o italiano Pasquale Stanislao Mancini. O posicionamento de Bluntschli a respeito do papel a ser desempenhado pelos conceitos de ‘Nação’ e de ‘Estado’ no âmbito da ciência do direito internacional é bastante claro quando este afirma que ‘As comunidades nacionais que não obtiveram organização estatal não são pessoas, nem do ponto de vista do direito público, nem daquele do direito internacional’. Por isso, tendo se tornado ‘[...] povos organizados politicamente, não têm necessidade de uma proteção especial por parte do direito internacional; as garantias oferecidas pelos Estados são suficientes.’” (DAL RI JR., 2006, p. 73).

Era nesta condição que se encontrava (o que viria a ser) a Itália: com a península sob o domínio de Estados como Áustria, Espanha e França, situação que se intensificou após o Congresso de Viena de 1815, emerge o movimento artístico, literário, político e – mais tarde, também – jurídico do *Risorgimento* (DAL RI JR., 2006, p. 74).

2.1. A nacionalidade enquanto elemento do discurso político italiano na primeira metade do século XIX: a contribuição de Giuseppe Mazzini

Figura simbólica da primeira fase deste movimento de unificação, Giuseppe Mazzini foi um dos defensores da ideia de Nação; nos campos da política e do direito, propunha que a Nação deveria ter um caráter universal e democrático, sendo composta por homens de um mesmo grupo, que, por meio de um direito comum, busquem os mesmos fins, esta Nação seria, ainda, a redescoberta de uma Nação histórica, composta de pessoas com as mesmas características de etnia, língua e costumes comuns (DAL RI JR., 2006, p. 75).

Mazzini teve participação central no movimento conhecido como “Jovem Itália”, no âmbito do qual defendera que “A Nação é a universalidade dos Italianos, unidos por um pacto e vivendo sob uma lei comum”¹⁹⁵ e afirmara “que para fundar uma Nacionalidade é necessária a consciência desta nacionalidade”¹⁹⁶, sendo tal consciência marcada pelo sentimento de pertencimento a um todo (NUZZO, 2012, p. 89). Ao mesmo tempo, ofereceu um projeto pedagógico que se manifesta na educação para insurreição¹⁹⁷, pois através da insurreição se chegaria à unidade e se implantaria o “princípio ativo da consciência” (NUZZO, op. cit., p. 89).

Educação e consciência complementam-se e tomam grande destaque no discurso de Mazzini, de modo que chega a

¹⁹⁵ “La Nazione è l’universalità degli Italiani, affratellati in un patto e viventi sotto una legge comune.” MAZZINI, 1907b, p. 46.

¹⁹⁶ “Convinti che l’Italia può emanciparsi colle proprie forze — che a fondare una Nazionalità è necessaria la coscienza di questa nazionalità, e che questa coscienza non può aversi, ogniqualvolta l’insurrezione si compia o trionfi per mani straniere” MAZZINI, 1907b, p. 52, grifo nosso.

¹⁹⁷ Este projeto pode ser visualizado nas seguintes passagens: “Associazione tendente anzi tutto a uno scopo d’insurrezione, ma essenzialmente educatrice tino a quel giorno e dopo quel giorno, essa espone i principii pe’ quali l’educazione nazionale deve avverarsi, e dai quali soltanto l’Italia può sperare salute e rigenerazione.” (MAZZINI, 1907b, p. 47); e “I mezzi de’quali la Giovine Italia intende valersi per raggiungere lo scopo sono l’Educazione e l’Insurrezione. Questi due mezzi devono usarsi concordemente ed armonizzarsi.” (MAZZINI, op. cit., p. 51-52, grifo do autor).”

defender que as grandes revoluções dependem mais dos princípios que da força e aponta que os direitos e deveres na sociedade surgem a partir de uma profunda consciência, enraizada nas maiorias¹⁹⁸.

Haveria também, no pensamento de Mazzini, a especial participação de homens que, possuindo forte consciência da nacionalidade, guiariam a multidão para que esta pudesse formar uma Nação e, somente recebendo uma educação contínua voltada à unidade, a multidão poderia compor um corpo político (NUZZO, 2012, p. 89). Contudo, apesar de suas recorrentes menções à Nação, Mazzini aponta o Estado como ente político detentor de autoridade¹⁹⁹.

A Nação, no discurso de Mazzini, constitui um meio para atingir um fim mais elevado: “a humanidade”, no discurso dos

¹⁹⁸ “Le grandi rivoluzioni si compiono più coi principii, che colle baionette: dapprima nell’ordine morale, poi nel materiale. Le baionette non valgono, se non quando rivendicano, o tutelano un dritto: e diritti e doveri nella società emergono tutti da una coscienza profonda, radicata ne’più: [...]” MAZZINI, 1907a, p. 75, grifo nosso.

¹⁹⁹ “La Giovine Italia distingue lo stadio dell’insurrezione dalla rivoluzione. La rivoluzione incomincerà quando l’insurrezione avrà vinto. Lo stadio dell’insurrezione, cioè tutto il periodo che si stenderà dall’iniziativa alla liberazione di tutto il territorio italiano continentale, dev’esser governato da un’autorità provvisoria, dittatoriale, concentrata in un piccol numero d’uomini. Libero il territorio, tutti i poteri devono sparire davanti al Concilio Nazionale, unica sorgente d’autorità nello Stato.” MAZZINI, 1907b, p. 53, grifo nosso.

juristas, porém, a nacionalidade foi a ferramenta que permitiria a formação do Estado; entretanto, a passagem da Nação ao Estado, desde o direito das gentes, até a ciência do direito internacional, não se dava de forma simples ou “automática” (NUZZO, 2012, p. 91).

Apesar de sua notória atuação política, Mazzini não era comumente citado pelos juristas da sua época, em realidade, passa a ser mais frequentemente utilizado a partir do século XX, quando se fizeram valer de forma distorcida da carga revolucionária do seu discurso para sustentar um modelo de Estado que já comportava a Nação (NUZZO, 2012, p. 87-88).

Percebe-se que alguns dos elementos do discurso político de Mazzini poderão ser encontrados, ainda que de forma indireta, nos escritos jurídicos de outros autores italianos, em especial a ideia de uma nacionalidade composta de elementos objetivos ou naturais, como língua e etnia e uma consciência coletiva, que ligava os membros destes agrupamentos humanos. Para tanto, observar-se-á a construção do conceito de Nação no pensamento de Pasquale Stanislao Mancini.

2.2 O princípio da nacionalidade de Pasquale Stanislao Mancini e a emergência da nação como sujeito

Ainda em meio ao *Risorgimento*, Pasquale Stanislao Mancini insere um novo elemento capaz de impactar a ordem jurídica e política interna e internacional. Apresentado na preleção “A Nacionalidade como Fundamento do Direito das Gentes”, Proferida na Real Universidade de Turim, em 1851, o Princípio na Nacionalidade tinha como uma de suas principais funções deslocar a Nação para o centro do cenário jurídico internacional, afastando, assim, o Estado desta função.

Para atingir este objetivo, aponta a necessária cientificidade do Direito das Gentes, especialmente naquele período²⁰⁰ (MANCINI, 2003a, p. 37). Confrontando-a com seu itinerário histórico²⁰¹, porém, antes de chegar ao estado atual da ciência, faz referência a Wolf e Vattel²⁰², tratando em especial

²⁰⁰ A questão da cientificidade do Direito das gentes continua sendo tratada ao longo da obra, em especial MANCINI, 2003a, p. 37-39; 41-43.

²⁰¹ A argumentação histórica de Mancini é apresentada em MANCINI, 2003a, p. 39-44.

²⁰² Acerca da nação, pode-se encontrar em Vattel: “Uma nação, um Estado é, como o dissemos desde o início desta obra, um corpo político ou uma sociedade de homens unidos para buscar benefícios e segurança com forças reunidas..” (VATTEL, 2008, p. 157). Há quem considere que a nação possui

deste, aponta que não obstante sua incerteza na aplicação dos princípios, bem como a revolução no pensamento trazida por Kant e Hegel, por conta de sua utilidade prática, seu uso permaneceu comum na Europa (MANCINI, 2003a, p. 44-45).

Como último passo, retoma o pensamento de Giambattista Vico²⁰³, que se propôs a traçar uma nova ciência, que se concretizaria por meio da Filosofia da História e de seus esforços em delinear os princípios do Direito Natural dos Povos, através de elementos – morais, políticos e jurídicos – que seriam comuns a todas as nações (MANCINI, 2003a, p. 46-47).

Mancini prossegue em sua preleção, visando demonstrar as características da Nação que a classificariam como um fato natural, independente do tempo ou do espaço

(MANCINI, 2003a, p. 54); tais características (região, raça, língua, costume, história, lei e religião) compõem, portanto, a própria natureza de um povo, gerando entre os membros de uma mesma Nação uma afinidade maior que aquela existente entre pessoas de nações distintas, tendo por consequência “[...] uma comunhão de direito criada de modo mais íntimo, impossível de existir entre indivíduos de nações diferentes.” (MANCINI, 2003a, p. 53).

A presença destes elementos constitutivos da nacionalidade não é, contudo, suficiente para dar vida à Nação, faz-se ainda necessário um último componente capaz de fornecer o espírito necessário a animar tais partes (MANCINI, 2003a, p. 60-61), a resposta é dada pelo autor:

[...] ele é a consciência da nacionalidade, o sentimento que ela adquire de si mesma e que a torna capaz de se constituir internamente e de se manifestar externamente. Multiplicai quanto quiserdes os pontos de contato material e exterior no meio de uma agregação de homens. Estes não formarão jamais uma nação sem a unidade moral de um pensamento comum, de uma idéia predominante que faz de uma sociedade o que ela é porque nela se realiza (MANCINI, 2003a, p. 61).

especial relevância no pensamento de Vattel, sendo apresentada como sujeito: “Uma profunda Inspiração ética, contudo, está presente não só na individualização da *‘Nation’* soberana como ‘sujeito’ do direito internacional, mas também na solução vatteliana do problema da guerra justa.” (MANCUSO, 2014, p. 204); dentre as principais críticas ao pensamento de Vattel no século XIX e primeiras décadas do XX, seria por conta de uma interpretação na qual “[...] a ‘razão do Estado’ tira qualquer possível nexos entre ética e direito internacional, enfatizando o caráter absoluto da soberania estatal.” (MANCUSO, op. cit. p. 205-206).

²⁰³ Dentre as principais influências do pensamento de Vico em Mancini, pode-se apontar o próprio conceito de Nação apresentado por Mancini, em especial sua divisão em dois planos, um material e outro moral; ainda acerca das influências do pensamento de Vico na teoria manciniana, DAL RI JR., 2014, p. 258-260.

Nota-se, portanto, que o fenômeno da nacionalidade faz-se dependente de duas sortes de elementos: os de origem objetiva ou natural, compostos pela região, raça, língua, costume, história, lei e religião, bem como os de origem subjetiva ou moral, que se personificam na consciência da nacionalidade²⁰⁴.

Somente então Mancini reúne os argumentos necessários para uma definição completa de nacionalidade:

As coisas ditas até aqui já mostram abertamente em que consiste uma nacionalidade. Elas nos dão razão em reconhecer nela uma *sociedade natural de homens com unidade de território, de origem, de costumes e de língua, configurados numa vida em comum e numa consciência social*. Disso decorre que nada é mais fácil que demonstrar a legitimidade, bem como que a conservação e o desenvolvimento da nacionalidade se tornam para os homens não somente um direito mas um dever jurídico (MANCINI, 2003a, p. 62-63, grifo do autor).

²⁰⁴ Ainda sobre a “consciência da nacionalidade”, Mancini irá desenvolver este conceito em uma futura preleção, de 1872, intitulada “A Vida dos Povos Na Humanidade”, na qual, após fazer menção aos elementos objetivos, afirma: “[...] e que cada nação deva também ter necessariamente, como espírito vivificador destes elementos materiais, a consciência do próprio ser distinto e da própria diversidade das outras nações, é um fato antropológico que cai sob a observação dos sentidos e da experiência e é ao mesmo tempo um fato universal da consciência de toda a humanidade.” MANCINI, 2003b, p. 98.

Cabe, neste momento, fazer uma consideração acerca de que um dos limites internos da teoria da nacionalidade diz respeito ao surgimento dos sujeitos, que não ocorre de forma imediata, não bastando, assim, tão somente a constatação da reunião dos requisitos objetivos: faz-se necessário que o elemento volitivo – que se demonstra por meio da consciência social - esteja presente para que, apenas então, surja a Nação.

Surgem como manifestação das relações jurídicas geradas a partir da nacionalidade duas consequências: “a livre constituição interna da nação” e “sua autonomia independente com relação às nações estrangeiras” (MANCINI, 2003a, p. 64). O objetivo final de Mancini não se encerra, contudo, tão somente na defesa da nacionalidade – e, conseqüentemente, da sua constituição interna e autonomia externa – será, então, proposta a reconfiguração da subjetividade jurídica no plano internacional, como se pode observar:

Não basta ter colocado bases sólidas e inconcussas ao direito do livre e harmonioso desenvolvimento das nacionalidades. Ora, torna-se necessário demonstrar que nesse direito está a raiz e o fundamento verdadeiro e primeiro de todos os demais direitos entre as nações, melhor, seu compêndio. Em outros termos, **trata-se de mostrar que na gênese**

dos direitos internacionais a Nação e não o Estado representa a unidade elementar, a mônade racional da ciência (MANCINI, 2003a, p. 67, grifo nosso).

Feita a proposta de um novo protagonista no cenário internacional, emerge a crítica ao modelo constituído, com o Estado como sujeito, que resulta na sobreposição do governo à Nação e, conseqüentemente, a um Direito das Gentes que se constituiria na lei natural dos Estados, mas não dos povos (MANCINI, 2003a, p. 67).

Já ao final da preleção, Mancini procura tornar certa sua preocupação, na gênese do conceito, de evitar que a aplicação do princípio da nacionalidade pudesse levar a práticas egoístas ou exclusivistas, que permitissem a uma Nação taxar as outras como naturalmente bárbaras ou inimigas. Assim: “Se a nacionalidade, como sujeito de Direito conserva a si mesma, elevada depois a objeto do Direito se torna de todo impessoal e impõe o respeito de seu ser em qualquer parte que esteja representada pelos elementos primeiros e substanciais de que sua idéia se compõe.” (MANCINI, 2003a, p. 80). Deste modo, o princípio da nacionalidade não poderia ser respeitado de outra forma se não através da igual inviolabilidade e proteção das nações (MANCINI, 2003a, p. 80).

Observa-se, portanto, com Mancini, a ruptura com um discurso exclusivista do Estado como sujeito de direito, que passa a ser tratado como um ente artificial, fruto de uma abstração de inspiração contratualista para legitimar as injustiças da conquista²⁰⁵.

Ao mesmo tempo, tem-se o surgimento de uma nova proposta que, baseada na observação da realidade e na história, encontra no Princípio da Nacionalidade – e, conseqüentemente, na Nação – a base para um Direito Internacional científico, não mais conduzido pelos arbítrios dos homens ou dos Estados, mas que se comporte em conformidade com a natureza moral.

A possibilidade da Nação ser, ao mesmo tempo, um corpo político e sujeito de direitos na ordem internacional, proporciona o embasamento necessário para que a península itálica possa emancipar-se do domínio dos Estados que violariam o Princípio da Nacionalidade (mais precisamente a “livre constituição interna da Nação”) ao impedir que ela se organize de forma autônoma.

²⁰⁵ A argumentação histórica, com a contraposição entre nacionalidade e Estado (apresentado como um fruto da conquista) pode ser encontrada em MANCINI, 2003a, p. 70-76.

O pensamento de Mancini foi alvo de muitos estudos e, por consequência, também de muitas críticas²⁰⁶, razão que talvez explique o porquê da sua preleção do ano seguinte, 1852, intitulada “Características do Velho e do Novo Direito das Gentes” dedicar-se a responder algumas dessas oposições – em especial daqueles que Mancini chama de “utopistas humanitários” e “diplomatas da força” (MANCINI, 2003c, p. 96 *et seq.*).

2.3 Conciliação entre o princípio da nacionalidade e o Estado em Terenzio Mamiani

Com o fim de demonstrar como se deram algumas destas críticas, apresenta-se o pensamento de dois autores que, junto com Mancini, marcaram a Escola Italiana de Direito Internacional: Terenzio Mamiani que aceita o Princípio da

²⁰⁶ Notavelmente, “O jurista italiano, contudo, deixou algumas lacunas abertas na formulação da sua teoria que, também devido ao fato de em grande parte ter sido apresentada ao público através de discursos parlamentares, acabou por gerar infinitas críticas e desconfianças. Entre as críticas movidas pelos demais doutrinadores de direito internacional no período, encontravam-se aquelas ligadas à dificuldade em delinear o que seria propriamente a ‘Nação’, não mais enquanto entidade antropológica, mas sim enquanto sujeito do direito internacional.” (DAL RI JR., 2006, p. 82).

Nacionalidade, mas não a proposta da Nação como sujeito e, Pasquale Fiore, que adere ao Princípio da Nacionalidade em um primeiro momento, mas que, posteriormente, opõe-se a ele.

Ainda em solo italiano, um dos primeiros responsáveis pelas críticas – e também contribuições – ao Princípio da Nacionalidade foi Terenzio Mamiani, que defendia o Estado como sujeito do Direito Internacional.

Pode não ser esta, contudo, a primeira impressão que se obtém ao observar a obra “*D’un nuovo diritto europeo*” (1859), na qual Mamiani dedica espaço especial para tratar da nacionalidade²⁰⁷.

O termo Estado é primeiramente definido pelo autor: “[...] o Estado é certa congregação de famílias a qual proporciona com leis e tribunais o próprio benefício e a própria tutela; de modo que sejam competentemente realizados os fins gerais da sociedade e particulares dessa congregação.” (MAMIANI, 1859b, p. 13, tradução nossa).

O Estado é apresentado como pessoa moral, “indivíduo perfeito da grande cidade universal”, diferenciando-se de seus pares pelas famílias que o constituem, marcadamente pela

²⁰⁷ Trata-se do capítulo IV “*Della nazionalità*” MAMIANI, 1859b, p. 40-59.

assídua cooperação, último grau da conjunção e reciprocidade social, com especial relação com o território, a linhagem e outras contingências – tais contingências são os elementos objetivos que compõem a nacionalidade (MAMIANI, 1859b, p. 14-15; 17). Logo a seguir, faz a ressalva de que o Estado não se constitui apenas da continuidade do solo e dos habitantes, mas também das mentes e ânimos (MAMIANI, 1859b, p. 15). Mais que isso, o Estado se funda no concurso de pensamentos e vontades (MAMIANI, 1859b, p. 15).

Nota-se que, neste ponto, Mamiani parece empregar na sua construção do conceito de Estado os principais elementos que também constituem a Nação para Mancini, distinguindo-se especialmente por uma maior ênfase ao elemento volitivo e a certo finalismo (busca do bem comum, progresso e aperfeiçoamento humano).

Ao tratar da nacionalidade, Mamiani parece sugerir ser a Nação um sujeito de direito, ao afirmar: “Predileta obra das mãos de Deus são as nações.” (MAMIANI, 1859b, p. 40, tradução nossa), e segue “Em processo de tempo e com o amadurecimento da civilização apenas as nações parecem constituir os indivíduos verdadeiros e potentes da grande família humana.” (MAMIANI, 1859b, p. 40, tradução nossa).

A reunião de certas características como uma mesma língua, arte e da literatura comuns, usos e tradições, acaba por gerar entre os povos a “mais alta reciprocidade de faculdades e privilégios” (MAMIANI, 1859b, p. 40-41).

Defronta-se com os críticos ao princípio da nacionalidade, que buscam negar sua existência argumentando que nenhum Estado europeu é perfeitamente homogêneo em suas características (MAMIANI, 1859b, p. 43-44). Rechaça esta posição, argumentando que o princípio da nacionalidade pode melhorar a estabilidade dos Estados, tornando-os “mais perfeitos”, e conclui afirmando que a autonomia certa e legítima decorre da própria nacionalidade, que, pela própria natureza, “nasce pronta” (MAMIANI, 1859b, p. 44-47).

Apesar de defender o princípio da nacionalidade, em meio às possíveis oposições entre Estado e Nação, Mamiani é claro ao afirmar: “os Estados são a verdadeira unidade moral e autonomia perfeita e imprescritível.” (MAMIANI, 1859b, p. 52, tradução nossa).

Um conceito de Nação somente é apresentado pelo autor no manuscrito “*Dell’ottima congregazione umana e del principio di nazionalità*” presente no apêndice da obra, do qual se extrai a seguinte passagem:

De modo que o germe [das congregações federativas] se encontra vigorosíssimo nas nações; isto é, naquele corpo coletivo das gentes que residem nos mesmos lugares, com certas fronteiras quase marcadas pela mão de Deus, quais sejam os grandes rios ou cadeias de alpes ou o mar; e mais, ocorrerá de falarem a mesma língua e se reconhecerem saídos da mesma raça, ou, mesmo que originados de raças diversas, no entanto confundidas numa só ao longo dos séculos; e, finalmente, juntam-se e se unem espiritualmente com uma mesma espécie de tradições, de letras, de arte, de religião, de índole, de inclinação, de costumes, de intenções e de fins (MAMIANI, 1859a, p. 383, tradução nossa).

Percebe-se que a definição de Nação, além de ser muito próxima daquela proposta por Mancini, aparenta englobar o conceito de Estado anteriormente apresentado. Parece questionável, neste sentido, até que ponto a definição de Estado proposta por Mamiani é mais precisa – ou menos vaga – que o conceito de Nação adotado por Mancini.

2.4 Críticas e considerações ao princípio da nacionalidade em Pasquale Fiore

Observa-se que muito embora o Princípio da Nacionalidade tenha sido de especial importância para a doutrina italiana, trata-se de uma concepção longe de ser perfeita. Uma das principais lacunas apresentadas pelos autores que tentaram defendê-lo foi apresentar um conceito bem definido que permitisse a um observador rapidamente “olhar para realidade” e identificar uma Nação.

Esta falta de precisão parece ter sido percebida por outro jurista italiano, Pasquale Fiore²⁰⁸, que na sua obra “*Nuovo diritto internazionale pubblico*” apresenta as oposições doutrinárias acerca do princípio da nacionalidade, dividindo-as em dois grandes grupos, buscando posicionar-se entre elas (DAL RI JR., 2014, p. 268-269).

Assim como Mancini e Mamiani, Fiore também inicia sua obra com uma abordagem histórica do Direito Internacional, na qual aponta que, sem os conceitos de autonomia, de independência, de igualdade, de personalidade das nações, não se poderia ter o desenvolvimento da ciência do Direito Internacional, historicamente marcado pelo incremento da personalidade e autonomia nacional (FIORE, 1865, p. 10; 16).

²⁰⁸ Acerca de Pasquale Fiore, ver KOSKENNIEMI, 2004, p. 54-57.

Com relação especificamente à Nação, na visão de Fiore ao tentar determinar “quais são os elementos que a constituem, nós encontramos duas escolas opostas que querendo ser exclusivas, estimamos como falsas e exageradas.” (FIORE, 1865, p. 45, tradução nossa).

A primeira destas escolas defenderia que a Nação resultaria, necessária e fatalmente, da reunião dos elementos de ordem geográfica, como território, etnológicos (raça), físicos e morais – unidade de língua, de usos e costumes, de religião (FIORE, 1865, p. 45). A segunda, sem se dar conta da afinidade das raças, ou das fronteiras naturais, ignora completamente a personalidade jurídica internacional da Nação (que, como apontado, corresponde a um dos fundamentos da ciência do direito internacional para Fiore) e consideram ser a Nação apenas a reunião de homens em um mesmo território submetidos às mesmas leis, conclui afirmando que esta escola confunde a Nação com o Estado (FIORE, 1865, p. 45).

Só então Fiore apresenta sua posição, considerando “que a verdade está no justo meio” em relação às duas anteriores, pois, de um lado, as diferenças entre as nações não é apenas a divisão mecânica de um fato primordial, de outro, não se pode aceitar que qualquer associação humana, com raças,

línguas, e religiões diferentes, unidos pela vontade ou pela força, tenha a mesma autoridade de uma Nação (FIORE, 1865, p. 45).

Quanto elementos constitutivos da Nação, reforça o seu caráter incidental (mesmo do território e da língua, fortemente presente nos autores precedentes), afirmando que a nacionalidade não pertence absolutamente à ciência, sendo necessário buscar outro fundamento para ela – que também não poderia ser a política, tampouco a força (FIORE, 1865, p. 46-49).

Partindo dos princípios da afinidade e homogeneidade, que estabelecem os laços morais entre os membros das associações humanas, emerge como fundamento da Nação a consciência da nacionalidade, que possibilita a unidade moral desta associação (FIORE, 1865, p. 50). Reforça a impossibilidade de outros critérios serem utilizados para definir a nacionalidade:

Não é o governo, os diplomatas, os publicistas, nem os Etnólogos, os filósofos, ou os historiadores que podem delinear as fronteiras das nações, uma vez que estas são determinadas por certos instintos primitivos, por certas aspirações misteriosas, da tendência natural que alguns povos possuem de se reunir com outros (FIORE, 1865, p. 51, tradução nossa).

Assume, porém, a importância dos elementos exteriores como capazes de influir nos princípios de afinidade e homogeneidade, de modo que mesmo não podendo constituir a nacionalidade, melhoram sua estabilidade (FIORE, 1865, p. 51).

Chega, finalmente, a conclusão (e conceito) que “por nação entendemos uma livre e espontânea associação de pessoas por uniformidade de sangue, de língua e de atitudes, e por afinidade de gênio civil, de temperamento, de vocação, aptos e predestinados à máxima união social.” (FIORE, 1865, p. 52, tradução nossa). Percebe-se que, ao menos em estrutura, a definição de Nação proposta não se distingue daquelas de Mancini e Mamiani, preservando a concorrência de elementos objetivos e subjetivos para sua formação.

Porém, em nova edição de sua obra, publicada em 1879, Fiore muda drasticamente de opinião, afirmando que os defensores do princípio da nacionalidade não conseguem entrar em consenso acerca dos elementos constitutivos da Nação, tornando a teoria perigosa e susceptível a diversas aplicações (DAL RI JR., 2014, p. 272). Passa, ainda, a sustentar que são os Estados que vivem em uma comunhão de direito, e que a Nação precisa se organizar politicamente na forma de Estado para adquirir personalidade jurídica (DAL RI JR., 2014, p. 272-273).

Esta mudança de posição do autor contribui para sustentar que o princípio da nacionalidade, antes tido como base do discurso jurídico italiano com relação à questão da subjetividade jurídica internacional, neste momento (ou a partir deste momento) já se encontrava em crise.

3. O discurso da nacionalidade na doutrina francesa

Este itinerário não foi, contudo, exclusivo da experiência jurídica italiana, diante do impacto da unificação da Itália, juristas de diversos países puseram-se a explicar o fenômeno da nacionalidade e, por consequência, da subjetividade jurídica internacional ao longo de todo século XIX.

Joseph Proudhon, em sua obra “*Si les traités de 1815 ont cessé d’exister*”, publicada em 1863, dedica um capítulo para tratar do princípio da nacionalidade e a experiência italiana. Embora aponte que uma construção voltada a unir os diversos povos com base em características comuns possa se passar por excelente, afirma eu acima dos acidentes do solo e da variabilidade das raças, encontra-se o Direito. (PROUDHON, 1863, p. 55).

Argumenta, ainda, que a liberdade política é mais importante que tais características, citando como exemplo o caso da Alsácia, da Córsega e da Suíça (PROUDHON, 1863, p. 56).

Ainda dentre os debates doutrinários mais relevantes, destaca-se aquele travado por Theodor Mommsen e Fustel de Coulanges, acerca da disputa – que resultou em guerra – entre Alemanha e França pela região da Alsácia-Lorena.

A oposição entre os autores foi enfrentada pelo francês, ao publicar “*L’Alsace est-elle allemande ou française? Réponse à M. Mommsen.*”, alegando que as cartas enviadas por Mommsen ao povo italiano, publicadas no jornal de Milão, constituíam um verdadeiro manifesto contra a nação francesa, critica veementemente a possibilidade de que a Prússia estivesse realizando uma guerra defensiva, embora “aplauda” os sentimentos do professor alemão em favor da paz e do bom direito, afirma que a Alemanha tenta resolver a disputa pela força e não pelo direito (FUSTEL DE COULANGES, 1870, p. 3-5).

Afirma, ainda, que pela região da Alsácia falar alemão, Mommsen recorre ao princípio da nacionalidade, mas que este era entendido pela Alemanha de forma diversa que em toda Europa, permitindo que um Estado forte tomasse qualquer província, alegando que ela seria constituída da mesma raça que

aquele Estado, mas que no restante da Europa ele permite que uma província e sua população não precisem obedecer a um mestre estrangeiro e, portanto, a região da Alsácia poderia voluntariamente se libertar, mas não ser anexada pela força (FUSTEL DE COULANGES, 1870, p. 5-7), o princípio da nacionalidade seria um direito para os fracos e não um pretexto para os ambiciosos (FUSTEL DE COULANGES, 1870, p. 7). No restante de sua obra, dedica-se a demonstrar a qual nacionalidade pertenceria a Alsácia e quem seriam os estrangeiros, contrapondo os critérios de uma raça e língua a uma história comum (FUSTEL DE COULANGES, op. cit., p. 8-10; 14), concluindo que uma Nação é formada por uma “comunhão de ideias, de interesses, de afeições, de memórias e de esperanças”²⁰⁹, e, portanto, para população da Alsácia a pátria é França e os estrangeiros são a Alemanha (FUSTEL DE COULANGES, 1870, p. 11). Conclui, ainda, que há um direito público de uma população pertencer a um governo e as instituições que livremente aceitaram e fazer parte de um Estado por uma vontade e consciência livre, muito mais claro

²⁰⁹ “[...] communauté d'idées, d'intérêts, d'affections, de souvenirs et d'espérances.” FUSTEL DE COULANGES, op. cit., p. 10.

que um pretense princípio de nacionalidade (FUSTEL DE COULANGES, 1870, p. 14-15).

4. Considerações finais

Ao fim desta análise, observou-se que o cenário político europeu durante o século XIX encontrava-se em ebulição, com diversas transformações políticas modificando as fronteiras dos Estados, resultando em solo fértil para construções teóricas aptas a legitimar os diversos interesses envolvidos.

Foi Mancini que, por meio do Princípio da Nacionalidade, conferiu à Nação forma jurídica, deslocando-a de um espaço periférico no qual sua existência era condicionada ao Estado, para lhe conceder o protagonismo como sujeito e objeto de um novo Direito Internacional, então científico.

O pensamento de Mancini, não foi, entretanto, de todo aceito. Os debates acerca do Princípio da Nacionalidade fazem emergir a Escola Italiana de Direito Internacional. Nela, era possível encontrar autores que, mesmo acolhendo o Princípio da Nacionalidade, defendiam o Estado como sujeito de direito

internacional, sendo a nacionalidade um elemento que lhe traria maior estabilidade e “perfeição”.

O Princípio da Nacionalidade, concebido por Mancini, entretanto, deixa de integrar a base dos discursos, sendo, em alguma medida, até mesmo combatido. Como visto, Mamiani aceita apenas em parte a proposta de Mancini, já Fiore, em um segundo momento, aponta para imprecisão e para os perigos deste pensamento. A construção de Mancini, deste modo, acaba por se tornar, ainda no século XIX, mais uma referência histórica ou um instrumento retórico, que um instituto jurídico potencialmente eficaz.

Isto não implica, porém, no abandono deste discurso, como se fez notar também a doutrina francesa, frente aos acontecimentos do mesmo período, produziu importantes trabalhos com o objetivo de esclarecer o lugar da Nação na questão da subjetividade jurídica internacional.

Assim, Joseph Proudhon apresenta uma crítica ao conceito de Nação da doutrina italiana, afirmando que o projeto de unificação da península itálica corresponderia a destruição de outros corpos políticos independentes nela contidos.

Fustel de Coulanges (em resposta a Theodor Mommsen), por ocasião da disputa pela região da Alsácia-

Lorena, apresenta crítica à interpretação alemã do princípio da nacionalidade, enfatizando a prevalência de uma história comum e de uma comunhão de ideias à presença de elementos objetivos como a língua e a etnia.

Por fim, Ernest Renan, já em 1882, aponta para os elementos históricos (um passado e um presente comuns) e culturais como os requisitos essenciais de uma nação, reservando aos critérios objetivos função residual. Dentre os principais resultados desta pesquisa, destaca-se a percepção de que o discurso acerca da subjetividade jurídica no plano internacional, por alguns autores concedida à Nação, por outros ao Estado (apesar da variabilidade do conteúdo destes conceitos) podem ser fortemente relacionados com diversas transformações políticas que ocorriam na Europa ao longo do século XIX.

5. Referências

BIAZI, Chiara Antonia Sofia Mafrica. **Representações do Princípio de Nacionalidade na Doutrina Internacionalista do Século XIX na Construção do Princípio de Autodeterminação dos Povos: Continuidades e Rupturas em um Discurso Liberal** Dissertação (Mestrado) - Universidade

Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2014.

BLOCH, Marc Leopold Benjamin. **Apologia da História ou o Ofício de Historiador**. Tradução: André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 2001.

COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia: ensaios de história do pensamento jurídico**. Curitiba: Juruá, 2010.

DAL RI JR, Arno. **A Nação Contra o Estado**. A Ciência do Direito Internacional no “Risorgimento” Italiano. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Org.). **Anuário Brasileiro de Direito Internacional**. – v.1, n.1, 2006 – Belo Horizonte: CEDIN, 2006. p. 69-97.

DAL RI JR., Arno, **Pasquale Stanislao Mancini**. In: DAL RI JR., Arno; VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara; LIMA, Lucas Carlos (Orgs.). **A Formação da Ciência do Direito Internacional**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014, p. 253-284.

DAL RI JR, Arno. **Polêmicas doutrinárias entre Itália e França sobre o Princípio das Nacionalidades no Direito Internacional do Século XIX**. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **As formas do direito: ordem razão e decisão** (experiências jurídicas antes e depois da modernidade). Curitiba: Juruá, 2013. p. 135-178.

FIORE, Pasquale. **Nuovo diritto internazionale pubblico** secondo i bisogni della civiltà moderna. Milano: Presso la Casa Editrice e Tipog. Degli Autori-Editori, 1865.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **L'Alsace est-elle allemande ou française?** Réponse à M. Mommsen. E. Dentu, Libraire-Éditeur: Paris. 1870.

GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval.** Tradução de Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

GROSSI, Paolo. **Da Propriedade as Propriedades e outros ensaios.** Tradução: Luis Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade.** 2. ed. Tradução de Arno Dal Ri Júnior – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento.** Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HOBSBAWM, Eric. **Nações e nacionalismo desde 1780: programa, mito e realidade.** Tradução de Maria Cella Paoll e Anna Maria Quirino. Rio de Janeiro: Terra e Paz, 1990.

KOSKENNIEMI, Martti. **The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960.** Cambridge University Press, 2004.

MANCINI, Pasquale Stanislao. **A Nacionalidade como Fundamento do Direito das Gentes** – Preleção ao curso de Direito Internacional e Marítimo, proferida na Real Universidade de Turim no dia 22 de janeiro de 1851. In: MANCINI, Pasquale Stanislao. **Direito Internacional.** Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003a [Coleção clássicos do direito internacional].

MANCINI, Pasquale Stanislao. **A Vida dos Povos na Humanidade** – Preleção ao Curso de Direito Internacional Público, Privado e Marítimo Proferida na Universidade de Roma no dia 23 de janeiro de 1872. In: MANCINI, Pasquale Stanislao. **Direito Internacional.** Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003b [Coleção clássicos do direito internacional].

MANCINI, Pasquale Stanislao. **Características do Velho e do Novo Direito das Gentes** – Preleção ao curso acadêmico do ano de 1852, proferida na Real Universidade de Turim. In: MANCINI, Pasquale Stanislao. **Direito Internacional.** Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003c [Coleção clássicos do direito internacional].

MANCUSO, Francesco. **Emerich de Vattel.** In: DAL RI JR., Arno; VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara; LIMA, Lucas Carlos (Orgs.). **A Formação da Ciência do Direito Internacional.** Ijuí: Ed. Unijuí, 2014, p. 201-250.

MAMIANI, Terenzio. **Dell'ottima congregazione umana e del principio di nazionalità.** In: MAMIANI, Terenzio. **D'un nuovo diritto europeo.** Tipografia di Gerolamo Marzorati: Torino, 1859a, p. 359-443.

MAMIANI, Terenzio. **D'un nuovo diritto europeo**. Tipografia di Gerolamo Marzorati: Torino, 1859b.

MAZZINI, Giuseppe. **Manifesto della Giovine Italia**, in MAZZINI, Giuseppe. **Scritti Editi ed Inediti**. Imola: Cooperativa tipografico-editrice P. Galeati, vol. II, 1907a, p. 75-82.

MAZZINI, Giuseppe. **Istruzione generale per gli affratellati nella Giovine Italia**, in MAZZINI, Giuseppe. **Scritti Editi ed Inediti**. Imola: Cooperativa tipografico-editrice P. Galeati, vol. II, 1907b, p. 45-56.

NUZZO, Luigi. **Origini di una Scienza: Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo**. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2012.

PROUDHON, Joseph. **Si les traités de 1815 ont cessé d'exister?** Paris: E. Dentu, Libraire-Editeur, 1863.

VATTEL, Emmerich de. **Direito das Gentes** ou Princípios da Lei Natural Aplicados à Condução e aos Negócios das Nações e dos Governantes. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2008.

A DECADÊNCIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E A INCONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE ACERCA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 817.338

Willian Nunes Rossato^{210}*

Resumo: A ideia do presente artigo cinge-se à análise da decadência dos atos administrativos diante de sua inconstitucionalidade. Dito isto, o presente estudo se pauta no mérito do Recurso Extraordinário nº 817.338 – pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal – que discute a possibilidade de um ato administrativo, caso evidenciada a violação direta do texto constitucional, ser anulado pela Administração Pública quando decorrido o prazo decadencial previsto no artigo 54 da Lei nº 9.784/1999²¹¹. Por meio de investigação dos discursos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, buscou-se compreender a extensão do poder-dever que a Administração Pública detém de anular seus

^{210*} Acadêmico do Curso de Graduação em Direito da UFSC.

²¹¹ Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

próprios atos, bem como os efeitos que da decadência exsurtem sobre aqueles atos tidos como nulos, anuláveis e inconstitucionais. Ainda, cumpre observar a importância que a perquirição de julgados semelhantes para a resolução do Recurso Extraordinário nº 817.338 trouxe a este estudo. Não tanto pelas semelhanças que os acórdãos colacionados guardam consigo, mas, principalmente, por suas diferenças. Por conseguinte, esta análise permitiu concluir que, ante as particularidades do caso em comento, e a ausência de precedentes reais a seu respeito, o Recurso Extraordinário nº 817.338 será o primeiro litígio em que o Supremo Tribunal Federal enfrentará, verdadeiramente, o conflito entre segurança jurídica e segurança do direito: a tutela da confiança versus o império da ordem constitucional posta.

Palavras-chave: decadência; Supremo Tribunal Federal; inconstitucionalidade; direito adquirido; segurança jurídica.

Abstract: The idea of the presente article is restricted to analyse the decadence of the administrative acts before its manifest unconstitutionality. That said, this study is guided on the merits of the Extraordinary Appeal nº 817.338 – pending of judgment by the Supreme Court – which discusses the possibility of na administrative act, once evidenced direct violation of the Constitution, be annulled by the Public Administration when

elapsed the decadencial period provided by the article 54 of the Law nº 9.784/1999. Through the investigation of doctrinal and jurisprudential discourse on the subject, sought to understand the extention of de power-duty that the Public Administration has to annul its own facts, and the effects that emegers from the decadence of those acts considered as voids, voidable and unconstitutional. Even more, it's necessary to observe the importance that the perquisition of similar trials, for the resolution of the Extraordinary Appeal nº 817.338, brings to this study. Not for the similarities existing between them, but, more importante, their diferences. Thus, this research allows to conclude that, in front of the particularities of this case, and the absence of real precedents abou it, the resolution of the Extraordinary Appeal nº 817.338 will be the first opportunity to the Supreme Court to truly face the conflict between legal certainty and the security of the law: the protection of confidence versus the rule of constitutional order.

Keywords: decadence; Supremo Tribunal Federal; unconstitutionality; vested right; legal certainty.

1. Introdução

Encontra-se pendente de julgamento, junto ao Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário nº 817.338. No caso em comento, entre outros méritos, a suprema corte decidirá se a Administração Pública detém o direito de anular seus próprios atos – quando inconstitucionais – mesmo depois de decorrido o

prazo decadencial de 5 (cinco) anos previsto no artigo 54 da Lei 9.784/99.

Os fatos remontam a ditadura militar de 1964, mais precisamente em outubro deste mesmo ano, 6 (seis) meses após a ascensão das cortes marciais ao poder. Ante o conturbado cenário político que se desenhava²¹², e como forma de coibir possíveis movimentos contrarrevolucionário organizados por militares alinhados ao ex-presidente João Goulart, o Ministério da Aeronáutica expediu a Portaria nº 1.104/64, determinando a exclusão dos cabos da força aérea com mais de 08 (oito) anos de serviço²¹³.

²¹² “Medidas tomadas pelos militares vitoriosos em 1964 implementaram reformas organizacionais que retomavam o ideal de Góis de imunizar as Forças Armadas contra as divisões políticas. Além dos expurgos dos opositores, intensificou-se o controle hierárquico e ideológico sobre os oficiais, expandiram-se os serviços de inteligência, reformou-se o sistema de promoção e reforma, de modo a impedir a permanência, por muito tempo, de oficiais na ativa no mesmo posto” (CARVALHO, José Murilo. “Vargas e os Militares: aprendiz de feiticeiro”. In: D’ARAÚJO, M^a Celina (org.). *As Instituições Brasileiras da Era Vargas*. Rio de Janeiro: Editora da Universidade do Estado do Rio de Janeiro/Editora da Fundação Getúlio Vargas, p. 80)

²¹³ Imediatamente anterior a Portaria nº 1.104, “a Portaria nº 1.103 de 08 de outubro de 1964 tratava da expulsão de cabos e tarifeiros integrantes da diretoria da ACAFAB das fileiras da FAB; a portaria 1.104, sob a superficialidade de administrativismo, afasta preventivamente praças, cabos e sargentos que de outra forma não poderiam ser expulsos, em face da estabilidade; por sua vez, imediatamente posterior, a portaria nº 1.105 substituiu um oficial encarregado de um IPM tratado na Portaria nº 773 (que, por sua vez, versava sobre atividades comunistas e subversivas levadas a

Quase 40 (quarenta) anos depois, no ano de 2002, após amplo debate junto aos salões da Comissão de Anistia, do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal, a Portaria nº 1.104/64 foi reconhecida como ato de exceção de caráter exclusivamente político, motivo pelo qual a Comissão de Anistia editou a Súmula Administrativa nº 2002.07.0003²¹⁴. Ato contínuo, em 09 de dezembro de 2003, um ano após a edição do mencionado conhecimento sumular, a Comissão de Anistia emitiu a Portaria nº 2.340, que reconheceu Nemis da Rochas, ora recorrido, como anistiado político.

Em 2011, contudo, por meio da nota nº 317/2011 do GTRI (Grupo de Trabalho Interministerial), a Administração Pública concluiu pela necessidade de abertura de processo de anulação da anistia concedida, tendo em vista a ausência de elementos comprovadores da perseguição política, requisito

cabo no cluue dos suboficiais e sargentos da Aeronáutica). A sequencia das portarias editadas já sob a égide do estado autoritário reflete fortemente o ambiente político social em que foram editadas e o real motor ideológico de suas elaborações” (Parecer Final: revisão e anulação de portarias ministeriais ex-cabos da FAB atingidos pela portaria nº 1.104-GM3/1964. Brasília, dezembro de 2010, p. 55)

²¹⁴ Súmula Administrativa nº 2002.07.0003: A Portaria nº 1.104, de 12 de outubro de 1964, expedida pelo Senhor Ministro de Estado da Aeronáutica, é ato de exceção, de natureza exclusivamente política.

alegadamente indispensável para a concessão de anistia política nos termos do artigo 2º da Lei nº 10.559/2002²¹⁵.

Isso posto, em 2012, após ter sido concedido o contraditório ao recorrido, o Ministério da Justiça, por meio da Portaria nº 1.960, entendeu por anular a Portaria Ministerial nº 2.340 da Comissão de Anistia sob os seguintes fundamentos: (i) a Portaria nº 1.104/64 não poderia ter sido considerada como um ato de exceção em termos abstratos, dissociado do panorama factual, notadamente quando o reconhecimento da condição de anistiado político ao cidadão cujo comportamento fosse antagônico em relação à doutrina instalada no poder; (ii) a Portaria nº 2.340 da Comissão de Anistia não avaliou os fatos que poderiam evidenciar e comprovar a motivação política, como ato de exceção, ensejador do desligamento do recorrido dos quadros da Força Aérea Brasileira; (iii) do contexto fático probatório colacionado pelo recorrido em processo administrativo, não se verificou quaisquer indícios de que tenha sofrido perseguição política; (iv) a violação direta à Constituição

²¹⁵ Art. 2º São declarados anistiados políticos aqueles que, no período de 18 de setembro de 1946 até 5 de outubro de 1988, por motivação exclusivamente política foram:

das portarias que ensejaram a concessão de anistias políticas com fundamento exclusivo na Portaria nº 1.104/64.

Em sua defesa, o recorrido, Nemis da Rocha, impetrou mandado de segurança alegando, entre outros, que o poder/direito da Administração Pública em ver anulados seus próprios atos ante seus supostos vícios, havia sido fulminado pela decadência. Tese esta que restou acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça²¹⁶, porquanto “Eventual equívoco da Comissão de Anistia ao editar a Súmula Administrativa 2002.07.0003 importaria em mera ofensa indireta à Constituição Federal, o que não desafia exame de (in)constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e, muito menos, por esta Corte”.

²¹⁶ MANDADO DE SEGURANÇA. REVISÃO DE ANISTIA CONCEDIDA COM BASE NA PORTARIA 1.104-GMS/1964. DECADÊNCIA DO ATO DE ANULAÇÃO. NOTAS E PARECERES DA AGU QUE NÃO SE PRESTAM À CARACTERIZAÇÃO DE MEDIDA IMPUGNATIVA NOS TERMOS DO § 2º DO ART. 54 DA LEI 9.784/99. MATÉRIA EXAMINÁVEL NA VIA MANDAMENTAL. AFRONTA AO ART. 8º DA CF/88. VIOLAÇÃO REFLEXA. PRECEDENTES DO STF. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. O poder-dever de a Administração rever seus próprios atos, mesmo quando eivados de ilegalidade, encontra-se sujeito ao prazo decadencial de cinco anos, ressalvada a comprovação de má-fé por parte do anistiado político, nos termos do previsto no art. 54, caput, da Lei 9.784/99 c.c. 37, § 5º, da Constituição da República, ou a existência de flagrante inconstitucionalidade. 2. Nos termos do art. 54, § 2º, da Lei 9.784/99, "Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato" [...]. (STJ - MS: 19616 DF 2012/0275033-2, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 22/05/2013, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 28/06/2013)

Irresignados com o resultado do *decisium*, a União e o Ministério Público Federal interpuseram Recurso Extraordinário (o qual aqui se estuda), alegando que a decadência não poderia ter sido reconhecida, já que o instituto legal (decadência) não pode desguarnecer a força normativa da própria Constituição Federal. Em apertada síntese, as partes recorrentes repisaram os argumentos já dispendidos nas contrarrazões ao mandado de segurança, reforçando, em especial, a tese de inconstitucionalidade da Portaria nº 2.340 da Comissão de Anistia. Ademais, alegou a União, como forma de se afastar os efeitos decorrentes da decadência, “ofensa direta (não apenas reflexa) ao art. 8º dos Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que seria justamente o único alicerce jurídico que poderia legitimar a concessão de anistia aos militares que foram atingidos, concretamente, por algum ato de exceção decorrente de motivação exclusivamente política, ao contrário do caso dos autos”.

Concluída esta brevíssima sinopse fática, passa-se questionar a extensão dos efeitos do tempo sobre aqueles atos administrativos tidos como inconstitucionais. Afinal, pode um ato administrativo inconstitucional ser fulminado pela decadência? Qual tem sido o entendimento dos tribunais a este

respeito? A teoria adotada pelo Supremo Tribunal Federal para a resolução deste conflito entre a segurança jurídica e a segurança do direito mostra-se a mais adequada?

Para responder a estas perguntas, procurou-se compilar consistente referencial bibliográfico – a fim de se garantir uma base sólida aos comentários e críticas que se buscam realizar – sem se deixar de atentar a *ratio decidendi* que os tribunais pátrios têm se utilizado para a resolução de casos semelhantes.

Isso posto, o presente trabalho encontra-se estruturado em 3 (três) itens. Em um primeiro momento (item 2), discorrer-se-á da controvérsia acerca da anulação de atos administrativos inconstitucionais já fulminados pela decadência. Em seguida (item 3), apresentar-se-á o entendimento dos tribunais pátrios a respeito da controvérsia, bem com a extensão de sua aplicabilidade ao Recurso Extraordinário nº 817.338. Por fim, (item 4), o trabalho se encerrará com as conclusões formuladas por este autor quanto ao tema

2. A controvérsia acerca da anulação de atos administrativos inconstitucionais já fulminados pela decadência

Os artigos 53 e 54 da Lei 9.784/99 dispõem, respectivamente, sobre o dever da Administração Pública em anular seus próprios atos, e sobre as hipóteses e o prazo de decadência do direito da Administração Pública em ver anulados seus atos viciados.

Dito isto, aparentemente, a decadência dos atos administrativos parece não comportar grandes mistérios, posto que o suporte fático abstrato do artigo 54 da Lei 9.784/99, e seu respectivo preceito, apresentam-se bastante claros. Numa primeira leitura, tem-se que, deixando a Administração Pública de proceder a invalidação daqueles atos tidos como viciados no prazo de 5 (cinco) anos, contados data em que foram praticados, e verificando-se que do ato que se busca invalidar decorrem efeitos favoráveis aos seus destinatários (suporte fático abstrato); opera-se a decadência deste seu direito (preceito). Numa segunda hipótese do dispositivo, inexistindo qualquer prejuízo aos administrados de boa-fé (suporte fático abstrato); a Administração Pública tem o dever de invalidar o ato

administrativo contaminado, sem quaisquer óbices temporais (preceito). Por fim, se verificada a má-fé do administrado que se beneficia do ato que se busca anular (suporte fático abstrato), a Administração Pública tem o poder-dever de invalidar este ato por prazo indeterminado²¹⁷. Percebe-se desta forma, que a lei dispõe, expressamente, de dois regimes temporais distintos para a invalidação dos atos administrativos: no primeiro caso, o exercício do poder-dever de invalidação dos atos administrativos dá-se de forma limitada; nos dois últimos a invalidação dos atos administrativos nulos pela Administração Pública se dá de forma perpétua.

Isso posto, percebe-se que a decadência do poder de invalidação da Administração Pública se opera justamente como forma de resguardar o administrado de boa-fé, que se beneficia legitimamente dos efeitos do ato viciado. É intrínseco à natureza dos atos praticados pela Administração Pública sua imperatividade e presunção de legitimidade, de forma que não se poderia esperar de seus administrados senão sua obediência

²¹⁷ Nestes casos, há autores – como Celso Antônio Bandeira de Mello – que se socorrem ao artigo 205 do Código Civil para a fixação do prazo decadencial. A solução apontada serve como forma de mitigar a insegurança jurídica advinda de uma possível extensão dos poderes de invalidação da Administração Pública pela eternidade.

e desfrute. A concorrência do tempo nesta hipótese serve a estabilizar a relação jurídica existente, ainda que viciada, porquanto não pode o administrado de boa-fé ser prejudicado por equívoco incorrido pela própria Administração Pública. O administrado de boa-fé detém legítima expectativa de que os atos praticados pela Administração Pública se deram de forma lícita e que, portanto, se perpetuariam no tempo de forma válida.

Nas palavras do professor carioca Anderson Shreiber (2012, p. 214):

A administração Pública, note-se, tem o dever de rever seus próprios atos quando eivados de ilegalidade, mas deve adotar todas as cautelas para evitar ou atenuar os danos que possam ser causados, por conta disso, àqueles que, de boa-fé, confiaram no sentido do seu comportamento inicial.

Soma-se a isso o fato de que, na hipótese do ato administrativo inválido não provocar quaisquer prejuízos aos seus destinatários – sejam estes de boa ou má-fé – ou, provocando, sendo estes de má-fé, a Administração Pública não encontra quaisquer óbices temporais para exercer seu poder-dever de invalidação. Primeiramente, porque não caberia ao direito tutelar dano inexistente, ainda menos frente à manutenção de atos irregulares; em segundo lugar, porquanto o

administrado de má-fé, não detém legítima expectativa de que o ato administrativo se perpetue no tempo, uma vez que, conhecendo seus vícios, ainda assim se desfruta dele.

Desta forma, como corolário lógico do acima exposto, tende-se a concluir que a decadência serve à tutelar o direito adquirido²¹⁸ do administrado frente à Administração Pública, e que, por este motivo, atos administrativos inválidos, em geral, poderiam ser fulminados pela decadência. Tutela-se, portanto, a confiança que os administrados depositam perante à administração, vedando esta agir contra fato próprio (*nemo potest venire contra factum proprium*).

Contudo, este entendimento não impera de forma unânime nem em doutrina, nem na jurisprudência nacional.

De fato, há autores, como Nelson Borges, que afirmam ser “absolutamente impossível a aquisição de direitos *contra*

²¹⁸ “[...] a relação jurídica constitui-se quando praticados os atos, ou realizados os fatos exigidos pelo ordenamento jurídico para que se formem, passando do mundo dos fatos, para o mundo do direito. Satisfeitas as exigências legais concernentes à sua formação, verifica-se a aquisição dos direitos correspondentes. Há então os direitos adquiridos” (GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. São Paulo: Forense, 1977, n. 79, p.115). Em outros termos, ainda, entende-se por direito adquirido “os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 281).

legem” (2000, p. 49), ou contrárias às disposições constitucionais, porquanto a existência de direitos subjetivos se encontra condicionada ao disposto, objetivamente, em lei.

Por outro lado, há autores que defendem que nem todos os atos administrativos viciados possam ser contemplados pelos efeitos da decadência. Em verdade, conforme leciona Arnaldo Rizzardo (2015, p. 509), somente aqueles atos tidos como anuláveis poderiam ser contemplados pelos efeitos da decadência, porquanto:

[..] os atos nulos não possuem existência jurídica. A todo o tempo se reconhecer a prerrogativa ou dever de extirpá-los, e declará-los inexistentes, pois insanáveis. Exemplifica-se com a destinação de uma verba pública sem a autorização legislativa, ou a previsão orçamentária. Nesse enfoque, pode-se afirmar que o prazo de cadência do art. 54, já transcrito, restringe-se aos atos anuláveis, isto é, aos atos com vícios de sujeitos e de forma, desde que esta não venha imposta pela lei.

Contudo, a Lei 9.784/99 não dispõe de nenhuma diferenciação entre atos administrativos nulos, anuláveis, ou inconstitucionais para a realização dos efeitos da decadência. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou favoravelmente acerca da decadência dos atos administrativos

reputados como nulos no Mandado de Segurança 24.268-1 de Minas Gerais²¹⁹.

No caso em comento, discutiu-se se a habilitação irregular da impetrante na qualidade de beneficiária do INSS, – porquanto “na data do óbito do instituidor do benefício, ocorrido em 11 de março de 1974, a impetrante era casada e, portanto, não faria jus ao deferimento de seu pleito” – poderia ser estabilizada pelos efeitos da decadência. Dito isto, reconheceu-se, nesta oportunidade, a possibilidade de se aplicar o princípio da segurança jurídica de forma integral, porquanto não se poderia sujeitar a administrada à instabilidade irrazoável dos atos praticados pela Administração Pública.

Em verdade, o próprio entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Mandado de Segurança 19.616 do Distrito Federal mostra-se favorável à aplicação da decadência frente a atos administrativos nulos. Isso porque, nos termos do acórdão que antecedeu o Recurso Extraordinário que aqui se estuda, o Superior Tribunal de Justiça reconhece que só se afastariam os efeitos da decadência, se

entendido que a Portaria nº 1.104/64 viola frontalmente a Constituição Federal. Em outros termos, a violação indireta do artigo 8º dos Atos das Disposição Constitucionais Transitória, configuraria vício de motivo, nulificando a Portaria nº 1.104/64 – o que por si só não afasta a decadência do poder-dever da Administração Pública em anular seus próprios atos.

Isso posto, tem-se que o estudo da decadência dos atos administrativos nulos perpassa, necessariamente, pela colisão de dois interesses juridicamente tutelados. De um lado, tutela-se a estabilização e a segurança das relações jurídicas²²⁰, as quais se expressam pelo exercício da decadência e o direito adquirido, tutelados pelo artigo 6º, §2º da Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro²²¹, pelo artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição

²¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24.268-1/MG. Impetrante: Fernanda Fiuza Brito. Impetrado: União. Rel: Gilmar Mendes, julgado em 05/02/2004.

²²⁰ “Nos termos da Constituição a segurança jurídica pode ser entendida num sentido amplo e num sentido estrito. No primeiro, ela assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a qualifica. Em sentido estrito, a segurança jurídica consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Sepúlveda Pertence. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte/MG: Forum, 2005, p. 17).

²²¹ Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada: § 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa

Federal²²². Doutro, a anulação de atos absolutamente incompatíveis com a própria ordem jurídica, os quais, por este mesmo motivo, atentam contra a estabilidade e segurança do direito positivo²²³.

Desta forma, tanto mais complexo o caso em tela, o método adotado para a resolução do Recurso Extraordinário nº 817.338, deve atentar sobremaneira pela objetividade e observância técnica do procedimento decisório, sob o risco de se travestir de objetividade uma decisão essencialmente subjetiva. A complexidade do caso em comento exige a utilização de métodos de interpretação sofisticados. Socorrer-se à “critérios hermenêuticos inovadores, como a ponderação dos interesses e dos valores, da razoabilidade, da proporcionalidade, da adequação da subsidiariedade, recuperando a facticidade para a

juridicidade” (PERLINGIERI, 2008, p. 04), apresenta-se como uma alternativa sedutora ao deslinde do caso. Contudo, há que se questionar o grau de subjetivismo que métodos como estes podem vir a ocasionar.

Dito isto, com intuito de se viabilizar uma resposta a este problema, passa-se a analisar o critério hermenêutico utilizado pelo Supremo Tribunal Federal na resolução de casos semelhantes (conflito entre a segurança jurídica e a segurança do direito), bem como a analisar outras possíveis alternativas interpretativas ao método até então adotado, se assim for necessário.

3. O entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal na resolução de casos semelhantes

Entre os diversos acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, a Suprema Corte já teve a oportunidade de se manifestar, acerca do conflito entre a decadência dos atos administrativos e seu controle de constitucionalidade em algumas raríssimas e idênticas ocasiões. Tratam-se dos julgamentos dos Mandados de Segurança impetrados por

exercer, como aqueles cujo comêço do exercício tenha têrmo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

²²²Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

²²³ “A segurança do direito é a que exige a positividade do direito” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada : estudos em homenagem a José Sepúlveda Pertence. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte/MG: Forum, 2005, p. 16).

notários e registradores, contra ato expedido pelo Conselho Nacional de Justiça que anulou a investidura destes servidores²²⁴.

Em resumo, com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, modificou-se a forma de ingresso aos serviços notariais e de registro concedidos pelo Poder Público, o qual passou a ser feito, exclusivamente, por meio de concursos públicos. Isso posto, tem-se que o §3º, do artigo 236²²⁵ da recém-nascida Constituição Federal, revogou as disposições inscritas no artigo 208 da Constituição Federal de 1967²²⁶, que garantiam aos registradores e notários substitutos, na vacância do cargo, o direito de serem efetivados como titulares na serventia em que se encontravam lotados, uma vez observados

²²⁴ Neste sentido, toma-se como exemplo o julgamento dos seguintes recursos: Ag. Reg. em MS 32.129/DF; Ag. Reg. em MS 28.273/DF; Ag. Reg. em MS 28.371/DF; MS 26.820/DF; MS 28.279/DF.

²²⁵ Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

²²⁶ Art. 208 - Fica assegurada aos substitutos das serventias extrajudiciais e do foro judicial, na vacância, a efetivação, no cargo de titular, desde que, investidos na forma da lei, contem ou venham a contar cinco anos de exercício, nessa condição e na mesma serventia, até 31 de dezembro de 1983. (Redação da pela Emenda Constitucional nº 22, de 1982)

os seguintes pressupostos: (i) encontrarem-se exercendo a atividade registradora/notarial, numa mesma serventia, por pelo menos 5 (cinco) anos; (ii) cumprirem o pressuposto anterior até o dia 31 de dezembro de 1983; (iii) ocorrer a vacância do cargo de titular.

Ato contínuo, nos anos seguintes a promulgação da Constituição Federal de 1988, diversos Tribunais de Justiça, em observância ao disposto no artigo 208 da Constituição Passada, persistiram na investidura dos registradores e notários como titulares. Dito isto, por meio de Portarias e Decretos, diversos registradores e notários substitutos foram efetivados como titulares – quando da vacância cargo – e assim persistiram por mais de 5 (cinco) anos.

Todavia, nos idos dos anos 2000, o Conselho Nacional de Justiça passou a revistar todos estes atos administrativos – anulando-os, sob o discurso da inconstitucionalidade –, o que ensejou a impetração de múltiplos Mandados de Segurança pelos notários e registradores prejudicados.

Em apertadíssima síntese, alegavam os impetrantes, entre outros: (i) a violação do direito adquirido, porquanto teriam sido investidos em momento anterior à vigência da Lei 8.935/94, que teria, suspostamente, regulamentado o § 3º do

art. 236 da Constituição Federal, frente a suposta carência de auto-aplicabilidade do dispositivo constitucional; (ii) a consequente desnecessidade de se realizar concurso público para investidura no cargo de notário ou registrador extrajudicial, frente ao suposto direito adquirido que detinham; (iii) a decadência do ato administrativo tido como supostamente inconstitucional, porquanto transcorridos mais de 5 (cinco) anos desde a investidura destes servidores como notários e registradores; nos termos do artigo 54 da Lei 9.784/99.

Em contrapartida, entenderam os magistrados da Suprema Corte brasileira por negar provimento a estes recursos ordinários, uma vez que “Situações flagrantemente inconstitucionais como o provimento de serventia extrajudicial sem a devida submissão a concurso público não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do que dispõe o art. 54 da Lei 9.784/99, sob pena de subversão das determinações insertas na Lei Maior do País, a Constituição Federal”²²⁷. Em verdade, ao se atentar à *ratio decidendi* destes julgados todos, pode-se concluir pela convergência dos seguintes

²²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 28.279/DF. Impetrante: Euclides Coutinho. Impetrado: PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO Nº 200810000013747). Rel: Ellen Gracie, julgado em 05/11/2009.

fundamentos: (i) por ser o Conselho Nacional de Justiça o órgão responsável pelo controle dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, deve-se preterir a aplicação da Lei 9.784/99 em favor de seu Regimento Interno. Desta forma, em que pese o artigo 54 da Lei 9.784/99 nada mencionar acerca dos efeitos da decadência perante atos administrativos inconstitucionais, o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça, em seu artigo 91, parágrafo único²²⁸, dispõe que não se aplicam os efeitos da decadência àqueles atos administrativos que afrontarem diretamente a constituição; (ii) a impossibilidade de configuração de Direito Adquirido, uma vez que a vacância do cargo de registrador/notário compreende o suporte fático abstrato do artigo 208 da Constituição Federal de 1967, e que o artigo 236, §3º da Constituição Federal de 1988 é dotado de auto-

²²⁸ Art. 91. O controle dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário será exercido pelo Plenário do CNJ, de ofício ou mediante provocação, sempre que restarem contrariados os princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição, especialmente os de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União e dos Tribunais de Contas dos Estados.

Parágrafo único. Não será admitido o controle de atos administrativos praticados há mais de cinco (5) anos, salvo quando houver afronta direta à Constituição.

aplicabilidade. Em outros termos, se a vacância do cargo se deu durante a vigência da Constituição Federal de 1988, não há que se falar em direito adquirido, mas tão somente em uma frustrada expectativa de direitos; (iii) inaplicabilidade do princípio da proteção da confiança²²⁹ no presente caso, porquanto “a edição de leis de ocasião para a preservação de situações notoriamente inconstitucionais, ainda que subsistam por longo período de tempo, não ostentam o caráter de base da confiança a legitimar a incidência” deste princípio.

²²⁹ No dizer de Valter Shuenquener de Araujo, “Para que possa ser empregado, o princípio da proteção da confiança exige um comportamento ou ato estatal capaz de criar uma expectativa legítima no seu destinatário. Essa primeira condição diz respeito, portanto, à necessidade de existência de uma base da confiança (Existenz einer Vertrauensgrundlage). Trata-se do comportamento, omissão ou ato normativo estatal (lei, decreto, portaria, decisão judicial, práticas da Administração etc.) que origina a confiança. É o que vai servir para introduzir a confiança na mente dos particulares. (...) A base da confiança é, em linhas gerais, a medida estatal que atinge o particular. Independentemente da forma adotada, a manifestação de vontade do Estado é imprescindível para a existência de uma confiança digna de tutela.” (ARAUJO, Valter Shuenquener de. O Princípio da Proteção da Confiança. Uma nova forma de Tutela do Cidadão diante do Estado. Editora Impetus: Niterói, 2009, p. 83)

3.1. Particularidades e semelhanças guardadas entre o Recurso Extraordinário 817.330 e os Mandados de Segurança impetrados

Antes de se questionar, criticamente, as razões de mérito que permeiam os mandados de segurança acima mencionados, há que verificar a compatibilidade de seu objeto com aquele disposto no Recurso Extraordinário nº 817.338, suas peculiaridades e semelhanças. Por meio deste estudo preliminar, busca-se investigar a extensão, bem como a (in)aplicabilidade dos fundamentos utilizados neste Mandados de Segurança para a resolução do Recurso Extraordinário 817.338.

Dito isto, verifica-se, inicialmente, que o cerne da discussão do Recurso Extraordinário em comento e dos Mandados de Segurança aqui colacionados apresentam-se absolutamente os mesmos. Em verdade, ainda que os assuntos sejam incompatíveis entre si – tratando o primeiro da verificação concreta de perseguição política para concessão de anistia, e o segundo da exigência de concurso público para titularização de cartórios extrajudiciais – ambos os julgados discutem, essencialmente, a possibilidade de um ato

administrativo inconstitucional ter seus efeitos estabilizados por força da decadência.

Quanto as particularidades, por sua vez, três pontos devem ser levantados.

Primeiramente, tem-se que a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais supostamente violadas se difere. Enquanto o artigo 236, § 3º, da Constituição Federal é dotado de auto-aplicabilidade, possuindo eficácia plena e imediata, o artigo 8º dos Atos das Disposição Constitucional Transitórias, tem sua eficácia limitada, dependendo de norma integrativa infraconstitucional (Lei 10.559/02) para que produza seus efeitos.

Em segundo lugar, e por consequência, tem-se que os atos administrativos impugnados pelo Conselho Nacional de Justiça, violavam frontalmente o disposto no §3º do artigo 236 da Constituição Federal, ao passo que a portaria que concedeu anistia aos cabos da força aérea, eventualmente, importaria em mera ofensa indireta (reflexa) ao artigo 8º dos Atos das Disposição Constitucional Transitórias, porquanto a eficácia normativa do dispositivo se encontra concentrada na Lei 10.559/02 que a integra.

Em terceiro lugar, mas não menos importante, tem-se que os órgãos expedidores dos atos administrativos se diferenciam, motivo pelo qual o procedimento administrativo aplicável num e noutro caso são diversos. Na realidade, enquanto os atos de investidura dos registradores e notários se deram no seio do Poder Judiciário, subordinando-se, portanto, às normas dispostas no Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça; a concessão de anistia se per fez mediante ato administrativo expedido por órgão da própria Administração Pública Direta, que se regulam pela Lei 9.784/99.

Desta forma, uma análise preliminar permitiria concluir que a aplicação das razões que embasaram o julgamento destes Mandados de Segurança ao Recurso Extraordinário nº 817.338 encontra, ao menos, dois óbices.

O primeiro reside na configuração de violação direta à constituição que da Portaria nº 2.340/2003, expedida pelo Ministro da Justiça em 09 de dezembro de 2003, resultaria. Isso porque, o simples reconhecimento de violação à Lei 10.559/02 implicaria na nulidade da Portaria nº 2.340, por carência de motivo, mas não propriamente sua inconstitucionalidade. Em outros termos, tem-se que a violação reflexa ao texto constitucional não teria o condão de afastar os efeitos da

decadência em favor da Administração Pública, porquanto não seja formalmente inconstitucional, ainda que antijurídico²³⁰.

Quanto ao segundo, tem-se que os procedimentos anulatórios destes atos administrativos são regulados por normas distintas. Em verdade, enquanto o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça dispõe expressamente que não seriam os atos inconstitucionais passíveis de decadência, igual menção não há junto aos termos do artigo 54 e seguintes da Lei 9.784/99. Mais que isso, o referido regramento não faz distinção alguma quanto aos atos nulos, anuláveis ou inconstitucionais para fins de operação da decadência.

Nesta senda, em que pese as semelhanças guardadas entre os Mandados de Segurança em comento e o Recurso Extraordinário nº 817.339, suas divergências imperam, motivo pelo qual não se poderia subsumir adequadamente a resolução dada aos primeiros, à fundamentação necessária para o segundo.

²³⁰ Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se manifestar, quando do julgamento dos seguintes recursos: MS 18.728/DF, 18.606/DF, 18.682/DF e 18.590/DF.

3.2. A razoabilidade dos precedentes adotados para a resolução de casos semelhantes: o conflito entre a decadência e a constitucionalidade

Ainda, que não se possa aplicar adequadamente o entendimento dos Mandados de Segurança supramencionados à resolução do Recurso Extraordinário nº 817.339, há que se reconhecer a relevância que estes acórdãos emprestam ao presente estudo. Isso porque, malgrado as diferenças que estes “recursos” guardam entre si, não se pode descartar os fundamentos e ponderações dispendidos nestes Mandados de Segurança acerca do conflito entre segurança jurídica e segurança do direito.

Primeiramente, cumpre observar que estes acórdãos não deixaram de reconhecer a “necessidade de fixação de prazos decadenciais para o exercício do poder-dever de autotutela, sendo a estabilização das relações jurídicas pelo decurso do tempo consequência necessária do princípio da segurança jurídica²³¹”. Todavia, no caso em comento, tem-se que a tutela da

²³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26.820/DF. Impetrante: JOSÉ CARLOS ZAMBUJA. Impetrado: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

confiança fora absolutamente desconsiderada, uma vez que os requisitos necessários à sua configuração restaram inexistentes.

Isso porque o Supremo Tribunal Federal entendeu que, diante de atos administrativos tidos como manifestamente inconstitucionais, seus beneficiários não poderiam desconhecer seus vícios, motivo pelo qual a tutela da confiança não se operaria. Igualmente, ao se considerar destinatário de boa-fé o sujeito que ignora os vícios do ato administrativo de que se beneficia, tem-se que, ante hipóteses de flagrante inconstitucionalidade, seus beneficiários encontrar-se-iam, naturalmente, de má-fé. Desta forma, seja pela ausência de pressupostos necessários à constituição de legítima confiança em favor de seus destinatários, seja por disposição expressa na parte final do artigo 54 da Lei 9.784/99, não sucede a decadência do poder-dever da Administração Pública em anular seus próprios atos.

Conclui-se, por conseguinte, que, no caso em comento, a desconsideração dos efeitos da decadência não exsurge propriamente da violação à dispositivo constitucional, ou da ilegalidade do ato. Mas da aberrante e notória antijuridicidade

(PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO Nº 395). Rel: Luiz Fux, julgado em 02/04/2014.

destes atos, os quais, de forma alguma, poderiam ser ignorados por seus beneficiários. Em outros termos, constata-se que o aparente conflito entre segurança jurídica e segurança do direito destes acórdãos, na realidade, não existe.

Por outro lado, cumpre observar que esta resolução só se fez possível, porquanto a investidura dos registradores e notários insubordinados a concursos públicos representava afronta literal ao texto constitucional, o que não ocorre no Recurso Extraordinário nº 817.338.

Conforme observado no item 3.1, o artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não detém eficácia plena e imediata, dependendo de norma infraconstitucional (Lei 10.559/02) que a integre para produzir efeitos. Tanto pior, da leitura do mencionado dispositivo, não se depreende, necessariamente, que somente perseguidos políticos fariam *jus a anistia*. Esta seria apenas uma das interpretações possíveis. Em verdade, todos que foram atingidos por atos de exceção, em decorrência de motivação exclusivamente política, poderiam ser anistiados – através de uma análise extensiva deste artigo.

Ato contínuo, não se pode concluir, pela leitura dos acórdãos colacionados, que a simples inconstitucionalidade dos atos administrativos seja apta a afastar os efeitos da decadência,

ou fazer com que a má-fé de seus beneficiários se presuma ante a existência de violação constitucional. Em verdade, este mérito caberá, eventualmente, à resolução do Recurso Extraordinário que aqui se estuda, o qual, poderá de forma inédita, colocar um fim ao conflito entre segurança jurídica e segurança do direito: a tutela da confiança, em decorrência da decadência versus a observância da Lei, ante ao império da ordem constitucional posta.

Por todo exposto, acredita-se que, caso a Suprema Corte reconheça que a Portaria nº 2.340/2003 viola o artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, não se anulará o mencionado ato administrativo. Isso porque, a inconstitucionalidade da Portaria não se mostraria suficientemente flagrante, de forma que seus beneficiários não poderiam atestar sua irregularidade, senão após o trânsito em julgado de decisão que assim a reconhecesse. Desta forma, considerando a estabilização da situação jurídica posta; a confiança depositada pelos destinatários do ato ante à Administração Pública; bem como todos os prejuízos que seus beneficiários viriam a sofrer caso se anulasse o mencionado ato; acredita-se que o império da tutela da confiança seja a medida mais adequada para a resolução deste litígio.

Contudo, este é um exercício que cabe exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal solucionar, restando-nos aguardar sua decisão e, posteriormente, se assim se fizer necessário, esboçar novos estudos acerca da decadência dos atos administrativos inconstitucionais.

4. Considerações finais

Buscou-se com o presente estudo, pautando-se no mérito do Recurso Extraordinário nº 817.338, discutir a possibilidade de um ato administrativo inconstitucional ter seus efeitos estabilizados pelos efeitos da decadência.

Conforme se depreende do apresentado nos itens anteriores, a Administração pública não possui só o poder, mas o dever de anular seus próprios atos quando viciados. Contudo, tem-se que este poder não se manifesta de forma ilimitada, de forma que seu exercício se encontra condicionado temporalmente pelos efeitos da decadência.

Em que pese inexistir uma gradação formal de invalidade dos atos administrativo antijurídicos (anuláveis, nulos e inconstitucionais), verifica-se que a jurisdição brasileira

tem modulado os efeitos de suas sentenças desconstitutivas conforme o nível de “reprovabilidade” dos atos administrativos inválidos que se intende anular: (i) aos nulos e inconstitucionais, regra geral, os efeitos de sua invalidação retroagiriam a sua origem, e não seriam estes passíveis de convalidação e, para alguns, decadência; (ii) aos atos anuláveis, os efeitos de sua invalidação, em regra, não retroagem (*ex nunc*) e, quando possível, orienta-se a sua convalidação.

A exceção à retroatividade das sentenças desconstitutivas de atos administrativos nulos se encontra respaldada na tutela da confiança, cujos postulados não permitiriam prejudicar os administrados que, de boa-fé, se beneficiaram dos equívocos provocados pela própria Administração Pública.

A decadência, como uma das decorrências da tutela da confiança, busca, entre outros, a estabilização de uma situação jurídica posta pelos efeitos do tempo. Na seara administrativa, não é por outro motivo que somente os beneficiários de boa-fé possam gozar dos efeitos que da decadência decorrem, conforme o disposto no artigo 54 da Lei 9.784/99. Isso porque o administrado de boa-fé detém legítima expectativa de que os

atos praticados pela Administração Pública se deram de forma lícita e que, portanto, se perpetuariam no tempo de forma válida.

Desta forma, tem-se que o problema apresentado pelo Recurso Extraordinário nº 817.338 perpassa, necessariamente pelo confronto entre dois interesses constitucionalmente tutelados: de um lado, a segurança jurídica (tutela da confiança), doutro, a segurança do direito (império da ordem constitucional posta).

Ato contínuo, em que pese as partes litigantes colacionarem diversos “precedentes”, cujos méritos, supostamente, já teriam superado este embate, tem-se que seus entendimentos não seriam aplicáveis ao Recurso Extraordinário que aqui se estuda, pois: (i) a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais supostamente violadas se difere; (ii) no caso dos “precedentes” haveria violação direta à Constituição Federal, enquanto, no caso em comento, apenas violação reflexa; (iii) os órgãos expedidores dos atos administrativos se diferenciam, motivo pelo qual o procedimento administrativo aplicável num e noutro caso são diversos.

Mais que isso, percebeu-se, pela análise do mérito destes precedentes, que o conflito entre segurança jurídica e segurança do direito não fora propriamente resolvido. Isso

porque o Supremo Tribunal Federal entendeu que, diante de atos administrativos tidos como manifestamente inconstitucionais, seus beneficiários não poderiam desconhecer seus vícios, motivo pelo qual a tutela da confiança não se operaria.

Desta forma, a desconsideração dos efeitos da decadência não exsurgiria propriamente da violação à dispositivo constitucional, ou da ilegalidade do ato. Mas da aberrante e notória antijuridicidade destes atos, os quais, de forma alguma, poderiam ser ignorados por seus beneficiários.

Não se pôde concluir, pela leitura dos “precedentes”, que a simples inconstitucionalidade dos atos administrativos seja apta a afastar os efeitos da decadência, ou fazer com que a má-fé de seus beneficiários se presuma ante a existência de violação constitucional. Em verdade, este mérito caberá, eventualmente, à resolução do Recurso Extraordinário que aqui se buscou estudar, permitindo ao Supremo Tribunal Federal, de forma inédita, colocar um fim acerca da discussão entre segurança jurídica e segurança do direito.

Ante o exposto, acredita-se que, ainda que a Suprema Corte reconheça a inconstitucionalidade da Portaria nº 2.340/2003, não deverá esta anular o mencionado ato. Isso

porque, a violação constitucional que da Portaria decorre não seria suficientemente flagrante à afastar a aplicação da tutela da confiança – uma vez que seus beneficiários não poderiam atestar sua irregularidade, senão após o trânsito em julgado de decisão que assim a reconhecesse. Desta forma, considerando a estabilização da situação jurídica posta; a confiança depositada pelos destinatários do ato ante à Administração Pública; bem como todos os prejuízos que seus beneficiários viriam a sofrer caso se anulasse o mencionado ato; acredita-se que o império da tutela da confiança seja a medida mais adequada para a resolução deste litígio.

5. Referências

ARAUJO, Valter Shuenquener de. **O Princípio da Proteção da Confiança. Uma nova forma de Tutela do Cidadão diante do Estado**. Editora Impetus: Niterói, 2009.

BORGES, Nelson. **Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: considerações**. Curitiba: Juruá, 2000.

BRASIL. **Parecer Final: revisão e anulação de portarias ministeriais ex-cabos da FAB atingidos pela portaria nº 1.104-GM3/1964**. Brasília, dezembro de 2010.

____. Superior Tribunal de Justiça. **MS 18.728/DF**. Impetrante: José Gomes Eiras. Impetrado: Ministro de Estado Da Justiça. Rel: Eliana Calmon, julgado em 10/04/2013.

____. Superior Tribunal de Justiça. **MS 18.606/DF**. Impetrante: João Cirino da Silva. Impetrado: União. Rel: Arnaldo Esteves Lima, julgado em 11/09/2013.

____. Superior Tribunal de Justiça. **MS 18.682/DF**. Impetrante: Augusto Cesar Correa De Amorim - INTERDITO. Impetrado: União. Rel: Arnaldo Esteves Lima, julgado em 27/11/2013.

____. Superior Tribunal de Justiça. **MS 18.590/DF**. Impetrante: Antônio Carlos Nunes De Lima. Impetrado: União. Rel: Arnaldo Esteves Lima, julgado em 27/11/2013

____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1134493 / MS**. Recorrente: Osmair Socorro dos Santos. Recorrido: Waldecyr Bizagio e Outro. Rel: Herman Benjamin - Segunda Turma, julgado em 15/12/2009.

____. Supremo Tribunal Federal. **MS 24.268-1/MG**. Impetrante: Fernanda Fiuza Brito. Impetrado: União. Rel: Gilmar Mendes, julgado em 05/02/2004

____. Supremo Tribunal Federal. **MS 26.820/DF**. Impetrante: JOSÉ CARLOS ZAMBUJA. Impetrado: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO Nº 395) . Rel: Luiz Fux, julgado em 02/04/2014

____. Supremo Tribunal Federal. **MS 28.279/DF**. Impetrante: Euclides Coutinho. Impetrado: PRESIDENTE DO CONSELHO

NACIONAL DE JUSTIÇA (PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO Nº 200810000013747) . Rel: Ellen Gracie, julgado em 05/11/2009.

____. Superior Tribunal de Justiça - **MS: 19.616 DF 2012/0275033-2**, Impetrante: Nemis da Rocha. Impetrado: Ministério da Justiça e União. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, julgado em 22/05/2013.

CARVALHO, José Murilo. “Vargas e os Militares: aprendiz de feiticeiro”. In: D’ARAÚJO, M^a Celina (org.). **As Instituições Brasileiras da Era Vargas**. Rio de Janeiro: Editora da Universidade do Estado do Rio de Janeiro/Editora da Fundação Getúlio Vargas.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1989.

FILHO, Arnaldo Rizzardo; RIZZARDO, Arnaldo; RIZZARO, Carine Ardisson. **Prescrição e Decadência**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 30^a edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2016.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. São Paulo: Forense, 1977, n. 79.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30^a edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato Jurídico: plano da validade**. Ed 14^a. São Paulo: Saraiva, 2015.

PEREIRA, André Gonçalves. **Erro e Ilegalidade do Ato Administrativo**. Lisboa: Atica.

PERLINGIERI, Pietro. A Doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org). **Direito Civil Contemporâneo. Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, p. 1-11, 2008.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada : estudos em homenagem a José Sepúlveda Pertence**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte/MG: Forum, 2005.

SCHREIBER, Anderson. **A Proibição de comportamento Contraditório: Tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 3^a Ed. Editora Renovar: Rio de Janeiro, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Prescrição. Conceito e princípios regentes. Início do prazo e teoria da actio nata, em sua feição subjetiva. Eventos continuados ou sucessivos que geram o enriquecimento sem causa. Lucro da atribuição. Termo a quo contado da ciência do último ato lesivo. Análise de julgado do Superior Tribunal de Justiça e relação com eventos descritos**. Edição número 70, de janeiro e de fevereiro de 2016. Parecer publicado na Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*João Vitor Gomes Martins*²³²

*Thatiane Cristina Fontão Pires*²³³

Resumo: Não obstante a regra geral da responsabilidade civil objetiva do Estado, conforme o § 6º do art. 37 da CF, persistem controvérsias doutrinárias quanto aos danos derivados da omissão estatal, identificando-se três correntes principais: (i) pela aplicação da responsabilidade objetiva; (ii) pela aplicação da responsabilidade subjetiva; (iii) por uma resposta intermediária, aplicando-se às omissões específicas a responsabilidade objetiva, e às omissões genéricas a responsabilidade subjetiva pela culpa ou falha do serviço. Investiga-se qual a repercussão na prática forense de adotar-se,

²³² Bacharel em Direito pela UFSC. Advogado. Pesquisador junto ao Grupo de Pesquisa Direito Civil na Contemporaneidade, cadastrado no CNPQ e vinculado à Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo. E-mail: joaovgmartins@gmail.com. Plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0957381653583232>.

²³³ Acadêmica da décima fase do Curso de Graduação em Direito da UFSC. Pesquisadora junto ao Grupo de Pesquisa Direito Civil na Contemporaneidade, cadastrado no CNPQ e vinculado à Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo. E-mail: thaticp@gmail.com. Plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8381289415748365>.

in casu, uma ou outra corrente para a responsabilização estatal pela omissão, a partir da análise de grupos de casos presentes na jurisprudência recente do STJ, envolvendo: (a) a omissão no dever de guarda de pessoas; (b) a omissão quanto a serviços públicos de abastecimento; (c) omissão de que decorrem acidentes de trânsito. A análise proposta demonstrou que a adoção de uma ou outra teoria, dentro de um mesmo grupo de casos, não é determinante para o resultado final dos litígios, chegando-se indistintamente à configuração do dever de indenizar por parte do Estado. Observou-se, outrossim, a dificuldade probatória do nexo de causalidade entre omissão e dano, bem como a tendência a se objetivar os aspectos ensejadores da culpa do serviço, quando da aplicação da responsabilidade subjetiva.

Palavras-chave: responsabilidade civil do estado; omissão; culpa do serviço; risco administrativo; omissão específica.

Abstract: Notwithstanding the general rule of State's strict liability, according to the § 6º, section 37 of the Brazilian Federal Constitution, doctrinal controversies persist as to the damage resulting from the State's failure, identifying three mainstreams: (i) the application of strict liability (ii) the application of negligence liability; (iii) an intermediate answer, applying strict liability to specific omissions, and negligence liability to generic failures. The effect over forensic practice of adopting, in the present case, either options for state accountability for failure is investigated, from the analysis of groups of cases in recent Superior Court of Justice's jurisprudence, involving: (a) the State's failure in its duty of care to people; (b) State's failure as to public supply services; (c) State's failure of which traffic accidents arise. The proposed analysis has shown that the

adoption of one or another theory, within the same group of cases, is not decisive for the outcome of litigation, resulting indistinctly in the configuration of the State's duty to compensate. Furthermore, the evidential difficulty of establishing relation between failure and damage was observed, as well as the tendency to strictify the determining aspects of fault in the application of negligence liability.

Keywords: State's civil liability; failure; fault by the service; administrative risk; specific failure.

1. Introdução

A regra geral da responsabilidade civil do Estado está esculpida no § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, segundo o qual as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Segundo a interpretação majoritária conferida ao dispositivo, a responsabilidade civil estatal é objetiva, com base no risco administrativo, ocorrendo desde que haja nexos causal entre o dano e a atividade estatal, de modo a prescindir de culpa.

A controvérsia na doutrina e na jurisprudência permanece, contudo, quanto aos danos derivados do comportamento omissivo do Estado. Parte da doutrina defende

que, em casos de omissão do Estado, a sua responsabilidade é subjetiva, sem se precisar provar, porém, a responsabilidade de um agente específico e a sua culpa, mas sim a falha do serviço, sendo que a ilicitude da omissão seria aferida na hipótese de o Estado deixar de agir conforme a lei.

Tal entendimento vem sendo enfrentado por diversos autores, refratários à interpretação de que o dispositivo constitucional teria excluído os danos derivados da omissão estatal, aplicando-se indistintamente a responsabilidade objetiva.

Uma corrente intermediária, por sua vez, diferencia o tratamento, conforme a omissão seja específica ou genérica. Sob tal perspectiva, deve-se aplicar a responsabilidade objetiva quando se tratar de uma omissão específica, em que está individualizado o dever de agir estatal. Por outro lado, aplicam-se os requisitos da responsabilidade subjetiva à omissão genérica estatal, quando, embora não seja causa direta e imediata do dano, concorre para este.

A partir dessas premissas, investiga-se qual a repercussão na prática forense de adotar-se, *in casu*, uma ou outra corrente para a responsabilização estatal pela omissão, a partir da análise de grupos de casos presentes na jurisprudência

do Superior Tribunal de Justiça (STJ). A relevância do tema, sob a perspectiva proposta, está na busca para a razão de ainda persistirem controvérsias sobre um tema já há muito debatido, indagando-se se o motivo dessa dificuldade reside no fato de, na prática, indenizarem-se da mesma forma os casos envolvendo omissão estatal, independentemente da corrente adotada.

Para tanto, apresentam-se, primeiramente, noções de responsabilidade civil do Estado e os requisitos para a sua configuração; uma breve evolução da responsabilidade estatal, até chegar-se às implicações da teoria do risco administrativo; as diferentes nuances da doutrina quanto à responsabilidade do Estado por omissão, de forma a traçar três correntes principais.

Em um segundo momento, verifica-se a hipótese a partir da análise da jurisprudência recente do STJ, conforme a aplicação das teorias e requisitos a três grupos de casos em que a omissão estatal gera responsabilidade: (a) omissão no dever de guarda de pessoas; (b) omissão quanto a serviços públicos de abastecimento; (c) acidentes de trânsito decorrentes da omissão.

2. A Responsabilidade Civil do Estado por omissão

Por responsabilidade civil do Estado²³⁴ compreende-se a obrigação estatal de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos. (MELLO, 2013, p.1009)

Toda a problemática da responsabilidade civil consiste na indagação dos casos em que as pessoas lesadas podem exigir de outrem a reparação dos danos que sofrerem (NORONHA, 2003, p. 434). A responsabilidade civil em geral deriva da quebra de um dever jurídico originário - que pode ser resumido em um dever de não lesar o outro, um dever geral de não prejudicar ninguém. Da violação decorre um dever jurídico sucessivo: o

²³⁴ A responsabilidade civil do Estado é também chamada de responsabilidade civil da Administração Pública. Esta expressão é de preferência de Hely Lopes Meirelles (2010, p. 680), pois, para o autor, é a atividade administrativa dos órgãos públicos, e não os atos de governo ou atos políticos, que gera o dever de indenizar. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 703), por sua vez, critica a expressão, uma vez que a Administração Pública não tem personalidade jurídica, sendo a capacidade para responder a do próprio Estado e das pessoas jurídicas públicas ou privadas que exercem parcela das atribuições estatais. Ademais, por responsabilidade do Estado, refere-se aos três tipos de funções pelas quais se reparte o poder estatal: administrativa, jurisdicional e legislativa, o que ultrapassa a noção de responsabilidade da Administração Pública propriamente dita.

dever de indenizar, cujo principal fundamento é a existência de dano. (DIAS, 2012; CAVALIERI FILHO, 2014).

Na contemporaneidade, desloca-se o fundamento da responsabilidade civil, que já não é o ato ilícito de quem ocasiona o prejuízo, senão o dano de quem injustamente o suporta, sendo a função precípua da responsabilidade civil a distribuição das consequências econômicas derivadas de um evento danoso (COSTA, p. 3). Dessa forma:

O fundamento do fenômeno ressarcitório é um dano que se valora como ressarcível e não um ato que se qualifica como ilícito, convertendo-se de tal modo o dano no núcleo de todo o sistema da responsabilidade civil, no centro de gravidade e no eixo em torno do qual aquele [sistema] gira, sendo essencial sua presença e sua falta de justificação, para que proceda a reparação do prejuízo. (...) sob esta nova concepção, podemos apreciar que não se trata tanto de imputar a uma pessoa um fato danoso, senão de como determinar qual será o patrimônio que em última instância deverá suportar as consequências danosas (...). (COSTA, p. 3)

Em razão das funções atribuídas ao Estado, bem como das suas prerrogativas e sujeições, o seu exercício dá ensejo à produção de danos mais intensos do que aqueles suscetíveis de serem gerados pelos particulares, e as condições em que tais danos podem ser causados também são distintas:

(...) seja porque os deveres públicos do Estado o colocam permanentemente na posição de obrigado a prestações multifacetárias das quais não se pode furtar, [sob] pena de ofender o Direito ou omitir-se em sua missão própria, seja porque dispõe do uso normal de força, seja porque seu contato onímodo e constante com os administrados lhe propicia acarretar prejuízos em escala macroscópica, o certo é que a responsabilidade estatal por danos há de possuir fisionomia própria, que reflita a singularidade de sua posição jurídica. Sem isto, o acobertamento dos particulares contra os riscos da ação pública seria irrisório e por inteiro insuficiente para resguardo de seus interesses e bens jurídicos. (MELLO, 2013, p. 1013)

Assim, o paradigma atual da responsabilidade civil do Estado impõe a repartição dos ônus provenientes da atuação estatal, ainda que legítima, em razão do risco²³⁵ dessa atividade, sendo incabível que um cidadão tenha que suportar prejuízos derivados de atividades desempenhadas no interesse de todos. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 287)

²³⁵ "(...) se não há responsabilidade sem violação de dever jurídico e o risco, por si só, não configura nenhuma violação, qual seria o dever jurídico da Administração cujo descumprimento ensejaria o dever de indenizar? É o dever de segurança a incolumidade de todos os administrados. O estado tem o dever de exercer a sua atividade administrativa, mesmo quando perigosa ou arriscada, com absoluta segurança, de modo a não causar dano a ninguém. Está vinculado, portanto, a um dever de incolumidade, cuja violação enseja o dever de indenizar independentemente de culpa" (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 288).

Prova disso é o fato da responsabilidade do Estado ser devida, inclusive, quanto a atos lícitos, nas hipóteses em que o poder deferido ao Estado e legitimamente exercido acarretar, de forma indireta, a lesão a um direito alheio (MELLO, 2013, p. 1011). Em outras palavras, o dano será ressarcível ainda que o ato estatal seja autorizado por lei, mas cuja finalidade própria não fosse atingir a esfera jurídica de outrem,²³⁶ se acabar por fazê-lo como subproduto.

A partir da recepção da teoria objetiva pelo risco administrativo, em matéria de responsabilidade por danos causados por ações do Estado, não há controvérsia quanto ao problema ser examinado de forma objetiva, isto é, em face da situação do sujeito passivo, qual seja, a de lesado em sua esfera juridicamente protegida, e não em função do comportamento do sujeito ativo, não se perquirindo falha no desempenho estatal. (MELLO, 2013, p. 1028)

²³⁶ "Não há que falar, pois, em responsabilidade, propriamente dita, quando o Estado debilita, enfraquece, sacrifica um direito de outrem, ao exercitar um poder que a ordem jurídica lhe confere, autorizando-o a praticar um ato cujo conteúdo jurídico intrínseco consiste precisa e exatamente em ingressar na esfera alheia para incidir sobre o direito de alguém", como nas hipóteses de desapropriação, tombamento, servidão, requisição, entre outros. (MELLO, 2013, p. 1010-1011)

Quanto aos danos derivados da omissão do Estado, houve quem dissesse que se o Estado não agiu, não pode ser ele o autor do dano.²³⁷ Na linha do raciocínio traçado, contudo, do descumprimento do dever jurídico que o Estado tem, em determinado caso, de impedir o evento danoso, deriva um dever jurídico sucessivo: o dever de indenizar. Ainda assim, em face dos inúmeros deveres jurídicos atribuídos ao Estado pela Constituição, a doutrina e a jurisprudência tendem a limitar, em maior ou menor grau, a sua responsabilidade por omissão.

Antes da análise dos requisitos da responsabilidade estatal por omissão e suas nuances na doutrina e na jurisprudência, impende, primeiramente, compreender as diferentes teorias relativas à responsabilidade civil do Estado, que perpassam a total irresponsabilidade até evoluir para a responsabilidade objetiva pelo risco, adotada pela Constituição de 1988.

2.1 Da irresponsabilidade estatal à teoria do risco

²³⁷ O direito é uma ciência normativa que possui conceitos específicos, sendo perfeitamente aceitável a omissão enquanto causa, abandonando-se a noção puramente naturalística de causa, em que se baseia o raciocínio de que a omissão nunca poderia ser causa por ser o "não ser", o nada. (DIAS, 2012, p. 658)

Por muito tempo, o tratamento conferido aos danos imputáveis ao Estado e aos seus agentes foi o da irresponsabilidade, sustentado fundamentalmente pela noção da soberania dos Estados absolutistas: "o rei nunca erra"²³⁸ e "aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei"²³⁹. Assim, sob tal paradigma, a atribuição de responsabilidade ao Estado significaria retirar a sua autoridade perante o súdito, em desrespeito à sua soberania.

Porque guardava evidente injustiça, a irresponsabilidade passou a ser combatida no final do século XIX, na França, com o caso Blanco²⁴⁰, sendo abandonada pelos EUA²⁴¹, com o *Federal*

²³⁸ "The king can do no wrong"; "Le roi ne peut mal faire" (DI PIETRO, 2013, p. 705).

²³⁹ "Quod principi placuit habet legis vigorem" (DI PIETRO, 2013, p. 705).

²⁴⁰ Ocorrido na França em 1873, refere-se ao caso em que a menina Agnès Blanco foi colhida por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo ao atravessar a rua em Bordeaux, contra o que seu pai promoveu ação civil de indenização, sustentando que o Estado seria civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, decorrentes da ação danosa de seus agentes. O caso teria suscitado conflito de competência entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, prevalecendo este, para apreciar a responsabilidade derivada do funcionamento do serviço público, afastando-se o regime comum para aplicar regras próprias ao Estado.

²⁴¹ Nos EUA vigorava o sistema da responsabilidade do funcionário e da irresponsabilidade do poder público até o advento do *Federal Tort Claims Act*. Contudo, o referido diploma não se aplica às condutas exclusivamente governamentais, mas sim àquelas passíveis de serem praticadas por uma pessoa privada. (DIAS, 2012, p. 656)

Tort Claim Act em 1946, e pela Inglaterra²⁴² em 1947, com o *Crown Proceeding Act*.

Superada a tese da irresponsabilidade, primeiramente aplicou-se à responsabilidade estatal os mesmo princípios adotados no Direito Civil, apoiados na teoria civilista da culpa, passando pela teoria da culpa do *funcionário*²⁴³ e pela responsabilidade por fato de outrem, isto é, a mesma responsabilidade do patrão ou preponente. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 284)

Alguns autores distinguem os atos de império dos atos de gestão, para admitir somente quanto a estes a responsabilidade, já que praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, de forma a afastar a responsabilização pela atividade administrativa levada a cabo com todas as prerrogativas e privilégios de coercibilidade e

²⁴² A partir do *Crown Proceeding Act*, a Coroa inglesa passou a responder por danos causados pelos seus agentes uma vez observada infração dos deveres que todo o patrão tem em relação aos seus prepostos, bem como dos deveres que o proprietário tem com a coisa. Explica Di Pietro (2013, p. 705) que a responsabilidade do Estado na Inglaterra sofre limitações, não se aplicando aos entes locais nem às empresas estatais.

²⁴³ CC, de 1916, Art. 15. "As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, **procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei**, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano" (grifou-se).

autoexecutoriedade, exorbitantes ao direito comum. (DI PIETRO, 2013, p. 705)

Junto ao *nascimento traumático* do contencioso administrativo,²⁴⁴ está também o primeiro passo para a elaboração de teorias propriamente publicistas de responsabilidade do Estado: a teoria da culpa administrativa ou culpa anônima do serviço e a teoria do risco - esta desdobrada, por alguns autores, em teoria do risco administrativo e teoria do risco integral.

A teoria da culpa anônima do serviço (*faute du service publique*) surgiu para desvincular a responsabilidade do Estado da perquirição de culpa de um agente público determinado. Assim, ainda que o agente público não seja identificável, se se considerar que o serviço público funcionou mal, então há responsabilidade estatal. Tal teoria reconhece a responsabilidade estatal nas hipóteses em que o serviço público não funciona (omissão), funciona com atraso ou é mal prestado (comportamento comissivo), independentemente de qualquer

²⁴⁴ Recorrendo à explicação metafórica do professor Vasco Pereira da Silva (2009), o Direito Administrativo teve, logo no seu nascimento, uma “experiência traumática”, cujas consequências se fizeram sentir ao longo da evolução do contencioso administrativo, referindo-se ao caso Blanco.

apreciação da culpa do agente estatal. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 285)

Ao lado da teoria *faute du service publique*, a jurisprudência francesa²⁴⁵ passou a adotar, para determinados casos, a teoria do risco, fundamento da responsabilidade objetiva do Estado (DI PIETRO, 2013, p. 707). Em suma, a teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa.

A partir da teoria do risco, a ideia de culpa é substituída pela aferição exclusiva do nexo de causalidade entre a atuação estatal e o prejuízo sofrido pelo administrado, sendo indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular. Demonstrado o nexo de causalidade, o Estado deve ressarcir.

²⁴⁵ A responsabilidade objetiva do Estado está baseada "no princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais e encontra raízes no artigo 13 da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, segundo o qual 'para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com as suas possibilidades'. O princípio significa que, assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos" (DI PIETRO, 2013, p. 707).

Informada pela teoria do risco, a responsabilidade do Estado apresenta-se hoje, no ordenamento pátrio, como responsabilidade objetiva, como se infere do exposto:

CF, Art. 37, § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Consoante o dispositivo constitucional, em apertada síntese, podem-se resumir os pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado nos seguintes: (a) o ato lícito ou ilícito (ou antijurídico²⁴⁶), praticado por agente público em sentido amplo²⁴⁷; (b) o dano específico (porque atinge apenas um ou

²⁴⁶ O termo antijurídico é assim justificado: "Todas as definições dadas ao ato ilícito, sobretudo entre os clássicos, seguem essa mesma linha - íntima ligação entre o seu conceito e o de culpa. Tal critério, entretanto, cria enorme dificuldade em sede de responsabilidade objetiva, na qual não se cogita de culpa. (...) Entendemos que a solução adequada para a questão pode ser encontrada no duplo aspecto da ilicitude. No seu aspecto objetivo, leva-se em conta para a configuração da ilicitude apenas a conduta ou fato em si mesmo, sua materialidade ou exterioridade, e verifica-se a desconformidade dela com a que o Direito queria. A conduta contrária à norma jurídica, por si só, merece a qualificação de ilícita ainda que não tenha origem numa vontade consciente e livre. Por esse enfoque objetivo o ato ilícito indica a antijuridicidade da conduta, a desconformidade entre esta e a ordem jurídica, ou seja, a objetiva violação de um dever jurídico" (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 21-22).

²⁴⁷ "Para a vítima é indiferente o título pelo qual o causador direto do dano esteja vinculado à Administração; o necessário é que se encontre a serviço do

alguns membros da coletividade) e anormal (porque supera os inconvenientes normais da vida em sociedade, decorrentes da atuação estatal); (c) o nexo de causalidade entre o ato do agente público e o dano. (DI PIETRO, 2013, p. 707)

Por fim, cumpre-se diferenciar a teoria do risco administrativo com a do risco integral, muito embora alguns juristas utilizem as expressões indistintamente. A distinção é determinada sobretudo em função dos efeitos que acarretam (CAHALI, 1995, p. 40). Enquanto o risco administrativo é qualificado pelo seu efeito de permitir a contraprova de excludente de responsabilidade, o risco integral jamais admitiria tal efeito.

Pode-se afirmar que a regra da responsabilidade objetiva do Estado, no nosso ordenamento jurídico, é a do risco pela atividade administrativa,²⁴⁸ permitindo-se a exclusão ou

Poder Público, embora atue fora ou além de sua competência administrativa" (MEIRELLES, 2010, p. 687), incluindo qualquer pessoa jurídica de direito privado que receba delegação do Poder Público, a qualquer título, para a prestação do serviço público.

²⁴⁸ Não obstante a adoção, via de regra, do risco administrativo, há no direito brasileiro normas expressas em que se aplica a teoria do risco integral, tendo em vista que a responsabilidade do Estado incide independentemente da ocorrência das circunstâncias que normalmente seriam consideradas excludentes de responsabilidade. "É o que ocorre nos casos de danos causados por acidentes nucleares (art. 21, XXIII, c, da Constituição Federal) e também na hipótese de danos decorrentes de atos terroristas, atos de guerra

atenuação da responsabilidade quando fatores outros, voluntários ou não, tiverem prevalecido ou concorrido como causa na verificação do dano.

A responsabilidade objetiva do Estado será, portanto, afastada caso se observe a exclusão do nexa causal (por fato exclusivo da vítima, fato de terceiro, força maior ou caso fortuito²⁴⁹). Nesse sentido, não responde o Estado objetivamente por fenômenos da natureza, como chuvas torrenciais e tempestades, por exemplo, porque tais eventos não são causados por sua atividade (CAVALIERI FILHO, p. 293-294). No entanto, a sua omissão em um dever de agir ou impedir danos, como manter a infraestrutura de escoamento de águas, por exemplo, poderá, sim, ensejar a sua responsabilização, como se demonstrará.

ou eventos correlatos, contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras, conforme previsto nas Leis n. 10.309/2001, e n. 10.744/2003". (DI PIETRO, 2013, p. 709). E também algumas previsões esparsas no CC: arts. 246, 393 e 399.

²⁴⁹ Vale lembrar que o fortuito interno "não exclui a responsabilidade do Estado porquanto, embora imprevisível, faz parte da sua atividade, liga-se aos riscos da atuação estatal. Só o fortuito externo exclui a responsabilidade estatal por se tratar de fato irresistível, estranho à atividade administrativa" (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 294).

2.2 Divergências doutrinárias quanto à responsabilidade do Estado por omissão

Não há maiores controvérsias quanto à interpretação majoritária, conferida ao preceito constitucional do § 6º do art. 37, no sentido da aplicação da responsabilidade objetiva pelo risco administrativo às pessoas jurídicas de direito público, bem como às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, quanto aos danos que causarem. Permanece, contudo, certa divergência quanto aos danos derivados da conduta omissiva do Estado.

Tal controvérsia está calcada na interpretação da expressão "causarem a terceiros", contida no art. 37, § 6º. Há quem entenda que o verbo "causar" remete a uma ação positiva, não abrangendo o dispositivo constitucional, dessa forma, as omissões. Ao nosso ver, uma vez aplicado tal sentido à expressão "causar", a omissão sequer poderia gerar responsabilidade subjetiva, por negar-se, desse modo, o nexa de causalidade entre dano e omissão, em evidente equívoco, já que inúmeros são os danos atribuíveis à ausência de uma determinada ação.

Não faltam vozes na doutrina, ainda que em menor número, que defendem não ter a Constituição Federal feito

qualquer distinção entre danos derivados da ação ou da omissão do Estado, razão pela qual seria a regra sempre a da responsabilidade objetiva estatal.²⁵⁰

Outro argumento levantado para sustentar a inaplicabilidade do dispositivo constitucional à omissão estatal seria a exigência de expressa norma legal contida na chamada cláusula geral de responsabilidade civil objetiva do Código Civil, disposta no parágrafo único do art. 927²⁵¹, combinada com o art. 43²⁵² do mesmo diploma, dispositivo este que não incluiu em seu conteúdo a conduta omissiva do Estado.²⁵³ Assim, por falta de expressa disposição, a responsabilidade objetiva seria aplicável apenas a comportamentos comissivos, enquanto os danos causados por omissão só seriam imputáveis ao Estado uma vez

²⁵⁰ Compartilham do entendimento pela aplicação da responsabilidade objetiva mesmo aos danos derivados da omissão estatal: Arnoldo Wald (1993); Saulo José Casali Bahia (1997); Gustavo Mendes Tepedino (1999); Odete Medauar (2004); Juarez Freitas (2006); Romeu Felipe Bacellar Filho (2006).

²⁵¹ CC, art. 927, parágrafo único: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, **nos casos especificados em lei**" (grifou-se).

²⁵² CC, art. 43: "As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis **por atos** dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo" (grifou-se).

²⁵³ Nesse sentido: CARVALHO FILHO, 2014, p. 571-572.

observado o requisito culpa, conforme a regra geral da responsabilidade subjetiva do Código Civil.

Mais uma vez, tal interpretação não seria imune a críticas, porquanto a regra infraconstitucional do art. 43 do Código Civil não teria o condão de atribuir requisitos diversos daqueles contidos na Constituição, a ponto de derrogar a eleição, pelo constituinte, da regra da responsabilidade objetiva estatal.

Ainda assim, a maior parte da doutrina administrativista defende a aplicação da responsabilidade subjetiva, na modalidade da culpa anônima do serviço, aos casos de danos derivados da omissão do Estado.²⁵⁴

Isso se justificaria porque a culpa estaria embutida na própria ideia de omissão, não podendo esta dissociar-se daquela. Sob tal perspectiva, não faria sentido falar de responsabilidade objetiva nos casos de inércia do agente público que tinha o dever de agir e não agiu, sem que para isso houvesse uma razão aceitável. Nesse sentido, elucida José Cretella Júnior (1970 *apud* DI PIETRO, 2013, p. 716):

²⁵⁴ Compartilham do entendimento pela aplicação da responsabilidade subjetiva aos danos derivados da omissão estatal: José Cretella Júnior (1970); Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979); Yussef Said Cahali (1995); Celso Antônio Bandeira de Mello (2013); Maria Sylvania Di Pietro (2013); José dos Santos Carvalho Filho (2014), entre outros.

A omissão configura a culpa *in omittendo* ou *in vigilando*. São casos de inércia, casos de não-atos. Se cruza os braços ou se não vigia, quando deveria agir, o agente público omite-se, empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente. Devendo agir, não agiu. Nem como o *bonus pater familiae*, nem como *bonus administrator*: Foi negligente. Às vezes imprudente ou até imperito. Negligente, se a solércia o dominou; imprudente, se confiou na sorte; imperito, se não previu a possibilidade de concretização do evento. Em todos os casos, culpa, ligada à ideia de inação física ou mental.

Para José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 571-572), nem toda conduta omissiva retrata um *desleixo* do Estado em cumprir um dever legal. A consequência disso, para o autor, reside em que a responsabilidade civil do Estado, no caso da conduta omissiva, só se desenhará quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa. E a culpa, para Carvalho Filho, origina-se precisamente do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, *de impedir a consumação do dano*, ou seja, o dever de evitar o dano. Tal assertiva, como se demonstrará, aproxima-se da noção de omissão genérica, em contraposição à ideia de omissão específica, proposta por parte da doutrina e acolhida pelo STF.

É certo que a responsabilidade decorrente de omissão pressupõe o descumprimento de um dever jurídico por parte do Estado e a possibilidade de agir para evitar o dano, requisito este comum à responsabilidade objetiva e à subjetiva. Assim, é consenso que, quando a conduta estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Ou seja, a dificuldade está, na verdade, em provar-se o nexo de causalidade entre o dano e a omissão estatal, sendo que, para aqueles que advogam pela aplicação da culpa anônima do serviço, a prova do nexo de causalidade parece coincidir com a prova da falha do serviço.

Consubstancia essa percepção o entendimento de Arnoldo Wald (1993, p. 169), para quem a própria ocorrência do dano já comprova a falta do serviço que justifica a indenização, admitindo-se como defesa do Estado apenas a prova da existência de excludentes de causalidade no caso concreto, a fim de afastar sua responsabilidade.²⁵⁵

²⁵⁵ "A ocorrência do dano comprova, por si só, que os serviços não funcionaram ou funcionaram mal, caracterizando, assim, a falta de serviço que justifica a indenização. A doutrina francesa reconhece, a este respeito, que a falta de serviço não deixa de constituir uma falha da empresa ou do Estado, concluindo que *'l'accident anonyme est présumé faute de l'entreprise'*. No caso, a falha do serviço, o resultado danoso e a prova da causalidade são elementos suficientes para ensejar a responsabilidade pública. E vimos que

Diversas são as situações que comportam o rompimento do nexo causal entre a ação preventiva do Estado e o evento danoso. Para ilustrar como a aplicação da teoria objetiva aos danos causados por omissão não erige o Estado à condição de segurador universal, sustenta Gustavo Tepedino (1999, p. 192-193):

Toma-se, como exemplo, a hipótese em que se configuram danos a particulares decorrentes de enchentes de vias públicas, tragicamente corriqueiras nos centros urbanos brasileiros. Inúmeras vezes, tem-se manifestado o Judiciário, em despreço às sucessivas previsões constitucionais, no sentido da necessidade de se comprovar o mau funcionamento dos serviços públicos de escoamento de águas - limpeza de galerias, contenção de encostas, etc... -, para que se imponha a condenação da municipalidade. Se, ao revés, o operador adotasse a teoria do risco administrativo, nos termos da previsão constitucional, a construção não determinaria uma atribuição ilimitada de responsabilidade a cargo do Poder Público. Caberia ao julgador, no exame do caso concreto, verificar se a enchente, por sua intensidade, caracterizaria força maior, capaz de excluir o nexo causal entre a ação preventiva do município e os eventos danosos. Ao invés de se perquirir a falta do serviço, nem sempre de fácil constatação pericial, sobretudo após a verificação da calamidade, é de se examinar se o evento é previsível e resistível, cingindo-se a

investigação aos pressupostos da responsabilidade objetiva.

Também pela dificuldade da prova da culpa posiciona-se Odete Medauar (2004, p. 435), para quem "Melhor se asseguram os direitos da vítima ante o tratamento objetivo da responsabilidade da Administração", independentemente de tratar-se de ação ou omissão.

Consoante essa corrente, não é necessária a prova de imputação de culpa ao Estado, mas tão somente o descumprimento objetivo de um dever de agir. A abstenção sancionável, ensejadora de responsabilidade, seria aquela derivada do descumprimento de um determinado dever jurídico. Ora, se a análise proposta levar em conta, essencialmente, o descumprimento de uma obrigação por parte do Estado, prescinde-se da ideia de culpa e tem-se, por conseguinte, uma responsabilidade de natureza objetiva. (HACHEM, 2014, p. 10-11)

Alguns autores não fazem distinção entre a culpa anônima e a responsabilidade objetiva. Romeu Felipe Bacellar Filho (2006 *apud* HACHEM, 2014, p. 11), por exemplo, inclui a falta do serviço na modalidade objetiva de responsabilização,

este tem sido o entendimento jurisprudencial, que presume a culpa da administração e só permite que ela se exonere da responsabilidade fazendo a prova da força maior" (WALD, 1993, p. 169).

pois “em face do dever de eficiência imposto ao Poder Público, prescinde-se de qualquer perquirição de culpa”.

O entendimento que prevalece, entretanto, é o de que a verificação da *faute du service* é um requisito da responsabilidade subjetiva.²⁵⁶ Isso porque a objetividade com que se afere a culpa ou a falta do serviço não se confunde com a objetividade da responsabilidade - em que basta a prova do nexo de causalidade entre dano e fato administrativo, conforme explica Bandeira de Mello (2013, p. 1021):

O argumento de que a falta do serviço (*faute du service*) é um fato objetivo, por corresponder a um comportamento *objetivamente inferior aos padrões normais* devidos pelo serviço, também não socorre os que pretendem caracterizá-la como hipótese de responsabilidade objetiva. Com efeito, a ser assim, também a responsabilidade por culpa seria responsabilidade objetiva (!), pois é culposa (por negligência, imprudência, ou imperícia) a conduta *objetivamente inferior aos padrões normais* de diligência, prudência ou perícia devidos por seu autor.

²⁵⁶ Essa era a leitura de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, repetida nos principais manuais de Responsabilidade Civil do Estado: MELLO, 2013; CAVALIERI FILHO, 2014; DI PIETRO, 2013; CARVALHO FILHO, 2014, para citar alguns), mas não é imune à divergência. A propósito, cf. Daniel Wunder Hachem (2014), quanto à proposta de releitura da teoria da *faute du service*.

Assim, apesar de ser válida a observação de que, na prática, para alguns casos de omissão, a adoção da teoria objetiva ou da subjetiva levaria à mesma consequência, em razão da muitas vezes coincidente prova do nexo causal com a prova da falha do serviço, não se pode confundir os institutos de forma atécnica.

Há responsabilidade objetiva quando bastar para caracterizá-la a simples relação causal entre fato administrativo e dano. Há responsabilidade subjetiva quando for necessário que a conduta geradora do dano "revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção ou habilidade normais (culpa) *legalmente exigíveis*" (MELLO, 2013, p. 1021). Por tal razão, Bandeira de Mello (2013, p. 1021) defende que "é sempre responsabilidade por comportamento ilícito [com culpa] quando o Estado, devendo atuar, e de acordo com certos padrões, *não atua* [omissão] ou *atua insuficientemente* para deter o evento lesivo".

Uma terceira corrente²⁵⁷ propõe uma solução intermediária à questão da responsabilidade estatal por

²⁵⁷ Distinguem omissões específicas das genéricas: Guilherme Couto de Castro (1997); José de Aguiar Dias (2012); Sérgio Cavalieri Filho (2014); Celso de

omissão, distinguindo omissões específicas - em que está individualizado o *dever de agir* do Estado -, de omissões genéricas - em há apenas um *dever de evitar* o dano por parte da atuação preventiva e fiscalizatória estatal -, propondo, assim, a responsabilidade objetiva para a primeira categoria, e a responsabilidade subjetiva com a perquirição da falha anônima do serviço para a segunda. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 298)

Sob tal perspectiva, a omissão específica estatal cria situação propícia para a ocorrência do dano, já que o Estado tinha dever de agir para impedi-lo, erigindo-se a omissão em causa adequada ao dano. Cavalieri Filho (2014, p. 298) refere-se a situações em que o Estado está na condição de garante ou guardião, possuindo um dever especial de proteção, como nos casos de morte de detento no presídio, acidente com aluno nas dependências de escola pública, suicídio cometido por paciente internado em hospital público.²⁵⁸

Mello (STF, RTJ 163/1107-1109, RTJ 214/516-517, RTJ 140/636, RTJ 55/503, RTJ 71/99, RTJ 91/377, RTJ 99/1155, RTJ 131/417); Luiz Fux (STF, ARE 638.467).

²⁵⁸ "Em suma, a omissão específica, que faz emergir a responsabilidade objetiva da Administração Pública, pressupõe um dever específico do Estado, que o obrigue a agir para impedir o resultado danoso, quando a vítima se encontrava sob sua proteção ou guarda" (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 298).

A omissão genérica, por sua vez, embora não seja a causa direta e imediata do dano, concorre para este, cabendo ao lesado provar a falta anônima do serviço. Seria a situação em que a Administração tem o dever legal de agir em razão do seu poder de polícia ou de fiscalização, por exemplo, e a sua omissão concorre para o resultado. Dessa forma, o comportamento omissivo do Estado de forma genérica só dá ensejo à responsabilidade subjetiva quando for concausa do dano. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 298)

A exemplo da omissão genérica, Cavalieri Filho (2014, p. 298-299) cita: a negligência na segurança de balneário público, em que banhista acaba por mergulhar de cabeça em águas rasas, ficando tetraplégico; a queda de ciclista em bueiro aberto em péssimo estado de conservação, evidenciada a culpa anônima do serviço; estupro cometido por presidiário, fugitivo contumaz, que não fora submetido à regressão de regime prisional como manda a lei.

Ou seja, para essa corrente doutrinária intermediária, é necessário estabelecer a distinção entre estar o Estado obrigado a praticar uma ação, em razão de específico dever de agir, ou ter apenas o dever de evitar o resultado. Resta saber se tais nuances

teóricas repercutem de alguma forma na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

3. A Responsabilidade do Estado por omissão a partir da análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Da análise da jurisprudência recente do STJ, é possível observar alguns grupos de casos bem delimitados sobre o tema da responsabilidade civil do Estado por omissão.²⁵⁹ Para demonstrar o problema e verificar as hipóteses, basta, por ora, a análise dos seguintes grupos: (a) a omissão estatal no dever de guarda de pessoas; (b) a omissão estatal quanto a serviços públicos de abastecimento; (c) a omissão estatal de que decorrem acidentes de trânsito.

De maneira breve, é possível adiantar que, quando se observa a *ratio decidendi* dentro de um mesmo grupo de casos (a), a adoção de uma ou outra teoria, entre as apresentadas no

²⁵⁹ No que concerne à metodologia aplicada na pesquisa jurisprudencial, delimitou-se a busca aos julgados do STJ publicados entre 01/01/2006 e 16/10/2016. Como termos de busca, utilizaram-se as seguintes palavras-chave: "responsabilidade civil do Estado por omissão específica", "responsabilidade civil do Estado subjetiva", "*faute du service*" e "responsabilidade civil do Estado objetiva por omissão". Apresentam-se os grupos de casos mais interessantes para ilustrar a conclusão a que se chegou com a análise.

primeiro capítulo deste artigo, não é determinante para o resultado final dos litígios, chegando-se indistintamente à configuração do dever de indenizar por parte do Estado, mesmo a partir de diferentes teorias aplicadas a idêntico suporte fático.

Por outro lado, por vezes, mesmo aplicando uma só teoria de responsabilidade a um mesmo suporte fático (b), a jurisprudência chega a resultados diversos, porque estabeleceu parâmetros diferentes para se determinar o que seja falha do serviço, qual a prova da omissão, a quem incumbe a prova, etc. Alia-se a este aspecto a dificuldade probatória, tanto da conduta omissiva, quanto do nexo causal desta em relação à omissão.

Não obstante, a depender do grupo de casos (c), pode-se observar, na contramão do aspecto citado acima, uma tendência de tratamento objetivo dos requisitos necessários para aferição da falta do serviço. Assim, na prática, uma vez observada a condição objetiva determinada, a aplicação da teoria objetiva ou da subjetiva levará à mesma consequência: eis que só restará a prova do nexo de causalidade, requisito comum às teorias.

3.1 Omissão estatal no dever de guarda de pessoas

O primeiro grupo de casos refere-se àqueles nos quais configura-se um dever de proteção ou tutela individualizado do Estado para com um de seus administrados, por exemplo, quando do seu recolhimento a uma instituição prisional.²⁶⁰ O entendimento majoritário do STJ reconhece, atualmente, a responsabilidade objetiva do Estado por omissão quando houver morte do detento no interior do estabelecimento prisional ou do interno acolhido em instituição para cumprimento de medida socioeducativa.

Conquanto já fosse reconhecida de qualquer forma a responsabilidade estatal, não era unânime a adoção de uma das teorias nesse grupo de casos, pelo menos até 2012, quando o STF julgou a matéria com repercussão geral, no ARE n. 638.467, relatoria do Min. Luiz Fux. Nessa ocasião, determinou-se que a responsabilidade estatal por morte de detento é *objetiva*, por *omissão específica*, porque "o Estado deve zelar pela integridade física dos internos em estabelecimentos penitenciários que estão sob sua custódia, tendo falhado nesse ínterim".

²⁶⁰ Raciocínio similar é aplicável à omissão estatal quanto aos danos causados a alunos nas dependências de escola pública, ou danos causados a paciente internado em hospital público.

A partir do ano de 2012, tal entendimento tem sido reproduzido no STJ²⁶¹, aplicando-se a teoria objetiva *in casu*, sem maiores divergências. Ainda assim, a análise dos julgados anteriores a 2012 é interessante para evidenciar a hipótese do presente estudo, a de que a adoção de uma ou outra teoria não foi decisiva para a configuração da responsabilidade estatal na jurisprudência, reconhecendo-se o dever de indenizar indistintamente.

O posicionamento anterior é evidenciado pelo REsp 1.095.309/AM, apreciado em 12/05/2009, também sob a relatoria de Luiz Fux, então Ministro do STJ, o qual, à época, aduziu a aplicação da teoria da culpa do serviço público para reconhecer a responsabilidade estatal por omissão em decorrência da morte de preso em cadeia pública. A *ratio decidendi* considerou "*ato ilícito* da Administração Pública transpassado na *negligência* com que agiu diante do evento rebelião, já que, caso tivessem sido adotadas as mínimas

²⁶¹ A exemplo, é o entendimento adotado no recentíssimo julgado: STJ, AgInt no REsp n. 1581961/SP, de relatoria do Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 01/09/2016, em que foi reconhecida a responsabilidade objetiva do Estado por omissão específica, relativa ao falecimento de interno da Fundação CASA durante rebelião dos recolhidos, na qual o menor, que participava do levante, veio a cair do telhado de um dos prédios do estabelecimento.

cauteladas exigidas do dever de ofício, a rebelião e consequentemente a chacina não teria ocorrido" (grifou-se).

Em contrapartida, a teoria objetiva havia sido aplicada para caso semelhante em julgamento ocorrido dois anos antes, na mesma Turma do STJ, sendo que também o Ministro Luiz Fux foi designado o relator para o acórdão. O caso versava sobre falecimento de presidiário que cumpria pena em presídio, em decorrência de asfixia mecânica por esganadura praticada pelos colegas de cela. O seguinte entendimento foi adotado:

A responsabilidade objetiva do Estado, uma vez caracterizada no caso concreto, impõe ao lesado tão somente demonstrar a ocorrência do fato administrativo (esganadura por colega de cela), do dano (morte da vítima) e nexo causal (que a morte da vítima decorreu de errôneo planejamento da segurança no presídio). (...) os pressupostos da responsabilidade objetiva impõem ao Estado provar a inexistência do fato administrativo, de dano ou ausência de nexo de causalidade entre o fato e o dano, o que atenua sobremaneira o princípio de que o ônus da prova incumbe a quem alega. (STJ, REsp 944.884/RS, julgado em 18/10/2007)

Ou seja, a aplicação de uma teoria em detrimento da outra, no caso de omissão no dever de guarda de pessoas, não foi decisiva para a análise judicial da responsabilidade do Estado: nota-se a aplicação das três correntes levando ao mesmo

resultado. Sob a ótica subjetiva, presumia-se a ocorrência da negligência, à razão de que se o Estatal observasse cautelas mínimas, o dano não teria ocorrido. Do mesmo modo, a aplicação da teoria objetiva, adotando-se a noção de omissão específica ou não, também resultou no dever de indenizar.

3.2 Omissão estatal quanto a serviços públicos de abastecimento

Quanto à prestação de serviços públicos, a jurisprudência predominante do STJ considera a responsabilidade pela omissão subjetiva,²⁶² pela falha na prestação do serviço, com a presença, em alguns acórdãos, da distinção entre omissão específica e genérica²⁶³.

O aspecto curioso quanto a esse grupo de casos está na tendência da jurisprudência a presumir a falha do serviço

²⁶² A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que "a responsabilidade civil do estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo causal entre ambos" (STJ, AgRg no AREsp 501.507/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe de 02/06/2014). Em igual sentido: STJ, REsp 1.230.155/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJe de 17/09/2013; AgRg no AREsp 386.593/SE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 1ª Turma, DJe 11/02/2014.

²⁶³ Cf. STJ, REsp 888.420/MG, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 27/05/2009.

quando da ocorrência do evento danoso,²⁶⁴ bem como na dificuldade de se provar a falha do serviço²⁶⁵ ou mesmo de se conceituar o que seria uma falha em determinado serviço. Mais do que isso, por vezes, a corte julga casos idênticos, pela mesma teoria relativa à responsabilidade por omissão, e chega a resultados opostos.

Para ilustrar, faz-se menção à situação em que é encontrado um cadáver humano em um reservatório de água, caso em que o entendimento das turmas do STJ é pela aplicação da responsabilidade subjetiva por omissão.²⁶⁶ Curiosamente, a Segunda Turma do STJ, no dia 24/11/2015, julgou dois casos com esse mesmo suporte fático. No AgRg no REsp 1.562.277, reconheceu-se "responsabilidade subjetiva por omissão da concessionária decorrente de falha do dever de efetiva vigilância do reservatório de água, quando nele foi encontrado um cadáver humano". Da argumentação, extrai-se que: (i) a simples presença do cadáver humano no reservatório prova a falha no dever de

segurança, ainda que se alegue que todas as medidas cabíveis foram tomadas; (ii) a simples presença do corpo na água configura falha na prestação do serviço, independentemente de qualquer prova de alteração dos padrões da água.²⁶⁷ Veja-se:

Apesar da argumentação no sentido de que foram observadas todas as medidas cabíveis para a manutenção da segurança do local, fato é que ele foi invadido, e de que o reservatório é passível de violação, quando nele foi deixado um cadáver humano. De outro lado, também, ficou caracterizada falha na prestação do serviço, indenizável por dano moral, quando a COPASA não garantiu a qualidade da água distribuída a população, **porquanto é inegável que, se o corpo estava em decomposição, a água ficou por determinado período contaminada.** (AgRg no REsp 1562277/MG, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. em 24/11/2015, DJe 01/12/2015. Grifou-se)

Em sentido oposto, quando da análise do AgRg no REsp 1.563.039/MG²⁶⁸, julgado na mesma sessão, a Segunda Turma: (i) exige a prova de que a concessionária de serviço público

²⁶⁴ No sentido do entendimento de Arnoldo Wald (1993), vide nota de rodapé n. 23.

²⁶⁵ Vale lembrar que inúmeros acórdãos acabam por concluir pela incidência da Súmula n. 7.

²⁶⁶ Cf. AgRg no REsp 1560641/MG, j. em: 19/11/2015; AgRg no REsp 1561869/MG, j. em 17/12/2015.

²⁶⁷ No mesmo sentido, de relatoria do Min. Humberto Martins: STJ, REsp 1492710/MG, DJe 19/12/2014; AgRg no AREsp 704.444/MG, DJe 02/09/2015. Em ambos os acórdãos: "Fica configurada a responsabilidade subjetiva por omissão da concessionária decorrente de falha do dever de efetiva vigilância do reservatório de água, quando nele foi encontrado um cadáver humano". Cf. também: AgRg no REsp 969.894/MG, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 27/11/2008, acolhendo os argumentos da decisão recorrida.

²⁶⁸ AgRg no REsp 1563039/MG, Rel. Min. Assusete Magalhães, 2ª Turma, j. em 24/11/2015, DJe 02/12/2015.

tenha se omitido no dever de zelar pela higidez do reservatório de água, não sendo bastante a existência de cadáver humano no reservatório, e decide pela aplicação da Súmula 7/STJ. Ademais, decidiu que: (ii) a simples presença do cadáver humano na água não configura a falha na prestação do serviço, eis que não restou comprovada a alegada contaminação, em face dos relatórios de qualidade físico-química da água distribuída.²⁶⁹

Em suma, ainda que se aplique a mesma teoria de responsabilidade a um mesmo suporte fático, por vezes a jurisprudência chega a parâmetros diversos para se determinar o que seja falha do serviço, qual a prova da omissão, a quem incumbe a prova, etc.

3.3 Acidentes de trânsito decorrentes da omissão estatal

²⁶⁹ No mesmo sentido: " O Tribunal de origem concluiu pela inexistência do dever de indenizar, uma vez que **não foi demonstrada nos autos a contaminação da água, a despeito da presença de cadáver no reservatório**. Assim, para alterar tal conclusão na forma pretendida pelos recorrentes, necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, o que é vedado em Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ. (REsp 1416978/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJe 3/12/2013)" (REsp 1549958/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 03/02/2016, grifou-se); AgRg no REsp 1561869/MG, Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 05/02/2016.

Outro grupo considerável de casos de responsabilidade estatal por omissão, presentes na jurisprudência do STJ, é aquele relativo a acidentes de trânsito decorrentes da omissão estatal no dever de manutenção da via pública, ou pela omissão no dever de fiscalização de rodovia com trânsito de animais. Nesses casos, a corte igualmente opera a responsabilidade subjetiva por omissão, perquirindo a culpa da pessoa pública ou privada responsável pela via.

Observa-se uma tendência de tratamento objetivo dos requisitos necessários para aferição da falta do serviço.²⁷⁰ O STJ já decidiu, por exemplo, que a existência de buraco na pista é circunstância suficiente para caracterizar a negligência do Poder Público na conservação das rodovias federais;²⁷¹ se provada a existência de buraco na pista, a corte só afasta a

²⁷⁰ A objetividade nos requisitos para configuração da culpa ou falta do serviço não se confunde com a objetividade da responsabilidade, no sentido da argumentação de Bandeira de Mello, apresentada acima.

²⁷¹ Cf. STJ, REsp 1356978/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJe 17/09/2013; AgRg no AREsp 502.054/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, 2ª Turma, DJe 29/05/2015; REsp 1440845/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 07/10/2016.

responsabilidade estatal quando presente excludente de causalidade.²⁷²

Raciocínio semelhante é aplicado aos casos de acidente de trânsito pela presença de animal na pista, em que a verificação desta circunstância é requisito objetivo da aferição da culpa no dever de fiscalização da via,²⁷³ sendo bastante a prova do nexo causal. Isto é, deve-se provar que o evento danoso foi de fato causado pela presença do animal na pista, e não por outra causa. Na prática, uma vez constatada a presença do animal, a aplicação da teoria objetiva ou da subjetiva levará à mesma consequência: eis que a só restará a prova do nexo de causalidade, requisito comum às teorias. Tanto é que em recente julgado foi aplicada a responsabilidade objetiva da omissão da concessionária de serviço público em fiscalizar a via de que

²⁷² Cf. STJ, AgRg no REsp 1522864/CE, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 02/06/2015.

²⁷³ Nesse sentido: "Caracterizada a culpa do Estado em acidente envolvendo veículo e animal parado no meio da rodovia, pela ausência de policiamento e vigilância da pista" (REsp 1198534/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJe 20/08/2010). "Comprovada nos autos a consumação do dano, a existência de omissão estatal em fiscalizar a rodovia estadual com trânsito de animais e o vínculo causal entre o evento danoso e o comportamento estatal - requisitos cumulativos geradores da responsabilidade civil do Estado" (STJ, AgRg no REsp 1247453/MS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 1ª Turma, DJe 29/05/2012).

decorre atropelamento de animal.²⁷⁴ Ademais, a julgar pela extensão da malha viária do país em que é comum o trânsito de animais, é raríssima a prova da adequada fiscalização da via pelo Poder Público quando da ocorrência do evento danoso.

4. Considerações Finais

Longe de esgotar o tema, riquíssimo em detalhes, o estudo proposto logrou demonstrar o atual estado da arte da responsabilidade civil do Estado por omissão, identificando, no primeiro capítulo, três correntes doutrinárias principais: (i) pela aplicação da responsabilidade objetiva, uma vez que não há, no texto constitucional, qualquer distinção entre danos derivados da conduta omissiva ou comissiva atribuível ao Estado; (ii) pela aplicação da responsabilidade subjetiva, eis que a omissão não pode ser dissociada da ideia de culpa, sendo necessária a perquirição do mau funcionamento ou do não funcionamento do serviço; (iii) por uma resposta intermediária, aplicando-se às omissões específicas, derivadas de um dever de agir do Estado

²⁷⁴ Cf. STJ, AgRg no AREsp 838.337/PR, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma, DJe 09/08/2016.

na condição de guardião ou garante, a responsabilidade objetiva, e às omissões genéricas, em que não há um dever individualizado de agir, mas um dever geral de fiscalizar e evitar danos, a responsabilidade subjetiva pela culpa do serviço.

A partir das divergências doutrinárias, indagou-se qual a repercussão, na prática forense, de adotar-se uma ou outra corrente para a responsabilização estatal, conforme a aplicação dos conceitos e requisitos a três grupos de casos presentes na jurisprudência do STJ: (a) a omissão estatal no dever de guarda de pessoas; (b) a omissão estatal quanto a serviços públicos de abastecimento; e (c) a omissão estatal de que decorrem acidentes de trânsito.

Por um lado, observou-se que a adoção de uma ou outra teoria, dentro de um grupo de casos, não é determinante para o resultado do litígio, levando, indistintamente, à configuração do dever de indenizar estatal, mesmo a partir de diferentes teorias e idêntico suporte fático.

Por outro lado, por vezes, mesmo aplicando uma só teoria de responsabilidade a um mesmo suporte fático, a jurisprudência chegou a resultados diversos, porque estabeleceu parâmetros diferentes para se determinar o que seja falha do serviço, qual a prova necessária para configurar a omissão e a

quem incumbe a prova. Alia-se a este aspecto a dificuldade probatória, tanto da conduta omissiva, quanto do nexo causal desta em relação à omissão.

Quanto a casos determinados, observou-se, porém, a tendência de tratamento objetivo dos requisitos necessários para aferição da falta do serviço. Assim, quanto a estes casos, uma vez observada a condição determinada, a aplicação da teoria objetiva ou da subjetiva levará à mesma consequência: eis que só restará a prova do nexo causal, requisito comum a ambas.

Àqueles que se propõem qualificar o tipo de responsabilidade estatal a partir da análise jurisprudencial, resta, por fim, a seguinte conclusão:

A qualificação do tipo de responsabilidade imputável ao Estado, se objetiva ou subjetiva, constitui circunstância de menor relevo quando as instâncias ordinárias demonstram, com base no acervo probatório, que a inoperância estatal injustificada foi condição decisiva para a produção do resultado danoso. (STF, AgR no AI n. 600.652, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 24.10.2011)

Certo é que a responsabilidade decorrente de omissão pressupõe a inobservância de um dever jurídico por parte do Estado e a possibilidade de agir para evitar o dano, requisito este comum à teoria objetiva e à subjetiva. Assim, conclui-se que,

quando a conduta estatal for omissiva, o aspecto preponderante é determinar se a omissão constitui fato gerador da responsabilidade civil. A dificuldade está, na grande parte dos casos, em provar o nexos causal entre dano e omissão estatal, sendo, muitas vezes, irrelevante se a responsabilidade é objetiva ou subjetiva, observando-se, outrossim, cada vez mais a tendência a se objetivar os aspectos ensejadores da culpa do serviço, quando da aplicação da responsabilidade subjetiva.

5. Referências

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Responsabilidade civil da administração pública – aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras.** In: FREITAS, Juarez (coord.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BAHIA, Saulo José Casali. **Responsabilidade civil do estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: RT, 1995.

COSTA, Carlos A. Calvo. **El significado y las especies de daño resarcible**. Disponível em:

<<http://ccalvocosta.com.ar/articulos/El%20significado%20y%20las%20especies%20de%20da%C3%B1o%20resarcible.pdf>>.

255

<<http://ccalvocosta.com.ar/articulos/El%20significado%20y%20las%20especies%20de%20da%C3%B1o%20resarcible.pdf>>.
Acesso em: 12/05/2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

HACHEM, Daniel Wunder. **Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma proposta de releitura da teoria da faute du service**. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, n. 38, Ano 2014, abri.-jun.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8 ed. São Paulo: RT, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações - introdução à responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

PEREIRA DA SILVA, Vasco. **O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise**. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

TEPEDINO, Gustavo Mendes. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.

WALD, Arnoldo. **Os fundamentos da responsabilidade civil do Estado**. In: *AJURIS*, Julho 1993, n. 58.



ANAIIS

XX SEMANA JURÍDICA

UFSC

2016