

ISSN 2175-2176



IAB *INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS*

Revista Digital

**Ano IV - Número 16
Outubro a Dezembro de 2012**

Conselho Editorial

Coordenador-Geral

Fernando Maximo de A. Pizarro Drummond

Conselho Editorial

Antonio Luiz Calmon Teixeira da Silva - Ba

Alexandre Brandão Martins Ferreira - Rj

Claudia Lima Marques - Rs

Claudio Araújo Pinho - Mg

Ester Kosovski - Rj

Geraldo Luiz Mascarenhas Prado - Rj

José Ribas Vieira - Rj

Luiz Dilermando de Castelo Cruz - Rj

Vitor Sardas - Rj

INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS.

REVISTA DIGITAL

Rio de Janeiro: IAB, 2012.

Ano IV – Número 16. Outubro a Dezembro de 2012

Periodicidade: Trimestral

Acesso: <http://www.iabnacional.org.br>

ISSN 2175-2176

FICHA CATALOGRÁFICA

Índice

Palavra do Presidente

HOMENAGEM AO ORADOR CARLOS EDUARDO BOSÍSIO

- 5** **Fragoso, Fernando**
 Bosísio, a morte do orador oficial.
- 7** **Olivieri, Nicolau**
 Homenagem ao orador: Carlos Eduardo Bosísio

ARTIGOS/DOCTRINA

- 26** **Fragoso, José Carlos**

 São Ilegais os "Procedimentos Investigatórios" realizados
 pelo Ministério Público Federal
- 38** **Barandier, Marcio**

 Mídia, Opinião Pública e Direito de Defesa.
- 45** **Silva, Érica Guerra da**

 O Controle da Legalidade Sobre as Decisões a
 Assembleiarias na Recuperação Judicial

- 54 Grechi, Frederico Price**
O Direito Agrário Previdenciário e a “Ponderação” da Súmula N. 149 do Superior Tribunal de Justiça no Caso dos Trabalhadores Rurais “Boias-frias” – Uma Questão de Dignidade e de Justiça Social
- 60 Vianna, Duval**
A Arbitragem e as Pessoas Jurídicas de Direito Público
- 74 NUNES, Ricardo Pieri**
Tipo Penal de Terrorismo: juridicamente inútil, politicamente perigoso
- 85 Mergulhão, Maria Fernanda Dias; Oliveira Neto, Hélio Nascimento de**
Retrocessão: uma abordagem crítica
- 107 Soromenho-Pires, Antonio Carlos Sousa**
Da Intimidade ao Direito à Reserva da Intimidade da Vida Privada

Palavra do Presidente

BOSÍSIO, A MORTE DO ORADOR OFICIAL

Fernando Fragoso*



Carlos Eduardo Bosísio foi, certamente, um dos mais admirados oradores oficiais do Instituto dos Advogados Brasileiros, em todos os tempos. Sua prematura morte, aos 68 anos de idade, no primeiro dia de 2013, enluta e entristece seus muitos amigos e admiradores, dentro e fora do Instituto. Professor, advogado trabalhista dentre os mais notáveis do país em sua área de atuação, o admirável Bosísio foi dirigente do Centro Acadêmico da Faculdade Nacional de Direito, nos anos de chumbo, tendo pautado sua carreira pelo

exemplo de competência profissional e de irreduzível rigor ético.

Longos e admiráveis discursos ficarão na memória dos membros do IAB que tiveram o prazer de vê-lo e ouvi-lo nas sessões solenes que realizamos no período 2010/2012 e que estão transcritos em nosso site oficial, podendo também, ser vistos e ouvidos na TVIAB. Suas orações esplêndidas saíam de seus lábios, sem qualquer consulta a anotações, nem mesmo quando se constituíam em citações, sempre oportunas a ilustrar o pensamento límpido, na fala escoreita, que não claudicava.

Bosísio foi diretor cultural da Associação Carioca de Advogados Trabalhistas e conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil (seção Rio de Janeiro), entre 1983 e 1985, onde exerceu também as elevadas funções de diretor do Departamento de Estágio e de Exame de Ordem. Também foi professor de Direito do Trabalho nos primórdios da Faculdade de Direito Estácio de Sá.

Permitam que registre que minha amizade a Carlos Eduardo Bosísio se fortaleceu nestes três formidáveis anos de convivência contínua. Acompanhei, junto com outros colegas de diretoria, a paulatina vitória da doença incurável que o vitimou, e minha admiração e fortes laços só cresciam ao vê-lo notavelmente corajoso diante da batalha de previsível resultado. Sinto sua morte como a de um amigo de toda uma vida, o que não chegamos a ser. E neste item, quem perdeu fui eu.

São frequentes as informações de que, não raro, as defesas orais de Carlos Eduardo Bosísio nos tribunais eram encerradas com palmas pelos próprios magistrados. No Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, colegas e magistrados ingressavam na sala de sessões em que Bosísio estaria sustentando. Perdendo ou ganhando o caso, a oração era sempre feita de forma a embevecer a plateia.

Não posso deixar de agradecer a esplêndida lembrança de Moema Baptista para que eu convidasse Bosísio para ser o orador oficial de nossa vitoriosa chapa de oposição às eleições para a diretoria do Instituto. Eleições que vencemos com grande margem, enfrentando ninguém menos que, o advogado que acabara de deixar a presidência do Conselho Federal da Ordem dos Advogados. Registro o fato, porque devo creditar a Bosísio, parcela significativa da qualidade dos candidatos que oferecemos ao corpo social. Bosísio fez - sempre fez - a diferença.

Como orador, disse em certo discurso no IAB: "A vida não é mais do que um clarão muito breve". Pois é, sua vida foi insuperável e único clarão a nortear para o bem, para a solidariedade, para a retidão de comportamento em todos os setores e, especialmente, advertindo que é rigorosamente indispensável um agudo preparo para o exercício de nossa profissão. Obrigado Carlos Eduardo por suas lições, por sua palavra inteligente e oportuna, pelo carinho que sempre dedicou a todos nós, seus amigos, parceiros e admiradores do Instituto dos Advogados Brasileiros. Saudade permanente de você, meu amigo!

***Fernando Frago - Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros - Gestões 2010-2012 e 2012-2014.**



HOMENAGEM AO ORADOR: CARLOS EDUARDO BOSÍSIO

Nicolau Olivieri*

Bom?? Bom não, esse menino é um gênio!!” – foi assim que Mendes Vianna se referiu ao Bosisio, então jovem advogado, quando indagado por um cliente que dele queria referências.

Mas dizer que o Dr Bosisio era genial talvez não seja exatamente correto. Talvez até seja uma diminuição. Se considerar "genial" o cidadão que fica deitado olhando para o teto mordendo a caneta esperando a inspiração descer dos cumes onde habitam as musas, então esse não seria jamais o Dr Bosisio. Se ele era genial, era do planeta dos geniais a custo de muito trabalho. Muito. Coisa de décadas trabalhando doze, treze, quatorze horas por dia. Não que ele fosse um mártir ou que jamais se divertisse, muito pelo contrário. Ninguém gostava mais de uma festa junina do que o Bosisio. Mas a proporção entre uma coisa e outra, entre o enorme volume de trabalho e as horas de folga, foi sempre uma proporção muito pouco razoável em desproveito das últimas. Eu diria, depois de anos de convivência diária no trabalho, que Bosisio foi um caso muito feliz em que talento, inteligência e extrema dedicação, em doses muitíssimo acima da média, se misturaram e se concentraram alquimicamente e cujo resultado biológico foi aquele sujeito baixo, calvo, de voz grave, dedos curtos - com um calo no dedo médio da mão direita em tributo aos milhares de quilômetros de tinta de caneta que gastou ao longo da vida -, olhos verdes e pequenos por trás dos óculos de lentes grossas, e que alternava um olhar severo e profundo com uma gargalhada gostosa, simpática, e meio infantil.

De modo que na minha isenta opinião, eu ousaria concluir que o Bosisio era até mais que genial. Mas é importante começar por este ponto, porque o Bosisio foi um homem de enorme sucesso, e sempre pode haver alguém, não necessariamente mal intencionado, que ache que todo esse sucesso veio fácil ou que seu talento se transmudou em sucesso assim como que naturalmente. Não veio não.

Genial ou mais que genial, porém certamente folclórico. Tão importante quanto o volume de

pareceres, e que merecem vir a público em forma de livro, seria, num nível menos jurídico, o anedotário bosisiano: o dia em que sua secretária anunciou uma ligação telefônica tão importante e ele, estando do outro lado do escritório, voltou correndo para sua sala e abriu a porta gritando "alô!!!!alô!!!!" - não, não tinha viva-voz, aparentemente ele confundiu o fone com a maçaneta. O dia em que ele, no carro, no banco do carona, acendeu o cigarro no isqueiro do veículo, e em seguida balançou o apetrecho e jogou fora pela janela como se fosse um palito de fósforo (tem um filme do Jacques Tati com uma cena igual). O dia em que, fazendo uma petição importantíssima sobre um laudo pericial, acabou, naquela balbúrdia da sua mesa, confundindo o original do laudo com a xerocópia e, no corta e recorta para montar a petição, em tempos pré-computador (que ele nunca adotou para trabalhar), acabou picotando os autos do processo. Consta que a maior parte da petição foi um belíssimo pedido de desculpas ao juiz pelo descuido.

Sem contar as trinta e oito tentativas anuais para parar de fumar. Bosisio tentou rigorosamente todos os métodos disponíveis: acupuntura, raios laser, chá, chiclete, simpatia, Ziban etc.. Às vezes concomitantemente. Uma vez eu o flagrei com um adesivo de nicotina colado nas costas, mascando um chiclete para parar de fumar, e com um cigarro aceso entre os dedos.

Bosisio tinha seus métodos e sua organização, mas para nós outros, não familiarizados com os métodos e organização muito particulares dele, sua mesa parecia sempre uma bagunça. Perdi a conta de quantas vezes fui acusado – sempre injustamente – de estar com determinada pasta, ou livro, ou documento, que no final eram invariavelmente encontrados debaixo de alguma papelada ou dentro de alguma mala.

Algumas situações costumavam ser muito tensas com o Bosisio: por exemplo quando você se via num carro com ele dirigindo. Como guiava mal, meu Deus. Ou quando ele, nervoso, passava para você alguma orientação intrincadíssima para elaborar um parecer ou uma contestação ou um recurso. "Entendeu???", perguntava ele. "Claro", mentia eu. Depois de alguns anos, eu só entrava na sala dele com um caderno para anotações à mão, um hábito que na verdade eu copiei dele, que não largava seus cadernos e seus blocos de papel pardo.

Uma situação costumava ser muito tensa para o Bosisio: nomes. Além de ser um fisionomista abaixo da crítica, ele tinha uma dificuldade incrível em juntar o nome à pessoa, de modo que se você se chama Cláudio e se o Bosisio já se referiu a você como Fernando, acredite que não foi nada pessoal. E para a desgraça do Bosisio, houve um tempo em que trabalhavam com ele

Godofredo, Cristóvão e eu, Nicolau. Chegou um momento em que ele desistiu. Chamava qualquer um por qualquer dos nomes e azar se não fosse. Acho que foi depois disso que ele passou a chamar todos os advogados indistintamente de “menino”, “ôôô menino”, “aquele menino” e variações.

Na época do escritório Camara Bosisio Ximenes trabalhava conosco uma advogada chamada Silvana. Para o Bosisio, “Suzana”, e não havia santo que o fizesse acertar o nome. Um dia, porém, cruzando com ela no corredor, uma luz o iluminou num rasgo de perspicácia: “Bom dia Silvana....não, perdão!! Suzana!!”

Aluno brilhante do Colégio Pedro II e mais brilhante ainda da Faculdade Nacional de Direito, onde se graduou *suma cum laudae* em 1967, foi Diretor do CACO – Centro Acadêmico Candido de Oliveira – e isso quando ser um diretor de centro acadêmico implicava o sério risco de ser preso. Ele aliás foi preso, acho que passou uma noite atrás das grades.

Foi estagiário no Ministério Público do Trabalho, trabalhou no escritório da Dr^a Nilza Perez e Resende – a quem jamais deixou de se referir com admiração – foi chefe do Departamento Jurídico da America Fabril e do Touring. Foi sócio do escritório Carl Kincaid, juntamente com um dos outros advogados a quem ele devotava enorme e eterna admiração, o Dr Antonio Carlos Mendes Vianna, sem contar o próprio Dr Antonio de Pádua Britto, fundador do Kincaid e mitológico advogado e que sempre foi uma referência importante para ele. De lá, fundou o Camara Bosisio Ximenes, em seguida o Bosisio e Maués, e, finalmente, Bosisio Advogados.

Além dos Drs Mendes Vianna e Pádua Britto, Bosisio, apontava como referências importantes na sua vida como advogado os Drs Dário de Almeida Magalhães e seu pai, Artur, que foi Chefe do Jurídico do Lar Brasileiro e Consultor Jurídico do Banco do Brasil.

Foi Diretor da OAB do Rio de Janeiro, participou da banca de inúmeros concursos, e era membro do IAB, nos últimos três anos participando da Diretoria eleita na condição de Orador Oficial.

Deixou um rastro enorme de clientes gratos, que na maioria dos casos se tornavam admiradores dele, de sua inteligência e capacidade. O cliente que indagou Mendes Vianna, como narrei no começo, Luciano Ponce, presidente do Sindicato dos Oficiais de Radiocomunicação da Marinha Mercante, permanece até hoje sendo honrosamente assistido

pelo nosso escritório. Bosisio defendeu, como chefe do jurídico da América Fabril, mas com todos os riscos que isso poderia ter na época, que a prisão política de um empregado não seria motivo para a rescisão do contrato de trabalho ou aplicação de qualquer penalidade. Inúmeras personalidades do mundo artístico e de outros “mundos” foram suas clientes – mas não fazia a menor questão de que isso fosse pingado em colunas sociais. Jamais posou de justiceiro, mas incontáveis vezes viu-se sozinho lutando nos processos contra forças, digamos, muito pouco republicanas, cujos expedientes nem sempre estavam dentro dos limites da ética e da honestidade. Ele era particularmente empenhado e dedicado nesses casos, e em nenhum deles, que eu me lembre, saiu derrotado.

Bosisio detestava a arrogância e a soberba, mas fazia questão de ser o melhor entre seus pares; tinha horror a bravatas, mas foi um dos melhores oradores de sua geração. Não há nada de paradoxal aí. Afinal, a arrogância é degenerescência do orgulho legítimo pela vitória conquistada com brilho e esforço próprios, assim como a bravata nada mais é do que a oração vulgarizada e às vezes prostituída.

Foi um dos melhores oradores de sua geração – uma geração que conta com tribunos do quilate de um Dr Nilo Batista e de um Dr Ricardo Lyra -, e, conforme a belíssima nota do Presidente do IAB, Dr Fernando Fragoso, foi “um dos mais admirados Oradores Oficiais do Instituto”: “Suas orações esplêndidas saíam de seus lábios, sem qualquer consulta a anotações, nem mesmo quando se constituíam em citações, sempre oportunas a ilustrar seu pensamento límpido, na fala escoreita, que não claudicava.”

Que o Bosisio era um orador brilhante, nós, colegas de escritório, já sabíamos. Seus antigos companheiros de movimento estudantil, também; os ex-adversos esses conheciam – para tristeza de alguns deles – muito bem essa qualidade do Bosisio, assim como os juízes. Lembro de uma sustentação do Bosisio em que um juiz, que não era especialmente próximo a ele (muito, muito poucos juízes na verdade o eram), disse ao serventuário responsável, antes de o Bosisio começar a falar, para desligar o alarme que anunciava o tempo regulamentar para sustentação dos advogados. Bosisio falaria o quanto quisesse – mas, note-se, nem por isso o tempo regulamentar foi extrapolado.

Lembro de um outro juiz que não se conteve ao anunciar a presença do Bosisio na tribuna: “na tribuna, o Dr Bosisio...e agora todos nós teremos uma bela lição de Direito....”

No meio de tanta tristeza que a morte do Bosisio causou, esse foi um capítulo, até onde se

pode dizer, especialmente feliz e bonito, o fato de ele coroar sua vida como Orador do IAB – um encargo que lhe dava enorme satisfação. Se o Presidente do IAB, Dr Fernando Fragoso, lamentou, em sua nota, não ter sido o “amigo de toda vida” que gostaria, pode ter, porém, e espero que sirva de consolo, a certeza de saber que ao seu lado no Instituto, o Dr Bosisio teve a última grande satisfação profissional de sua carreira.

Fred Astaire treinava incansavelmente para que seus passos, danças e coreografias parecessem naturais e fáceis. Bosisio não tinha o *physique du role* de um dançarino, mas também se esmerava para fazer parecer fácil e natural aquilo que na verdade era fruto de trabalho árduo e dedicação, como ele mesmo dizia, monacal. Assim era com os discursos e sustentações, treinados e memorizados à exaustão. Assim era nas reuniões com clientes, que ficavam mesmerizados com suas bem explicadas orientações e suas criativas soluções. Assim era nas negociações coletivas. Assim era nas esporádicas vezes em que ministrou cursos ou participou de seminários. Bosisio raramente improvisava.

Assim era, igualmente, com uma outra faceta muito importante do seu trabalho: suas petições.

Um processo é uma coisa finita no tempo (ou pelo menos era para ser), ainda que o resultado do processo tenha a ambição de ser eterno, na tal coisa julgada. Uma petição num processo é algo ainda mais finito, pois se exaure com a decisão judicial antes do processo em si mesmo terminar. Em se tratando de um trabalho escrito, nada menos perene do que uma petição. Nada mais difícil de ser feito, na ponderação, de um lado, da importância daquilo que se leva ao juiz, e, de outro lado, da dificuldade de fazer com o que o juiz, atolado de trabalho e com centenas de outros processos para serem lidos, dê a devida importância à questão trazida até ele.

E nessa difícil ourivesaria ele era inigualável.

Ao passar pela sala do Bosisio, a porta sempre aberta, você normalmente o veria em sua mesa debruçado sobre um bloco de papel pardo. Na verdade, você veria sua careca, porque os olhos dele estariam quase grudados no papel, escrevendo, escrevendo, escrevendo. Você veria, ao lado – até alguns anos atrás – um cinzeiro cheio de cigarros queimados. Ele acendia um cigarro, tragava só uma vez, e deixava-o morrer no cinzeiro, enquanto continuava a escrever, o que explica tantos maços diários e explica também a quantidade de livros, códigos, processos e papéis marcados ou furados pela ponta de um cigarro, ou eventualmente

manchados por café derramado, que ficava armazenado em dezenas de copinhos à sua volta, proporcionais à quantidade de cigarro não só pela correlação viciosa entre um e outro, mas também para apagar com os primeiros os eventuais incêndios causados pelos segundos. E sempre escrevendo, escrevendo, escrevendo.

É incalculável a quantidade tinta e papel que foram tragados pelo seu furor e metamorfoseados nas mais memoráveis petições, nesses tantos anos de carreira.

Sempre elegante em suas petições, sempre buscando a clareza e a síntese, sempre buscando reduzir, de certa forma, suas elevadas elucubrações jurídicas a algo fácil de ser lido, mas nunca abrindo mão do estilo, da palavra adequadamente escolhida, da oração subordinada encaixada com a perfeição de uma complexa engrenagem num relógio suíço, ou da frase direta, reta, afiada. Firmes nas afirmações, sedutoras nas sugestões, geniais nas deduções, finas nas ironias, suas petições, contestações e recursos evitavam a todo custo a prolixidade ou o tom professoral, coisa que os juízes, com razão, detestam, mas sem ofuscar o brilho das suas teses e a beleza de sua escrita.

Uma petição, um parecer, uma contestação, efêmeros como são, às vezes sequer são lidos, às vezes são mal lidos; vão, enfim, e necessariamente, terminar seus dias numa pasta velha, num arquivo morto, ou desaparecerão incinerados. Mas valeram, da parte do Bosisio, todo o esforço, todo o sangue, toda a dedicação, toda a arte possível. Porque era o seu trabalho. Porque advogado foi o que ele escolheu ser, e como advogado escolheu honrar cada procuração de cada cliente que lhe confiou sua defesa, fazendo em cada petição, em cada audiência, em cada parecer, o melhor que ele poderia fazer – sempre.

Poderia ter escrito livros de Doutrina, que certamente se tornariam referências por décadas, poderia ter se dedicado mais à Academia, formando gerações de juízes e advogados, poderia ter ocupado cargos públicos de relevância, poderia ter sido muito mais assíduo em convenções, palestras, seminários, artigos, mas preferiu, antes, as demandas concretas daqueles que batiam à sua porta, seus clientes.

Bosisio, nesse sentido, teve a grandeza de se dedicar ao efêmero.

Elegante nas petições, elegante no trato pessoal. Em vinte anos de trabalho ao seu lado, nunca o vi dirigir-se a qualquer funcionário, ou mesmo a qualquer advogado ou sócio de

maneira inadequada. Claro que todos já levamos nossos esporros, que eram duros mas nunca desrespeitosos.

O nível de exigência que cobrava de sua equipe era altíssimo. Eu, por exemplo, preferia um elogio do Bosisio a uma sentença a favorável. Ainda que não fosse pelo fato de a análise do Bosisio ser muito mais crítica e severa do que a de qualquer juiz, seria, *et pour cause*, por uma questão estatística: era muito mais fácil ter uma sentença favorável do que um elogio dele.

Porém, mesmo exigindo de sua equipe o melhor trabalho possível, suas correções e análises sempre foram marcadamente inteligentes. Permitia sempre uma boa margem de liberdade criativa para todos nós. Mas fazia questão que tudo que deveria ser dito, o fosse da melhor maneira. Bosisio nunca foi um crítico mesquinho.

Bosisio gostava de Italo Calvino, e lembro bem dele ter comentado comigo, a propósito do livro "Seis Propostas Para o Próximo Milênio", a referência que Calvino faz ao deus Vulcano (ou Hefesto, para os gregos) como um modelo, no caso do Calvino um modelo para os escritores. No caso do Bosisio, seguramente um modelo para si próprio. Vulcano era o deus coxo, eremita e pouco glamuroso, cuja habilidade era forjar, solitariamente, em sua caverna, os escudos, lanças e armas dos demais deuses olímpicos. O trabalho, o labor na forja constante, difícil, suado, o martelar incessante e dedicado, e cujo resultado deve sempre ser um objeto singular, fantástico, mágico e inigualável, nisso Bosisio rendeu todas as homenagens àquele deus dos antigos.

Vascaíno, era atento aos resultados do seu time, mas não era exatamente muito fã de futebol. Um dia, há muitos anos, numa festa de final de ano do escritório no Lagoinha, lembro de ele ter ousado entrar em campo para jogar a pelada dos advogados e funcionários. Pra quê. Na primeira bola que chegou aos seus pés (não me recordo quem foi o doido que resolveu cometer essa insanidade de passar uma bola para o Bosisio), ele tropeçou, caiu, e saiu contundido. Sua verve competitiva não era esportiva.

Mas era de uma lealdade a toda prova. Tinha grande respeito para com os muitos advogados que contra ele advogaram. Mesmo naqueles casos de ex-adversos ou adversários "pouco republicanos", a conduta do Bosisio era religiosamente pautada pelo respeito e consideração. Ele lutava duro, lutava para ganhar – ou, nos casos mais difíceis, para perder o menos possível, situações em que talvez sua arte se mostrava ainda mais apurada. Mas os golpes

eram sempre acima da linha da cintura.

Bosisio era uma pessoa simples – em certo e no bom sentido. Jamais adotou o arquétipo do “advogado bem sucedido”. Não que não gostasse, por exemplo, de boa comida e boa bebida, ou que dispensasse as viagens e realizações materiais. Mas dedicou a tudo isso um tempo muito menor do que poderia. Não era adepto de luxos e sofisticações. Era até meio eremita – especialmente no midiático contexto atual da advocacia e do judiciário em geral. Nunca procurou prestígio ou poder políticos, nem visibilidade pública. Ao contrário, até se afastava de tudo isso.

Era um social-democrata clássico: não tinha simpatias especiais pelo liberalismo, e já havia abandonado há muitos anos o culto socialista, embora, pelo menos até a última vez que conversei com ele sobre o tema, ele tenha dito admirar a teoria da alienação da força de trabalho de Marx – não sei se o disse para me provocar, no que, a propósito, ele também era muito bom.

Amava seus livros, sua música, flores, plantas; curti trilhas e caminhadas na mata, que fazia com uma agilidade e destemor que curiosamente contrastavam com o tipo que adotava no cenário urbano, onde caminhava olhando para o chão, de braços caídos, segurando sua velha pasta, pensativo e sério; curti muito a natureza em seus mais variados e curiosos aspectos. Uma vez, almoçando uma galinha ao molho pardo no restaurante “Escondidinho”, ele me deu uma aula sobre taxonomia dos insetos.

Amava o Rio de Janeiro.

Amava sua família.

Embora o conhecesse desde que nasci – meus pais eram seus amigos – somente vim a descobri-lo quando comecei a trabalhar com o Bosisio no dia 16 de julho de 1992, um dia chuvoso, ainda no escritório Law Offices Carl Kincaid. Acompanhei-o todos esses anos com admiração filial, mesmo (ou principalmente) quando nos desentendíamos – o que eventualmente ocorria, como é natural. No dia 1º de janeiro de 2013 minha história com ele foi interrompida por sua prematura morte, aos sessenta e oito anos, vítima da doença contra a qual lutava há um ano e meio.

Minha gratidão é imensa. Minha dor, também. Achei que aplacaria a dor, ao menos um pouco, repassando minhas lembranças, como fiz, lembrando dele no trabalho e do que era o trabalho para ele – lembranças precárias e parciais como soem ser todas elas, e que jamais conseguirão abarcar a totalidade do homem que foi Bosisio em suas variadas facetas: amigo, pai, marido, avô. Achei que relembando Bosisio, minha tristeza diminuiria. Estava errado.

Dr Bosisio, muito obrigado por tudo.

São Paulo, 04 de janeiro de 2013

***Nicolau Olivieri - Advogado Trabalhista - Escritório Bosísio Advogados.**

(ANEXO)

Em junho de 2004, por ocasião do seu aniversário de 60 anos, elaborei algumas perguntas para o Bosisio. Uma espécie de entrevista, à falta de outra palavra melhor. As respostas são ótimas. Bosisio por ele mesmo:

1) Em qual faculdade e em que ano você se formou?

Formei-me pela Faculdade Nacional de Direito, no ano de 1967 Há 37 anos ...

2) Quais os professores importantes na sua formação – se é que houve esse tipo de coisa? E por que foram importantes?

Na Faculdade Nacional de Direito fui aluno de Evaristo Moraes Filho, professor brilhante e caudaloso que infundia entusiasmo pela sua disciplina.

Assisti, em outra turma as aulas "apolíneas" de Ebert Chamoun (Direito Civil), de ascética elegância.

Mas não credito aos professores universitários importância fundamental na minha formação profissional.

Mas aos livros, sim ...

Importante foi o exemplo do meu pai (e a sua enorme biblioteca) pelo rigor profissional, clareza de raciocínio e expressão.

A minha participação no movimento estudantil de massa, pela confiança e agilidade de falar em público e liderar pessoas.

E a base muito boa do secundário no Colégio Pedro II.

Fora parte o estudo com tenacidade monacal ...

E Pádua Brito, que me ensinou a amizade profissional e dividir para ganhar.

03) Por que escolheu Direito do Trabalho?

Razões político-ideológicas-filosóficas.

Socialista, militante, queira ser um defensor do "trabalho" e não da "propriedade".

Pensava que o eixo da ordem jurídica se deslocava da proteção à propriedade para a proteção ao trabalho.

Hoje nada me parece simples assim ...

4) Como foi o início de sua carreira? Onde começou a trabalhar? Quanto ganhava?

No 4º ano de Faculdade iniciei estágio na Procuradoria Regional do Trabalho com o Procurador Geral Mendes Pimentel, junto com um grupo em que estavam Doris, Sérgio Moreira, Betinho, Afonso Bulamarqui. Foi uma experiência muito importante, inclusive fazendo audiências, contestação, recurso, etc. Estágio gratuito.

No final daquele ano fui estagiar no escritório de Valério e Nilza Rezende.

O José era um menino ... eu ganhava Cr\$ 400,00, moeda de 1966.

Meu primeiro emprego, no ano em que me formei, foi o de advogado da Cia. América Fabril,

onde vim a conhecer Antônio Carlos Mendes Viana, Louzada Câmara e, através deles, Antônio de Pádua Brito, titular do escritório onde ambos trabalhavam.

Meu salário na América Fabril era de Cr\$ 1.000,00, que recebia em 10 montinhos de Cr\$ 100,00, enrolados com elástico. Casei-me com isto. E tinha pena de desfazer os montinhos ...

Meu segundo emprego, cumulativo com o anterior, foi no Touring Club do Brasil, levado pelo Pádua Brito. Plantões diários de 3 horas, cercado de mulheres lindas, amigos inteligentes e a vivacidade do Brito.

Acabei me integrando ao escritório Pádua Brito, e o meu primeiro cliente particular importante foi a Texaco.

5) Quais eram os bons advogados e escritórios de advocacia, especialmente em Direito do Trabalho, daquela época?

Os grandes advogados no Rio de Janeiro eram Dario de Almeida Magalhães, verdadeiro príncipe dos advogados, Tude de Lima Rocha, Trajano de Miranda.

Na área trabalhista Dr. Coccermelli (pai da Ana Maria) e a Dra. Nilza Rezende (grande tribuno) – pelos empregadores.

Alino da Costa Monteiro e Carlos Selva pelos empregados. Dr. Calheiros Bonfim, também e sempre.

Dr. Evandro (Lins e Silva) na área criminal desde a sua cassação (1964).

Trabalhei com o Dr. Dario no caso "Banco Econômico".

Trabalhei com Evandro em casos da Cia. de Cimento Barroso e no grande processo Bradesco.

Foram parcerias que me inspiraram orgulho.

6) Quais eram os temas recorrentes nos processos? Parecidos com os de hoje?

Temas de antanho, muito freqüentes, eram justa causa, inquérito para apuração de falta grave de empregado estável, despedida obstativa da estabilidade, e outros "pré-FGTS".

A discussão de existência de relação de emprego ou não, inclusive envolvendo diretores estatutários, eram mais assíduas do que hoje.

Compareciam, contudo, habitualmente, horas extras, repouso semanal, alteração do contrato, etc, tal e qual agora.

7) E o Tribunal? Havia bons juízes, que você especialmente respeitava? Quem eram?

Grandes juizes: Délio Maranhão, Arnaldo Sussekind, Adílio Tostes Malta, Fiorêncio.

Juizes sérios e austeros: Simões Barbosa, Joel Salgado Bastos e muitos outros.

Juizes vocacionados nas JCJ: Anastácio Honório (anarquista inteligente), Azulino, Cristóvão Tostes Malta.

8) Depois do início na advocacia, como foi se desenrolando sua carreira?

Na América Fabril assumi a chefia geral do jurídico e admiti, como advogados, o Francisco Domingues Lopes e Sérgio Moreira, meus amigos de faculdade. Mais tarde o Henrique Maués, como estagiário no escritório e na América Fabril.

Também no Touring Club do Brasil, com a aposentadoria do Brito, trabalhei sob a chefia do Dr. Gleno de Paiva, quando conheci o Aloísio Veiga, ainda estagiário.

Com a morte do Gleno, me tornei chefe do jurídico do Touring, e para lá levei o Henrique também.

A esta altura o escritório, onde eu estava apertado, crescia com novos clientes. A CEG foi um dos primeiros. Sem estrutura e tempo para atendê-los tinha que dividi-los com o Câmara.

Afinal consegui uma secretária própria: Denise. Eu, Henrique, Denise – era um início.

Fui abandonando os empregos para me dedicar ao escritório.

Com o meu crescimento surgiu a primeira crise Bosisio e Câmara.

Tentamos resolvê-la no escritório Câmara, Bosisio e Ximenes, já com Cristóvão e Marcus Vinicius.

Daí para frente e até aqui, vocês conhecem.

Daqui para frente vocês construirão.

9) Nas empresas, como era o trabalho, quero dizer, como era mais ou menos o dia a dia de um advogado de empresa?

Na América Fabril o principal campo de ação era o trabalhista.

Mas também havia atividade na área comercial – contratos de fornecimento, de compra, falências, concordatas, créditos a receber.

E muito na área imobiliária: "despejo", regularização de imóvel, reintegração de posse, venda

de imóvel, etc.

No Touring, afora a área trabalhista, ainda dominante, questões corporativas e fiscais.

Não fui um típico advogado de empresa, já que quase sempre o fui "part-time", com plantões diários que, no final, foram se escasseando.

10) Na OAB, você ocupou quais cargos, em que períodos?

Fui conselheiro na gestão Hélio Saboya.

Fui Diretor na gestão Nilo Batista, responsável pelo Depto. de Estágio.

11) Quem você se recorda de ter aprovado nas vezes em que você fez parte da Banca dos concursos para Juiz?

Com surpresa e alegria: Aloísio Veiga e Sergio Abelheira, este colega de Pedro II e filho daquele Juiz Jorge Abelheira que me indicou para a América Fabril.

Particpei de três bancas.

Palavra que não me lembro de ninguém mais.

E reprovei a Dra. Salete Macaloz ...

12) Quais os advogados que, ao longo de sua carreira, você admirou ou admira, e que, de alguma forma, tenham exercido algum influência em sua advocacia?

Meu pai, que foi chefe do jurídico do Lar Brasileiro (hoje seria Diretor Jurídico) e Consultor Jurídico do Banco do Brasil – sem "nepotismo" às avessas, era um tremendo advogado,

embora tímido e pouco sociável. Escrevia com correção, apuro, clareza e lógica.

Dr. Dario tinha o estilo que eu gostaria de ter se pudesse subtrair-lhe um pouco de arrogância: cunhava expressões maravilhosas – "laudo esgueirante e inconclusivo", "conluio fraudulento", etc, etc – tinha uma grande eloquência mas sem retórica, ia no ponto.

Antônio Carlos Mendes Viana é a expressão do talento e da tenacidade.

Mas acabei criando um estilo de arrazoar bem pessoal em que a estrutura da petição, na sua lógica interna, precede às palavras, e deve conduzir, tão diretamente quanto possível sem desafiar o juiz, a que ele siga por ali ...

13) Você sente, especialmente na sua escrita, alguma influência literária não jurídica? Quais livros não jurídicos o influenciaram?

O modelo de escrita literária já foi um padrão de referência para a escrita não literária, do advogado, por exemplo.

Estas linhas, contudo, se afastaram mais e mais ...

Pensem em Guimarães Rosa, talvez meu autor predileto brasileiro, Joyce, Tabucchi, ou mesmo Mario de Andrade.

A referência para a escrita do advogado é, hoje, a boa reportagem jornalística.

Sinto, na minha escrita, humildemente, a sombra longínqua de um clássico: o Padre Antônio Vieira. E, em bons momentos, a ironia de um mestre: Machado.

14) O que mudou, desde quando você começou a advogar, na forma como se advoga?

Há grande volume de trabalho para advogados e juizes. Em especial na área trabalhista, a

velocidade e a objetividade se impõem.

Os modelos informatizados servem a isto, e são comodamente, muitas vezes de forma acrítica, adotados.

A petição tende a ser um produto; o advogado uma empresa fornecedora de serviços entre outras; as razões são substituídas pelos números dos enunciados e sumulas. Pádua Brito diria que parece um "jogo de víspera"...

Sem saudosismo, contudo. A objetividade e a simplicidade, que tem de existir, não devem se transformar em comodismo para não pensar; não estudar, não procurar o peculiar; não criar; não transmitir a paixão pela sua tese; não ser pessoal e humano falando a outro homem: o juiz.

15) Você teve alguma vitória em particular que foi marcante? E uma derrota?

Vitórias que me foram especialmente prazerosas: inconstitucionalidade da lei que desapropriou vários quarteirões da Rua Pacheco Leão (Vila Operária) de propriedade da América Fabril (STF, de virada); direito à ação renovatória de entidade sem fins lucrativos (STF, de virada); ação contra "Jorge Curi", na CONERJ, em execução (até o STF); ação dos 200 milhões do Bradesco em execução (STF); legalidade de greve das roletas livres dos metroviários; ilegalidade da greve de ocupação da CEG; Banco Econômico (c/Dr. Dario); Diretores da Cia Barroso (c/Dr. Evandro); Estaleiro Verolme).

Derrotas sofridas: Anita Silva x Light (há 20 anos atrás); Puccini x Sendas (mês passado).

Ainda não me convenci do por quê...

16) Quais as maiores virtudes que um advogado deve possuir?

Oh, quantas e quantas virtudes deve possuir o advogado. Por demais...

Morais: honestidade consigo mesmo, com o seu cliente, com o seu adversário, com o juiz; tenacidade para lutar pelo que honestamente acredita ser a sua função; coragem para enfrentar desafios e desagradar se necessário; cordialidade e habilidade para não desagradar quando não for necessário, etc.

Intelectuais: imaginação, cultura geral, conhecimento técnico, presença de espírito, estratégia, etc.

Expressão: escrita, oral, e corporal (presença), etc.

Habilidades: sociabilidade, humanidade e, não nos esqueçamos, saber cobrar e receber à altura da sua dignidade.

O conjunto destas virtudes ninguém o terá individualmente.

Que tenhamos todos, então, humildade e equilíbrio.

17) **Em compensação, quais são os pecados que se deve evitar na advocacia?**

A vaidade, para não fazer do interesse do seu cliente o palco para a exibição do seu talento.

A arrogância, para não compreender o ponto de vista do seu adversário ou subestima-lo.

A descrença na Justiça, para não trabalhar no que não acredita.

A crença na Justiça, para não esquecer que ela só poderá vir com a luta do advogado.

18) **Qual seu conselho para os advogados que estejam iniciando na carreira?**

Alguns conselhos institucionalizados foram importantes para mim.

Por exemplo:

"A Justiça é como todos os Deuses, só aparece para quem neles acredita e serve"

"A advocacia é uma corrida de fundo, não vence quem dispara primeiro, mas quem chega ao final"

"A honestidade é um bom negócio".

Devem ainda acreditar que ser advogado é uma função pública e uma honra pessoal.

Fora parte: estudar, ler, ler, ler, escrever, conversar com os mais velhos.

(Rio de Janeiro, 23 de junho de 2004)

SÃO ILEGAIS OS "PROCEDIMENTOS INVESTIGATÓRIOS" REALIZADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

José Carlos Fragoso. *

É indisputável que o Ministério Público ostenta, em face do ordenamento constitucional vigente, especial posição na estrutura do Poder estatal. Todavia, é-lhe estranha, no domínio de suas atividades institucionais, essa função de instaurar e comandar investigações, como se fosse polícia judiciária.

O ordenamento jurídico processual brasileiro está fincado na concepção de que as investigações preliminares, que constituem a fase preparatória da *persecutio criminis*, devem ser realizadas pelas autoridades policiais, ainda que sob o controle do Ministério Público.

Esta concepção tem em conta a necessidade de garantir-se a equitatividade do processo penal, em cujo curso se deve assegurar às partes a igualdade de armas. Assim, entre nós, nos crimes de competência da Justiça Federal, a Polícia Federal é o órgão encarregado de presidir as investigações, que serão, a seguir, encaminhadas ao Ministério Público Federal, que é o titular do direito de ação penal pública.

Se estes papéis não forem respeitados, como tem sucedido com preocupante frequência, tem-se clara violação do preceito constitucional referente ao devido processo legal, assim estatuído: **"Art. 5. 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: (...) L/V - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;"**.

O grave inconveniente que se cria com este desrespeito às funções de cada instituição (Polícia, Ministério Público, Magistratura) reside na parcialidade que se estabelece. Se o Procurador da República se traveste de policial, pode ele adotar, desde logo, no início das investigações, um

determinado ponto de vista, que tenderá a manter ao longo de todo o procedimento, tomando-se indiferente a qualquer outra alternativa probatória.

A respeito desta saudável separação de funções leciona o saudoso ANTONIO EVARISTO DE MORAES FILHO: "O legislador brasileiro optou por aquele (sistema) que estabelece uma diferenciação de funções, incumbindo à polícia a realização do inquérito, ainda que admitida certa vigilância por parte do Ministério Público. Enquanto para este último ficou atribuída a junção de promover a ação pública, em regra com assento nos elementos coligidos pela polícia judiciária" ("O Ministério Público e o Inquérito Policial", Rev. Bras. de Ciências Criminais, vol. 19, p. 106 - grifo nosso).

A persecutio criminis se perfaz, via de regra, com a união dos trabalhos realizados por dois agentes distintos: Polícia e Ministério Público, cada qual com suas funções próprias. Como é evidente, a prescindibilidade do inquérito policial aponta para hipóteses de coleta de elementos prévios de informação advindos de Comissão Parlamentar de Inquérito, inquérito administrativo, peças extraídas de processos judiciais, etc, mas nunca para a possibilidade de instaurar-se um inquérito no âmbito do próprio Ministério Público.

À parte a análise doutrinária da matéria, o nosso ordenamento constitucional e infraconstitucional veda completamente que o Ministério Público exerça as funções de polícia judiciária.

Nos termos da Constituição Federal, a polícia judiciária da União é exercida, com exclusividade, pela Polícia Federal. É o que estabelece o art. 144, em seu § 1.º: **"Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através** dos seguintes órgãos: 1- polícia federal; (...) § 1.º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se a: I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; c...) IV - exercer, **com exclusividade**, as funções de polícia judiciária da União." (grifo nosso).

De outro lado, ao tratar das funções institucionais do Ministério Público, a Constituição Federal preceitua, em perfeita harmonia com a 'exclusividade' conferida à Polícia Federal para as investigações, que: **"Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I**

promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;" (grifos nossos).

Ou seja: o Ministério Público pode promover a ação penal pública, o inquérito civil público, a ação civil pública e ação de inconstitucionalidade, assim como representar para fins de intervenção da União e dos Estados (incisos I, III e IV).

Já nos "procedimentos administrativos de sua competência", pode também o Ministério Público "expedir notificações, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva" (inciso VI) - o que diz respeito aos feitos mencionados no parágrafo anterior (incisos I, III e IV do art. 129 CF).

Em matéria penal, todavia, a Constituição Federal determina tão somente que o Parquet pode "requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial" (cf. inciso VIII).

É nítida, portanto, a diferença de tratamento constitucional às atividades de caráter cível, de um lado, e criminal, de outro, do Ministério Público.

Também a legislação infra-constitucional segue, obviamente, o padrão ditado pela Carta Magna, seja quanto à atuação dos Ministérios Públicos Estaduais, seja quanto à do Ministério Público Federal.

Como já foi destacado acima, nos termos do art. 129, VI, da atual Constituição, dentre as

funções institucionais do Ministério Público, se inclui "expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva".

Como já ressaltado antes, este inciso VI do artigo 129 CF refere-se aos feitos previstos nos incisos I, III e IV do mesmo artigo, onde estão elencados os "procedimentos administrativos" de competência do Ministério Público. Todavia, ainda que, por absurdo de interpretação, assim não fosse, a Constituição, ao contrário do que se poderia apressadamente imaginar, não deu um cheque em branco ao Ministério Público, mas sim previu a possibilidade de o Ministério Público fazer requisições diretas de diligências, na forma de lei complementar. Tal lei, no que tange ao Ministério Público Federal, é a Lei Complementar n.º 75, de 20/05/93. Vamos examina-la.

Segundo esta Lei, as atribuições do Ministério Público Federal são análogas às daquelas dos Ministérios Públicos dos Estados, como se vê estabelecido no artigo 7.º da Lei Complementar n.º 75: "Art. 7º – Incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais: J - instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos correlatos; II requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, podendo acompanhá-los e apresentar provas; III - requisitar à autoridade competente a instauração de procedimentos administrativos, ressalvados os de natureza disciplinar, podendo acompanhá-los e produzir provas.".

A questão está em saber se o poder de requisitar diligências investigatórias significa poder fazer uma espécie de inquérito criminal no âmbito do próprio Ministério Público, ou se trata do direito de ordenar à autoridade policial que cumpra as diligências de interesse do Parquet.

Ninguém duvida de que o Ministério Público possa requisitar à autoridade policial o cumprimento de diligências. O Superior Tribunal de Justiça já o afirmou, mais de uma vez. É natural que assim seja, já que o Ministério Público é o destinatário da apuração, cabendo-lhe formular a opinio delicti. Assim, pode o Ministério Público requisitar a instauração de inquérito policial, pode requisitar a realização desta ou daquela prova, pode acompanhar a atividade do Presidente do inquérito.

Contudo, coisa bem diversa é dar-se ao Ministério Público o direito de ele próprio presidir uma investigação no âmbito da Procuradoria, exercendo atividades de

polícia judiciária, sem qualquer controle externo, e violando nitidamente a exclusividade que a Carta Política confere à Polícia Federal nesta matéria (cf, art. 144, § 1.º, inciso IV, transcrito acima).

A Constituição Federal e a lei complementar não conferiram jamais ao Ministério Público um poder tão amplo, tão incontestável assim. Ser o destinatário das investigações advenham elas de CPI, inquérito policial ou peças de informação, com as atribuições que daí decorrem, é razoável e natural, e constitui a base lógica de nossa processualística penal.

Não é possível, porém, permitir que o Ministério Público possa acumular as funções de investigador (que a ninguém presta contas), e de instituição encarregada de promover a persecução criminal. Trata-se de um acúmulo perigoso de atribuições, que, sobre ser ilegal e inconstitucional, é absolutamente inconveniente, pois dá lugar, pelo excesso de poder, a abusos intoleráveis.

Como leciona LUIGI FERRAJOLI, fica ofendido o princípio da paridade das partes quando, como aqui, ocorrem "confusiones entre funciones de enjuiciamiento y funciones de acusación" ("Derecho y razón"; Ed. Trotta, Madrid, 2ed., 1997, p. 583)

Esta posição tem por base o ensinamento de CARRARA, que, discorrendo sobre o que FERRAJOLI denomina "la tendencia invasora del ministerio público", pontificava: "El oficial al que se llama Ministerio Público y representante de la ley, no debe tener otra atribución fuera de la de acusar. Si él se mezcla en la inquisición, si tiene potestad de hacer procesos o dirigirlos, o de influir de cualquier otra forma en los procesos escritos que después valdrán, más o menos, para hacer prueba en contra del acusado, no será nada más que un inquisidor. Y cuando se le encadene al poder ejecutivo, resultará una mentira llamarlo representante de la ley: solo será un inquisidor representante del gobierno, y siempre pondrá sobre la voluntad de la ley la voluntad del gobierno" (FRANCESCO CARRARA, "Programa del Curso de Derecho Criminal", Parte General, vol. II, § 845, Ed. DEPALMA, Buenos Aires, 1944, p. 215).

Tratando de interpretar o artigo 7.º da Lei Complementar n.º 75, veja-se, ainda uma vez, o comentário e a crítica de EVARISTO DE MORAES FILHO: "(...) parece claro que se adotou um critério diferenciado em matéria de investigações preparatórias: no campo civil, cabe ao Ministério Público instaurar o inquérito civil ou outros procedimentos administrativos pertinentes, ao curso dos quais se admite que realize diretamente diligências (...); já em sede penal, (...) é-lhe facultado meramente requisitar diligências ou a abertura de inquéritos.

Entretanto, apesar desta diferenciação fixada nos textos ora invocados, o Ministério Público, pelo menos no Estado do Rio de Janeiro, nas esferas federal e estadual, está querendo adquirir o vezo de promover, diretamente, investigações preliminares, expedindo notificações e tomando depoimentos, numa verdadeira usurpação das atribuições da autoridade policial, a quem a Constituição comete as funções de polícia judiciária (art. 144, § 1º, IV e § 4.º)." (cit., p. 109/110).

Em suma, o que se está verificando na prática de nosso foro federal é uma atabalhoada tentativa de ampliação constitucional das funções institucionais do Ministério Público, em contraste com a forma que a Carta Maior e a legislação inferior estabeleceram para a realização da investigação criminal.

Data venia, as conquistas do Ministério Público na nova Constituição Federal já foram de bom tamanho. Pretender ampliá-las à força significa verdadeira ameaça aos direitos do cidadão.

A matéria versada neste artigo tem sido objeto de diversos pronunciamentos dos Tribunais do país.

Em acórdão unânime da 2.ª Turma do eg. Supremo Tribunal Federal, publicado no DJU de 19/03/1999, sob a relatoria do i. Ministro CARLOS VELLOSO (Rec. Ext. 205.473-9/AL), resta consignada a falta de atribuição constitucional do Ministério Público para, substituindo-se à Polícia Judiciária, realizar diretamente a investigação criminal: "CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. ATRIBUIÇÕES. INQUÉRITO. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. C.F., art. 129, VIII; art. 144, §§ 1º e 4º. 1- Inocorrência de ofensa ao art. 129, VIII, C. F., no fato de a autoridade administrativa deixar de atender requisição de membro do Ministério Público no sentido da realização de investigações tendentes à apuração de infrações penais, mesmo porque não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisita-las à autoridade policial, competente para tal (C.F., art. 144, §§ 1.º e 4.º)." (grifos nossos).

Do voto do eminente relator extrai-se: "A requisição de diligências investigatórias de que cuida o art. 129, VIII, CF, deve dirigir-se à autoridade policial, não se compreendendo o poder de investigação do Ministério Público fora da excepcional previsão da ação civil pública (art. 129, III, CF). De outro modo, haveria uma Polícia Judiciária paralela, o que não combina com a regra do art. 129, VIII, CF. (...) Não compete ao Procurador da República, na forma do

disposto no artigo 129, VIII, da Constituição Federal, assumir a direção das investigações, substituindo-se à autoridade policial, dado que, tirante a hipótese inscrita no inciso III do art. 129 da Constituição Federal, não lhe compete assumir a direção de investigações tendentes à apuração de infrações penais (C.F., art. 144, §§ 1º e 4º)." (grifos nossos).

Em adição, temos acórdão unânime da 6ª Turma do eg. Superior Tribunal de Justiça, proferido em 07/11/1995, sendo relator o e. Ministro LUIZ VICENTE CERNICRIARO (RHC 4.769/PR), no qual é destacada a importância de manter a separação entre as funções de investigar e acusar. Veja-se parte do voto do Ministro relator: "Ministério Público e magistratura não podem estar comprometidos com o caso sub judice. Daí, a possibilidade de arguição de impedimento, ou suspeição dos respectivos membros. Se um ou outro atua na coleta de prova que, por sua vez, mais tarde, será a base do recebimento da denúncia, ou do sustentáculo da sentença, ambos perdem a imparcialidade, no sentido Jurídico do termo. (...) Além disso, é tradicional, não se confundem três agentes: investigador do fato (materialidade e autoria), órgão da imputação e agente do julgamento." (grifos nossos).

E mais: no acórdão unânime da 6ª Turma do eg. Superior Tribunal de Justiça, proferido em 13/02/1996, relatado pelo e. Ministro WILLIAM PATTERSON (Rec. Esp. n.º 76. 171/AL), acerca deste tema, merece destaque a seguinte passagem do v. acórdão: "A requisição de diligências investigatórias de que cuida o art. 129, VIII, CF, deve dirigir-se à autoridade policial, não se compreendendo o poder de investigação do Ministério Público fora da excepcional previsão da ação civil pública (art. 129, III, CF). De outro modo, haveria uma Polícia Judiciária paralela, o que não combina com a regra do art. 129, VIII, CF. (...) Nada mais precisará ser acrescido ao pronunciamento transcrito, porquanto irrefutável a argumentação desenvolvida." (voto do e. Min. relator - grifos nossos).

Recentemente, o eg. Tribunal Regional Federal da 2ª. Região proferiu acórdão assim ementado: "HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. REPRESENTANTE DO PARQUET (CF, ART. 129). REALIZAÇÃO DIRETA DE PROCEDIMENTOS INVESTIGATÓRIOS. NÃO CABIMENTO, POLÍCIA (CF, 144, PAR. 1.º, IV). ORIENTAÇÃO DO PRETÓRIO EXCELSO. O Ministério Público, como dominus litis, é o verdadeiro destinatário das investigações preparatórias da ação penal, cabendo a operacionalização das mesmas, de forma exclusiva, pela Polícia Judiciária (CF, art. 144, § 1.º, IV); 'Pode o Ministério Público, portanto, presentes as normas do inc. VIII, do art. 129, da CF, requisitar as diligências investigatórias e requisitar a instauração de inquérito policial, indicando os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais. As diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial deverão ser requisitadas, obviamente, à autoridade policial' (STF -RE 215.301-CE, z: Turma,

Rei. Min. CARLOS VELLOSO, Informativo-STF 145, DJ 28/05/99, p. 1303); Diante da falta de atribuição legal do Ministério Público Federal para promover diretamente atos investigatórios, há que ser reconhecida a ilegalidade das provas coligidas, sob pena de violação ao princípio do due process of law. Habeas corpus concedido." (Tribunal Regional Federal da 2.^a Região, 4^o. Turma, HC nº99.02.07263-11RJ, rel. pl acórdão Des. Fed. BENEDITO GONÇALVES, 08.11.2000, DJ 15/03/2001, p. 163).

Veja-se, ademais, a seguinte ementa, da mesma eg. Corte Federal da 2.^a Região: "PROCESSO PENAL - HABEAS CORPUS - INQUÉRITO POLICIAL – COMPETÊNCIA DA POLÍCIA JUDICIÁRIA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO - LIMITES.I - Habeas Corpus impetrado objetivando o trancamento da ação penal, de fluente de denúncia formulada baseada em subsídios probatórios extraídos de inquérito policial instaurado, processado e presidido por membros do Ministério Público Federal, subscritores da peça vestibular da ação penal. II- Ilegalidade procedimental por invasão de atribuições reservadas à competência da polícia Judiciária, nos termos do art. 144, § 4.^o, da Constituição Federal. III - Reconhecimento de competência do Ministério Público do poder-dever de fiscalizar atividades policiais, com requisição, inclusive, de diligências, sem, entretanto, substituir-se à atribuição legal de Delegados de Polícia.IV - Concessão da ordem de habeas corpus impetrada em favor dos pacientes para determinar o trancamento da ação penal contra eles instaurada, em curso no Juízo da 13.^a Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Unânime." (HC 1273 - reI. Des. Fed. NEY FONSECA, 1.a Turma).

Do acórdão destaca-se, por sua relevância, a seguinte passagem: "Primeiramente, cumpre-nos salientar que a ação penal desfechada contra o Paciente, lastreada em inquérito penal realizado pelo próprio órgão do Ministério Público, constituiu, realmente, fato inusitado e estranho, face à falta de atribuição do Parquet quanto ao colhimento de provas com a finalidade de instaurar ação penal, eis que cabe ao mesmo, tão-somente, realizar inquéritos civis, conforme reza a nossa Carta Magna, em seu artigo 129, quando dispõe a respeito das funções institucionais do Ministério Público. Assim, as diligências investigatórias destinadas ao inquérito policial refogem ao âmbito de atuação interna do Ministério Público, exatamente porque devem ficar afetas a quem tenha a titularidade de instaurar esse tipo de procedimento, isto é, a polícia civil, e, neste passo, mister ressaltar que é necessário que as funções fiquem bem delimitadas. Cada poder, cada órgão ou membro de Poder com suas atribuições e competências bem definidas, sob pena de se descumprir a regra, também constitucional, do devido processo legal. Isto porque, quando se define, estabelecem-se limites, não podendo haver funções ou atribuições superpostas. Se as há, ou serão conflitantes (devido processo legal ferido), como no caso em tela, ou serão desnecessárias (economia processual desprezada, com desgaste da máquina estatal)".

Em outro acórdão deste mesmo eg. Tribunal Regional Federal/2a. Região, agora relatado pelo eminente Des. Fed. SILVÉRIO CABRAL, a ementa ficou assim redigida: "HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. – O representante do Parquet, sem motivação aparente, instaurou inquérito administrativo que ele mesmo realizou, exorbitando sua competência legal e o qual culminou com o oferecimento de denúncia abusiva.- Ordem de 'habeas corpus' concedida como requerido na inicial."(HC n." 1137/RJ - 2.ª T.).

Vale ressaltar que neste último acórdão, citado acima, o parecer do Ministério Público, da lavra do ilustre professor JUAREZ TAVARES, foi no sentido da concessão da ordem.

Em mais outra decisão do mesmo eg. Tribunal, que tinha por objeto a decretação de uma prisão preventiva, o tema das atribuições do Ministério Público foi também ventilado, valendo ressaltar um parágrafo do voto do nobre Des. Fed. CASTRO AGUIAR, assim redigido: "Ademais, também entendo que o Ministério Público, no curso de um inquérito policial, não tem atribuição legal para a colheita pessoal e direta de declarações de indiciados ou de testemunhas. Pode, sim, requisitar diligências e estar presente à realização das mesmas, mas não pode substituir a autoridade policial, a quem compete o exercício, com exclusividade, das funções de polícia judiciária da União, nos termos do art. 144, § 1.º, IV, da Carta Magna' (HC n."960209709-4, 2.ª T., unânime).

No que diz respeito à doutrina, o ínclito Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e atual Secretário de Segurança Pública do mesmo Estado, é o autor de parecer em que comenta Ato do Colégio de Procuradores de Justiça de São Paulo, que pretendia fazer com que o M.P. passasse a realizar diretamente a investigação criminal. Do parecer do ilustre mestre, proferido em 16/10/1996, destacam-se os seguintes pontos: "Mais contundentemente inconstitucional é o disposto no art. 26 do Ato 98/96, quando atribui ao órgão do Ministério Público a função investigatória direta. (...) Em essência, neste dispositivo institui o Ministério Público, sponte propria, particular forma de inquérito, extrapolando os limites, consignados em lei, que lhe permitem encetar investigação, o que só é possível nas hipóteses de infração penal praticada por Promotores de Justiça, ou nos casos de inquérito civil, como medida preliminar à propositura da ação civil pública. O procedimento administrativo, referido no dispositivo, é uma contrafação do inquérito civil previsto no inc. 11 do art. 129, da Constituição, que não pode ser transmutado em mal disfarçada forma de inquérito policial, porque tem destinação própria qual seja servir de peça informativa prévia à propositura da ação civil pública para fins ali previstos. A apuração das infrações penais é uma das atribuições exclusivas da polícia civil, que se encontra expressamente prevista no art.144, § 4º, da Constituição Federal. Não há

como passar legitimamente essa atribuição para o Ministério Público por meio de ato administrativo ou de qualquer medida legislativa infraconstitucional, sem grave afronta a normas e princípios constitucionais. Vale dizer, pois, que o tal 'procedimento administrativo' é, na verdade, um expediente de invasão de competência, desprovido de base legal." (grifos nossos).

De outro lado, parecer do eminente Professor L. A. MACHADO, titular de Direito Penal e de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, assenta, igualmente, a inconstitucionalidade de o Ministério Público presidir diretamente investigações criminais e, conseqüentemente, a inarredável ilicitude da prova colhida: 'a lei não pode cometer as funções de elaboração de inquérito policial e de investigações criminais a quem não se revista expressamente de autoridade policial, segundo a Constituição Federal. A leitura que se deve fazer dessa atribuição constitucional é ser uma garantia individual, a garantia da imparcialidade e impessoalidade do Ministério Público, dominus litis e que, por isso, não deve, e não pode, investigar ou coligir informações para o exercício da ação processual criminal. RENÉ DOTTI, com sua notável clarividência e lucidez, já disse: (...) 'O conceito jurídico-processual penal de autoridade não poderá, é óbvio, refugir aos indicadores constitucionais e legais. Segundo a lei fundamental, incumbe às polícias civis as funções de polícia judiciária e apuração das infrações penais, exceto as militares. (...) [Trata-sede] imposição do princípio da legalidade, sintetizado por C. A. BANDEIRA DE MELLO como obrigação de a administração pública só agir quando um texto de lei específico a autorize a agir. (...) Isso porque em sendo auto[o M.P.], as investigações restariam imprestáveis, por inconstitucionalidade; seriam irrecuperáveis, frutos que seriam da árvore envenenada (poisonous tree). (...) Significa: como a investigação criminal feita pelo Ministério Público é inconstitucional - por ofender o monopólio constitucional das polícias civis e federais -, todas as provas e indícios coligidos são inconstitucionais, entendimento decorrente da fruits of poisonous tree doctrine, adotada pelo Supremo Tribunal Federal. (...) Antecedente psicológico, portanto, à análise do tem, é a desmilitarização do pensamento quando do tratamento de questões que envolvam o poder da Polícia, mesmo porque, ainda hoje, infelizmente não são poucos - e normalmente os serviços do Poder e do status quo - que vêem os Delegados de Polícia em nível inferior, partindo de um a priori negativo. Esquecem-se, tais desavisados, que os Delegados de Polícia, como hoje estabelecido em lei são tão bacharéis em Direito quanto os Magistrados e os Promotores de Justiça, separando-os, quanto a este aspecto, e tão só, a realização e aprovação em concursos públicos diversos. No mais, cada carreira tem suas peculiaridades, suas vantagens, seus níveis e extensão do poder e suas desvantagens, típicas do exercício da própria função. (...) Não há dúvida de que o habeas corpus constitui o remédio adequado para corrigir a ação abusiva do M. P. (Heleno Fragoso). (...) **III** - A conclusão 1. as polícias civis e a polícia federal detêm o monopólio constitucional da investigação criminal, e, conseqüentemente, do inquérito policial.

(...) 3. ao Ministério Público é constitucionalmente defeso investigar e coletar informações, indícios e provas para o processo-crime. "(interpolações nossas).

É importante, por fim, trazer à colação o acórdão de processo administrativo realizado na douta Procuradoria-Geral da República, proferido pela 2.ª Câmara de Coordenação e Revisão e publicado no DJU de 02 de setembro de 1998. Nesta decisão administrativa, os eminentes drs. Suprocuradores-Geral da República EDINALDO DE HOLANDA BORGES, GILDA PEREIRA DE CARVALHO e DELZA CURVELLO, integrantes da cúpula do Ministério Público Federal, assentam a impossibilidade de membros do M.P.F. realizarem, direta e pessoalmente, investigações criminais e sugerem a anulação de procedimento realizado no âmbito da Procuradoria da República em Minas Gerais, nos seguintes termos: 'EMENTA: Procedimento administrativo criminal instaurado na Procuradoria da República, com fundamento no art. 129, VIII, da Constituição Federal, em virtude de expediente que relata a ocorrência de conduta, em tese delituosa, praticada por Deputado Federal. Tramitação de referido expediente em Cartório Criminal, instituído por Portaria da Chefia. Instauração de Procedimento Criminal administrativo pelo Ministério Público. Impossibilidade face aos exatos termos do art. 144, § 1.º, IV da Constituição Federal de 1988 - interpretado como garantia constitucional do cidadão de somente ser investigado pela Polícia Judiciária. Situação constitucional diversa do regime anterior. Fundamentos de tal assertiva. O juízo de instrução e a legislação processual penal brasileira, em face das garantias constitucionais. Parecer no sentido do imediato encaminhamento ao expediente indevidamente autuado ao Procurador-Geral da República, único titular da ação penal junto ao Supremo Tribunal Federal. Encaminhamento ao Procurador-Geral da República do presente procedimento administrativo, solicitando cancelamento da autuação, bem como revisão do ato administrativo que criou o noticiado 'canário criminal'; em face dos princípios contidos na Constituição Federal.' (grifos nossos). E prossegue o acórdão: 'a investigação criminal iniciada pelo Procurador da República (. . .) se constitui em prática - procedimento - alheio ao ordenamento jurídico vigente, eivado de inconstitucionalidade - visto que é atribuição exclusiva da Polícia Federal o exercício das funções de polícia judiciária da União - art. 144, § , IV.", N, da Constituição Federal de 1988 e que, ao Ministério Público somente é permitida a instauração de inquéritos civis. (...) Esse cuidado do Constituinte de 88 tem razões históricas, que puderam ser colhidas do período e que vivemos em regime de exceção, quando procedimentos investigatórios sobre a conduta dos cidadãos podiam - e eram - instaurados por diversos órgãos ligados ao sistema estatal - congêneres - investigações essas que muitas vezes deram origem a prisões de cidadãos, que ficavam detidos pelos órgãos de segurança, restando aos seus familiares e amigos procura incessante, para saber onde e porque se encontrava o 'desaparecido' detido. Diante desse quadro bastante conhecido pelo Constituinte, que pretendia editar Constituição que assegurasse ao cidadão todas as garantias do regime democrático, procurou ele ajustar o

texto constitucional, de sorte que o cidadão só pudesse ser investigado por um e determinado órgão estatal, previsto constitucionalmente. (...) Dessa forma, as diligências investigatórias destinadas ao inquérito policial, e futura ação penal, fogem à atuação do Ministério Público porque devem ficar jungidas a quem tenha titularidade para instaurar esse tipo de procedimento, sob pena de restar ferido o princípio do devido processo legal." (voto vencedor da dra. Subprocuradora-Geral da República DELZA CURVELLO ROCHA - grifos nossos).

Chegou a tal ponto a ilegal expansão de atribuições do Ministério Público Federal, exposta na mídia por força de episódios recentes que foram objeto de grande destaque, que mesmo aos leigos já não escapa o extremo perigo de pretender-se acumular tantos poderes nas mãos do parquet. Veja-se, a propósito, o seguinte trecho do editorial publicado pelo jornal 'O Estado de São Paulo', em sua edição do dia 08/06/99, intitulado "Os limites do Ministério Público": "O Ministério Público, que emergiu da Constituição de 1988 com novos e maiores poderes, tem um importante papel a cumprir na defesa da lei e, principalmente, na moralização da administração pública. Não pode, porém, constituir-se num Quarto Poder, sem qualquer controle, expandindo suas atribuições e margem de arbítrio ao sabor da interpretação pessoal que os procuradores fazem da lei. Os procuradores brasileiros gostam de seguir o exemplo dos procuradores italianos - que, ao contrário dos daqui, são autoridades judiciárias - que conduziram a Operação Mãos Limpas. Devem, portanto, cuidar de não ultrapassar, com seu zelo, os limites da lei e a fronteira dos direitos individuais para não anular com abusos, como fizeram vários de seus colegas italianos, um esforço sério de moralização da vida pública".

Em conclusão: é absolutamente ilegal o procedimento do Ministério Público Federal, ao instaurar um inquérito administrativo no âmbito da própria Procuradoria da República, para a apuração de eventuais delitos. O Ministério Público Federal não dispõe de atribuições para tanto, e, assim agindo, viola flagrantemente a exclusividade que a Constituição Federal comete à Polícia Federal para exercer as funções de polícia judiciária da União, bem como o próprio estatuto do Ministério Público da União (Lei Complementar n.º 75, de 20/05/93).

***José Carlos Fragoso - Advogado Criminalista, Professor. Falecido no ano de 2003.**

MÍDIA, OPINIÃO PÚBLICA E DIREITO DE DEFESA

Marcio Barandier*

INTRODUÇÃO

No dia 26/11/2012, tive a honra de ser um dos palestrantes do painel “Mídia, opinião pública e direito de defesa”, promovido pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, com organização do excelente Diretor Cultural Pedro Marcos Barbosa, dividindo a mesa com os Prof. Fábio Martins de Andrade e Simone Schreiber, sob a presidência do Prof. Christiano Fragoso.

Diante do desafio de me pronunciar após os meus brilhantes colegas de mesa, ambos autores de excelentes obras sobre o tema, recorri a observações recolhidas da convivência com notáveis profissionais do direito e da militância na advocacia criminal por mais de 20 anos, que me proporcionou experiências intensas com a mídia na defesa de acusados de infrações penais.

DESENVOLVIMENTO

Qualquer advogado criminal bem sabe que se a causa for noticiada na imprensa, em regra a defesa será mais difícil. Polícia e Ministério Público estarão mais empenhados, o Judiciário tende a ser mais rigoroso, o estigma imposto ao acusado será maior, as opiniões dos leigos desfavoráveis à defesa se multiplicarão e até a incompreensão em relação ao trabalho do advogado será mais severa.

Poder-se-ia dizer, a partir dessa singela observação de ordem prática, que o prejuízo ao direito de defesa determinado pela cobertura midiática é evidente, é inegável. Faz parte sempre das preocupações do advogado criminal, inclusive nos momentos de decidir sobre a adoção de certas medidas processuais, que deveriam ser pautadas exclusivamente pela admissibilidade ou viabilidade jurídica, a avaliação desse “ambiente político”, que eventualmente pode comprometer o equilíbrio e a isenção de decisões judiciais.

Indiscutível a existência de uma tensão, um conflito de difícil equação, entre dois direitos de

igual estatura constitucional, que são o direito de expressão e de informação e o direito ao devido processo legal, este conjugado com as garantias fundamentais da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência. São direitos que se chocam e a necessária ponderação costuma passar pela preocupante invocação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sempre impregnados de grande carga de subjetividade e, conseqüentemente, responsáveis por terríveis flexibilizações de garantias fundamentais.

O fato é que, na ausência de delimitação clara da extensão do direito de expressão e de informação, inerente ao exercício do relevante e imprescindível trabalho jornalístico, nos deparamos com a enorme dificuldade de diferenciar aquilo que é resultado da atividade regular da imprensa e o que constitui abuso, violação da dignidade da pessoa humana, afronta à garantia da presunção de inocência, o que compromete, nas palavras de Simone Schreiber, o julgamento criminal justo.¹

Luana Magalhães de Araújo Cunha, em artigo sobre a influência da imprensa nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida à luz da CF/88, ressalta que nos anos 1970 a mídia começou a deixar o papel de mero veículo de informação para se transformar em agente construtor de realidades na vida dos indivíduos. Hoje em dia, afirma a autora com dados do IBGE, o número de domicílios no Brasil que possuem TV é muito maior do que os que possuem ligação com a rede geral de esgoto. Os meios de comunicação passaram a ser vistos como potenciais – eu diria principais – responsáveis pela formação da opinião pública e das agendas de debates sociais, revelando-se verdadeiro “poder” no mundo contemporâneo.²

Os abusos não são raros. E há vários fatores que contribuem para esse comportamento da imprensa, cujo trabalho, como também situa Luana Cunha, “não está, necessariamente, voltado para a cobertura e narrativa da realidade, mas, antes, para o que há de incomum dentro dessa realidade”.³ Nessa perspectiva, é fácil perceber que a inocência de um réu e a improcedência de uma acusação não são “notícias”, não têm apelo jornalístico.

Lembro do cliente que ocupou destacado espaço no noticiário acusado de racismo logo após a edição da Lei 7.716/89. Ele chegou a ser condenado em primeira instância. Interposta apelação, o Tribunal, por unanimidade, deu provimento ao recurso para absolvê-lo. Veio então a manchete: “Empresário racista é absolvido”. Ou seja, pouco importava a decisão judicial para a imprensa, que já havia chegado à sua própria conclusão condenatória, esta mais interessante do ponto de vista jornalístico (o que pode ter – e tem – várias conotações).

Ressalte-se, a propósito, que a imprensa brasileira, em geral, não tem o costume de transcrever a íntegra das decisões judiciais comentadas e criticadas nas suas matérias. Sob o pretexto da agilidade e da racionalidade do aproveitamento do espaço, o leitor ou telespectador é impedido de formar diretamente a sua própria opinião. Tampouco há compromisso em esclarecer o desfecho de muitos casos noticiados inicialmente de maneira escandalosa, muitas vezes porque a desmoralização da acusação e a percepção da injustiça da acusação conduzem ao desinteresse pelo assunto, sem que haja qualquer tentativa de reparação à imagem daqueles que sofreram indevidamente o peso da execração pública.

A democracia pressupõe justamente a existência de limites para todos sem exceção. Direitos e obrigações caminham juntos, em harmonia. No entanto, os longos e terríveis ciclos ditatoriais brasileiros levaram, após a democratização formal, a um tabu quanto à imposição de balizas no exercício da atividade jornalística. Por mais tímida que se apresente, qualquer proposta que imponha algum limite é logo vinculada a censura, a cerceamento da liberdade de imprensa, a violação do direito de expressão.

De modo que, embora óbvios o amparo constitucional, a legitimidade e a necessidade de se fixar mecanismos de contenção a descomedimentos também no jornalismo – como existem em todas as demais áreas profissionais – a ausência de normatização clara quanto a limites legais e éticos conduz a uma situação esdrúxula de autocontrole. E sobre isto, permanece atualíssimo o comentário feito há vários anos por um dos mais reverenciados jornalistas brasileiros, Zuenir Ventura: “O poder da imprensa é arbitrário e seus danos irreparáveis. O desmentido nunca tem força do mentido. Na Justiça, há pelo menos um código para dizer o que é crime; na imprensa não há norma nem para estabelecer o que é notícia, quanto mais ética. Mas a diferença é que no julgamento da imprensa as pessoas são culpadas até prova em contrário”.⁴

Zuenir Ventura enfocou exatamente a colisão de direitos constitucionais – direito de expressão e de informação e direito à presunção de inocência – criticando a desregulamentação que propicia excessos de consequências irreparáveis. Vários exemplos poderiam ser citados, entre os quais o mais emblemático é o caso da Escola Base em São Paulo, erro judiciário incontestável, para o qual muito contribuiu o sensacionalismo da imprensa.

Recordo do caso do desabamento do Palace II, edifício erguido no bairro da Barra da Tijuca, no Rio de Janeiro, por construtora de propriedade de um então Deputado Federal. Eu representava a família de um operário morto em serviço durante a obra, degolado por um elevador sem portas meses antes do desabamento. A investigação não progredia, a Polícia e o Ministério Público não pareciam diligentes. Eis que o prédio cai, e tudo muda. A imprensa entra em natural alvoroço. Aquela investigação arrastada ganha agilidade, ao lado da nova referente ao desabamento. Acabei convidado por uma dessas revistas semanais para uma entrevista

num sábado, no Escritório da colega civilista. A repórter, determinada a demonizar o Deputado, elegeu a tese de que ele, com dolo eventual, praticara o crime de homicídio doloso em relação ao operário acidentado. Discordei, explicando que, na minha opinião, havia crime culposo do administrador local da obra, e não do parlamentar que morava em Brasília. Foi quando, perplexo, ouvi a "ameaça": "Se o senhor seguir essa linha, não aparecerá na matéria". E foi o que efetivamente aconteceu.

Marcos Alan de Melo Gomes, eminente magistrado paraense, dissertando sobre "Mídia, poder e delinquência", ⁵ anota que o ideal iluminista da imprensa guardiã da democracia foi substituído pela essência da indústria cultural, em que o indivíduo não precisa de informação, pois não é tratado como cidadão, mas sim de mercadoria, como consumidor que é. E nesse contexto, em que os meios de comunicação se valem do sensacionalismo para alcançarem uma audiência de massa e com isto ampliarem a sua visibilidade e, conseqüentemente, atingirem maior capacidade de oferecer produtos dos seus anunciantes, "a informação é preparada como uma isca atrativa, que o público fiska sem pensar, incapaz de perceber que, escondido atrás de notícias e imagens de intenso apelo emocional, está o anzol que impedirá de fazer outras escolhas, de tomar o caminho da própria convicção".

Fábio Martins de Andrade também comenta os aspectos que diferenciam a lógica de funcionamento da Mídia e do Poder Judiciário, sublinhando que "enquanto a Mídia busca a máxima obtenção de lucros (como empresa privada que é), o Poder Judiciário busca prestar serviço público que constitui sua finalidade precípua: a entrega justa da prestação jurisdicional". ⁶

Nilo Batista vai além ao alertar para o compromisso da imprensa, cujos órgãos informativos, em regra, são controlados por grupos econômicos que exploram os negócios das telecomunicações, com o empreendimento neoliberal, que necessita de um poder punitivo onipresente e capilarizado, para o controle penal dos contingentes humanos que ele mesmo marginaliza. E observa que "o discurso criminológico midiático pretende constituir-se em instrumento de análise de conflitos sociais e das instituições públicas, e procura fundamentar-se numa ética simplista (a "ética da paz") e numa história ficcional (um passado urbano cordial; saudades do que nunca existiu, aquilo que Gizlene Neder chamou de "utopias urbanas retrógradas")", ou seja, "a modernidade realizou-se plenamente, suas promessas estão cumpridas, e se o resultado final é decepcionante, tratemos de atenuá-lo pela caridade, pelo voluntariado, por campanhas publicitárias, mas lei é lei"... "Os conflitos sociais podem dessa forma ser lidos apenas pela chave infracional". ⁷

De outro giro, é de se considerar que, com esse perfil, a imprensa passou também a ser usada ou a se deixar ser usada pelas agências de persecução penal, num pacto altamente

reprovável. Já houve até membro do Ministério Público plantando “notícias”, despidas de respaldo probatório, simplesmente para, em seguida, utilizar essas “notícias” jornalísticas como justificativa para inaugurar procedimentos investigatórios.

Essa relação censurável às vezes estabelecida entre membros dos órgãos de persecução penal e certos profissionais da imprensa em muito compromete o direito de defesa. A maioria dos criminalistas já viveu a inusitada experiência de receber das mãos de jornalistas sentenças e decisões que ainda estavam inacessíveis na Justiça aos advogados constituídos; de ver reproduzidos nas páginas dos jornais documentos sigilosos criminosamente vazados por “fontes”; de ouvir na televisão áudios captados em interceptações telefônicas legalmente autorizadas que, por determinação legal, devem permanecer em segredo de Justiça.

Muito recentemente, durante entrevista coletiva com advogados sobre caso criminal que mobilizou a mídia e ainda estava em fase investigatória, uma repórter anunciou que o Ministério Público acabara de oferecer denúncia. A informação casou estranheza porque um advogado da equipe dos entrevistados estava, naquele instante, na secretaria da Vara Criminal e constatou que os autos do inquérito policial permaneciam no órgão ministerial. Ou seja, cópia da inicial acusatória foi distribuída a jornalistas antes mesmo de ser entregue à própria Justiça.

Digressões à parte, é importante sublinhar a denominada “opinião pública” é formada a partir de reações emocionais e de informações selecionadas, frequentemente apoiadas em falsos truísmos.

Basta comparar duas afirmativas que de tão repetidas pela própria imprensa se transformaram em verdadeiros bordões em matéria penal: 1) “o problema da criminalidade é a impunidade”; 2) “prisão é escola do crime, a pessoa entra e sai pior”. Ora, a contradição das idéias é patente, e ainda é acompanhada pelos reclamos por aumento de penas de quem sequer tem conhecimento das penas já cominadas na legislação em vigor. Nilo Batista aborda com proficiência o “credo criminológico da mídia”, que tem seu núcleo na “pena como rito sagrado da solução de conflitos”⁸ pouco importando se jamais tenha atingido qualquer dos seus propalados objetivos.

Durante o segundo semestre do ano de 2012, a pergunta mais ouvida pelos criminalistas, em qualquer local ou ocasião, foi a seguinte: “Você acha que esse caso do “mensalão” vai dar em alguma coisa?”. Embora antecipadamente ciente da resposta, minha reação era reperguntar: “Mas o que você considera “dar em alguma coisa”?”. Claro, “dar em alguma coisa” não é nada diferente do que condenação com prisão. E quando critiquei alguns aspectos da condução desse julgamento da Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal e certos entendimentos

peculiares adotados (a incrível coincidência da visita de Roxin ao Brasil foi providencial, mas Malatesta, por exemplo, por motivos óbvios, não pode se insurgir contra interpretações equivocadas dos seus textos), pude ouvir, como efetivamente ouvi numa mesa com amigos advogados cíveis, engenheiro, médico e outros que poderiam compor a tal da “opinião pública” classe média da zona sul carioca: “Com certeza você tem razão quanto a todas essas questões jurídicas, mas eu odeio esses caras e sou a favor de atropelar tudo mesmo para colocá-los na cadeia!”.

Ora, esse ambiente foi criado pela imprensa, que construiu e induziu a tal “opinião pública”, exercendo imensa pressão sobre o Judiciário e comprometendo o direito de defesa. Nesse julgamento, como já ocorrera em outros, e fatalmente ainda se repetirá no futuro, a imprensa espetacularizou o processo, transformou magistrados em estrelas de TV, e criou um ambiente no qual a absolvição de réus ou a condenação a penas brandas não seriam alternativas aceitáveis pela sociedade brasileira, independentemente das razões de direito que pudessem recomendá-las.

Em palestra no IAB, o Prof. Eros Grau, que dignificou o STF, mencionou um efeito indesejado da TV Justiça, criada com a melhor das intenções. Segundo ele, percebe-se situação na qual os Ministros passaram a representar determinado papel em razão da superexposição, votando nem sempre para o processo, para as partes e para os seus pares, mas para a TV. É humano, é resultado das circunstâncias, como pontuou o Min. Eros Grau ao ressaltar que não fazia nenhuma crítica pessoal aos seus antigos colegas.

Penso que essa inovação brasileira, a TV Justiça, reclama realmente alguma reflexão. Nada contra o princípio da publicidade dos processos. De forma alguma. Há de se ter em conta, contudo, que tal garantia fundamental surgiu principalmente da necessidade de se resguardar a efetividade do direito de defesa, constantemente violado, quando não inteiramente inviabilizado, nos julgamentos secretos. Publicidade processual não pode ser confundida com espetáculo, com sensacionalismo, com a opressão (publicidade opressiva) que Nelson Hungria já desejava criminalizar, com o que os norte-americanos denominam de *trial by media*.

Aliás, ao criticar a morosidade da Justiça, a mídia muitas vezes, confundindo atividades inteiramente distintas, pretende que a seríssima decisão sobre a vida de uma pessoa possa ter a mesma superficialidade e instantaneidade de uma notícia de jornal. Mas se, de acordo com o conhecido adágio popular, “o jornal de hoje embrulha o peixe de amanhã” (o que já está um pouco superado com a *internet*), o erro judiciário perdura no tempo e não raro tem efeitos que extrapolam a pessoa do condenado.

Concluo com trecho do clássico livro de Albert Camus, “O estrangeiro”, quando Mersault, o

personagem principal acusado do homicídio de um árabe, chega ao tribunal para ser julgado:

“- Quanta gente – comentei com o guarda”.

Respondeu-me que era por causa dos jornais e mostrou-me um grupo que se mantinha em volta de uma mesa, abaixo do banco dos jurados.

- Ei-los – disse-me ele.

- Quem?

- Os jornais – repetiu.

Conhecia um dos jornalistas que nesse momento o viu e se dirigiu até nós. Era um homem já de certa idade, simpático, com um certo esgar no rosto. Apertou calorosamente a mão do guarda. Notei nesse instante que todo mundo se encontrava, se interpelava e conversava como num clube em que se fica feliz por estar com pessoas do mesmo ambiente. Foi assim que interpretei a estranha sensação de estar sobrando, um pouco como um intruso. No entanto, o jornalista dirigiu-se a mim sorrindo. Disse que esperava que tudo corresse bem para mim. Agradei e ele acrescentou:

- Sabe, tivemos de aumentar um pouco o seu caso. O verão é uma época morta para os jornais.

NOTAS

¹ SCHREIBER, Simone. A publicidade Opressiva de julgamentos criminais – uma investigação sobre as consequências e formas de superação da colisão entre a liberdade de expressão e informação e o direito ao julgamento criminal justo, sob a perspectiva da Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

² CUNHA, Luana Magalhães de Araújo. Mídia e Processo Penal: a influência da imprensa nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida à luz na Constituição de 1998. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais - ano 20 – vol. 94. São Paulo: RT, jan/fev de 2012, p. 199-237.

³ Op cit, p. 204.

⁴ VENTURA, Zuenir. Perdas e Danos. In: Jornal do Brasil, edição de 27/05/1996, Caderno B, p. 9.

⁵ GOMES, Marcos Alan de Mello. Mídia, poder e delinquência. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – ano 20 – nº 238 – setembro de 2012.

⁶ ANDRADE, Fabio Martins. Mídia e Poder Judiciário – a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 354.

⁷ BATISTA, Nilo. Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio. In: Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade – ano 07 – nº 12. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2º semestre de 2002, p. 276.

⁸ Op. cit, p. 273.

*** Marcio Barandier - Advogado Criminalista . Membro das Comissões de Direito Penal e de Direito Ambiental do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Coordenador Estadual (RJ) do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).**

O CONTROLE DA LEGALIDADE SOBRE AS DECISÕES ASSEMBLEIARES NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Érica Guerra da Silva*

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO 1. Os Sistemas Concursais 2. O controle de legalidade sobre as decisões das assembleias gerais de credores na recuperação judicial –Conclusão – Referencia.

INTRODUÇÃO

Está em voga a autonomia da assembleia de credores no procedimento de recuperação judicial, tendo em vista decisões judiciais que ora dão amplos poderes aos credores na aprovação do plano de recuperação; outras decisões judiciais relativizam a autonomia da vontade dos credores para determinar apresentação de novo plano de recuperação judicial, sob pena de decretação de falência, por descumprimento do disposto na Lei 11.101/2005.

Especificando o tema, estudar-se-á a autonomia da assembleia geral de credores no procedimento de recuperação judicial e o controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

Na análise dos sistemas concursais existentes vislumbram-se historicamente quatro sistemas: 1) o sistema que privilegia os interesses do devedor, adotado pelo Brasil no Decreto-lei 7.661/195; 2) o sistema que privilegia o credor, por exemplo acolhido pela Lei Americana; 3) o sistema que privilegia o devedor e a empresa, preferido pela Lei Francesa e 4) o sistema que visa salvaguardar o devedor, empregados e credores, preferido pela Escandinávia.

O Princípio da Manutenção da Empresa está presente nos ordenamentos jurídicos alienígenas há algum tempo, visando o saneamento da empresa e sua preservação, para se liquidá-la somente quando inviável e inevitável essa solução.

No direito francês, o legislador, no art. 1º da Lei 85/98, previu:

“O procedimento de recuperação judiciária destina-se a permitir 1) a salvaguarda da empresa, 2) a manutenção das atividades empresárias e do emprego e 3) o levantamento do passivo, iniciando-se com a apresentação de um plano de recuperação, que será objeto de exame durante um período de observação, podendo prever ou a continuação da empresa ou a sua cessão.”

Em 2006, a Lei 845/2005 francesa instituiu um novo sistema de insolvência objetivando a adequação dos mecanismos preventivos e destacando o papel do ativo aos credores.

A Itália optou pela criação do instituto da Administração Controlada, no RD nº 267, de 16 de março de 1942, no art. 187, *verbis*:

“O empresário que se encontra em temporária dificuldade de adimplir suas obrigações recorrendo à condição prevista no art. 160, nos nºs 1, 2, e 3 do § 1º, e comprovando possibilidade de saneamento da empresa, pode requerer ao Tribunal o controle da gestão de sua empresa e da administração de seus bens a fim de garantir os interesses de seus credores por um período não superior a 2 anos. O requerimento obedece à forma estabelecida no art. 161.”

A proposta de Administração Controlada está sujeita a aprovação dos credores, que não impede o sequestro judicial sobre os bens do empresário, todavia, proíbe a execução dos créditos hipotecários ou pignoratícios.

Em 1991, através da Lei nº 223, o direito italiano introduz modificações no direito concursal enfatizando o princípio da preservação da empresa.

Jorge Lobo comentando a exposição de motivos da Lei Portuguesa, Dec. 177/1986, que criou o processo especial de recuperação da empresa e a proteção aos credores, expõe:

“(...) adotou-se o processo de recuperação em três modalidades: a concordata, o acordo de credores e a gestão controlada da empresa, salientando desde logo, que a concordata e o acordo de credores são figurados como meios de recuperação da empresa e não como instrumento de prevenção ou suspensão da liquidação do patrimônio do devedor. Não se dirige à satisfação exclusiva do interesse dos credores, porém, a salvação imediata da empresa, tendo em vista não apenas a sua estrutura jurídica e econômica, mas, e principalmente, a sua dimensão social.”

O direito português reformulou sua legislação em 1994 com Decreto-lei nº 132, tendo modificado parcialmente em 1998 através do Decreto-lei nº 315, para unificar o sistema de insolvência para comerciantes e não comerciantes.

O Ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, esclarece a mudança mais recente no direito lusitano, ocorrida em 2004, pelo Decreto n.53:

“(...) inspirada nas leis alemão e espanhola, distanciadas dos conceitos

que levaram à criação, no direito americano, da reorganização da corporação.

A lei portuguesa não distinguiu duas fórmulas, a da recuperação e falência. É um só sistema e se denomina insolvência.

São os credores que irão decidir primordialmente se vão levar a empresa à falência ao se tentará a recuperação.”

No direito Norte Americano, no Chapter 11 do *Bankruptcy Reform Act* de 1978, com emendas em 1984 e 1986, os credores são divididos em duas classes na recuperação, Sênior e Júnior; primeiro se pagam todos os credores Seniores e depois os credores Juniores, sendo que esses não podem receber mais que aqueles.

São princípios norteadores do direito Norte Americano o Princípio do Melhor Interesse dos Credores na mesma classe e o Princípio da Não Discriminação Injusta.

É permitida a ampla barganha entre os credores, desde que atendida à regra da APR (*Absolute Priority Rule*) o Juiz pode impor o plano (*Crawdown*). Todavia, poderá recusar homologar o plano se a situação for considerada pior do que ocorreria na falência.

A Lei 11.101/2005 dispõe no artigo 47, *verbis*:

“A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”

Pelo disposto no citado artigo, se verifica uma nova sistemática, pela consagração da função social da empresa como causa social; o sistema privilegia devedor, empresa, empregados e credores. O Estado é favorecido pelos interesses difusos (consumidor).

A Lei 11.101/2005 é oriunda da Mensagem nº 1.014/93, do Poder Executivo, que originou o projeto de lei nº 4.376 de 1993, em que o magistrado tinha plenos poderes sobre os procedimentos que a lei regulamentaria.

Assim, dispunha o artigo 7º do projeto de lei nº 4.376 de 1993:

“O juiz da falência, da concordata ou da recuperação das empresas supervisionará, dirigirá e impulsionará o exercício das funções atribuídas por esta Lei aos demais órgãos judiciais, exercerá plena jurisdição sobre o patrimônio do devedor e será o único competente para ordenar ou autorizar medidas sobre os bens que o compõem.”

Todavia, após emenda aglutinativa ocorrida na Câmara dos Deputados, o projeto de lei nº 4.376 de 1993 recebeu a nova roupagem que caracteriza a sistemática do direito concursal brasileiro.

Na sistemática consagrada na Lei 11.101/2005, o órgão facultativo da assembleia de credores, quando convocado para deliberar sobre plano de recuperação judicial, detém amplos poderes para modificar o plano apresentado pelo devedor. Este deverá manifestar expressa concordância com as alterações, à luz do art. 56, § 3º¹ da Lei 11.101/2005.¹

O Juízo poderá conceder a recuperação judicial, ainda que o plano de recuperação não tenha sido aprovado nos termos do art. 45, porém atendidas as exigências do art. 58, §§ 1º e 2º da Lei 11.101/2005.²

2. O controle de legalidade sobre as decisões das assembleias gerais de credores na recuperação judicial.

A autonomia da assembleia de credores no procedimento de recuperação judicial está em destaque nos debates jurídicos, tendo em vista decisões judiciais que balizam a legalidade das disposições do plano.

Há julgados concedendo amplos poderes aos credores na aprovação do plano de recuperação; assim já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no julgamento da APELAÇÃO CÍVEL nº 46.989/2007:

“EMENTA: RECUPERAÇÃO JUDICIAL – ORDINÁRIA – NULIDADE DE ASSEMBLEIA – MATERIA PRECLUSA – CORRETA A SENTENÇA QUE DÁ PELA EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, UMA VEZ CARACTERIZADA A PRECLUSÃO LÓGICA. HIPÓTESE EM QUE EM ASSEMBLEIA GERAL POSTERIOR, POR AMPLA MAIORIA DE VOTOS, FORAM RATIFICADOS O PLANO DE RECUPERAÇÃO E O DETALHAMENTO ORA IMPUGNADOS. ADEMAIS, AOS

AUTORES, QUE NÃO OPUSERAM RECURSO CONTRA A DECISÃO ANTERIOR DO D. JUIZO, QUE RECONHECEU A ADOÇÃO DO PROCEDIMENTO DO ART. 42 DA LEI DE REGENCIA, CONTRA ELA INVESTE, AGORA, POR VIA DESTE RECURSO. VERBA HONORARIA, ENTRETANTO, FIXADA EM EXAGERO, ESCAPANDO DA RECOMENDAÇÃO DE QUE TRATA O ARTIGO 20, § 4º DO CPC.”

Outras decisões judiciais relativizam a autonomia da vontade dos credores para determinar, sob pena de decretação de falência por descumprimento do disposto na Lei 11.101/2005, apresentação de novo plano de recuperação judicial, como julgou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 0136362-29.2011.8.26.0000:

“EMENTA: AGRAVO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PLANO APROVADO PELA ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDORES. PLANO QUE PREVÊ O PAGAMENTO DO PASSIVO EM 18 ANOS, CALCULANDO-SE OS PAGAMENTOS EM PERCENTUAIS (2,3%, 2,5% E 3%) INCIDENTES SOBRE A RECEITA LÍQUIDA DA EMPRESA, INICIANDO-SE OS PAGAMENTOS A PARTIR DO 3º ANO CONTADO DA APROVAÇÃO. PREVISÃO DE PAGAMENTO POR CABEÇA ATÉ O 6º ANO, ACARRETANDO PAGAMENTO ANTECIPADO DOS MENORES CREDORES, INSTITUINDO CONFLITOS DE INTERESSES ENTRE OS CREDORES DA MESMA CLASSE. PAGAMENTOS SEM INCIDÊNCIA DE JUROS. PREVISÃO DE REMISSÃO OU ANISTIA DOS SALDOS DEVEDORES CASO, APÓS OS PAGAMENTOS DO 18º ANO, NÃO HAJA RECEBIMENTO INTEGRAL. PROPOSTA QUE VIOLA OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO, OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ISONOMIA, DA LEGALIDADE, DA PROPRIEDADE, DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE, EM ESPECIAL O PRINCÍPIO DA "PARS CONDITIO CREDITORUM" E NORMAS DE ORDEM PÚBLICA. PREVISÃO QUE PERMITE A MANIPULAÇÃO DO RESULTADO DAS DELIBERAÇÕES ASSEMBLEARES. FALTA DE DISCRIMINAÇÃO DOS VALORES DE CADA PARCELA A SER PAGA QUE IMPEDE A AFERIÇÃO DO CUMPRIMENTO DO PLANO E SUA EXECUÇÃO ESPECÍFICA, HAJA VISTA A FALTA DE LIQUIDEZ E CERTEZA DO "QUANTUM" A SER PAGO. ILEGALIDADE DA CLÁUSULA QUE ESTABELECE O PAGAMENTO DOS CREDORES QUIROGRAFÁRIOS E COM GARANTIA REAL APÓS O DECURSO DO PRAZO BIENAL DA SUPERVISÃO JUDICIAL (ART. 61, 'CAPUT', DA LEI Nº 11.101/2005). INVALIDADE (NULIDADE) DA DELIBERAÇÃO DA ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDORES DECLARADA DE OFÍCIO, COM DETERMINAÇÃO DE APRESENTAÇÃO DE OUTRO PLANO, NO PRAZO DE 30 DIAS, A SER ELABORADO EM CONSONÂNCIA COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E LEI Nº 11.101/2005, A SER SUBMETIDO À ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDORES EM 60 DIAS, SOB PENA DE DECRETO DE FALÊNCIA.”

Existem, ainda, as decisões que se dispõem examinar questões procedimentais dispostas na Lei 11.101/2005:

“EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - PARTE DO ACÓRDÃO QUE DENEGOU A ORDEM IMPETRADA - PRETENSÃO DE OBTENÇÃO DA EMPRESA-RECUPERANDA PLANO QUE CONTEMPLE INDIVIDUALMENTE SEUS CRÉDITOS - INADMISSIBILIDADE - INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - INOBSERVÂNCIA DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL - CONVOCAÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM FALÊNCIA - RECURSO IMPROVIDO. I - O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL, EM QUE SE DISCRIMINA, DE FORMA PORMENORIZADA, O MODO COMO SE DARÁ O SOERGIMENTO E A REESTRUTURAÇÃO DA EMPRESA COMBALIDA, BEM COMO A VIABILIDADE ECONÔMICA DESTA, COM A AVALIAÇÃO DE SEUS BENS E

ATIVOS E A CONSECUÇÃO DE LAUDO ECONÔMICO-FINANCEIRO, CONSUBSTANCIA O PRINCIPAL INSTRUMENTO PARA QUE O PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL, NUM ESFORÇO COMUM DOS CREDORES, DA EMPRESA E DA SOCIEDADE EM GERAL, OBTENHA ÊXITO, MANTENDO-SE, POR CONSEQUENTE, O PROSSEGUIMENTO DA ATIVIDADE ECONÔMICA; II - O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL APRESENTADO PELA EMPRESA-DEVEDORA DEVE SER NECESSARIAMENTE SUBMETIDO À APRECIAÇÃO DA ASSEMBLÉIA GERAL DE CREDORES, O QUAL, SE APROVADO, POR DELIBERAÇÃO QUE BEM ATENDA AO QUÓRUM QUALIFICADO DA LEI, SERÁ JUDICIALMENTE HOMOLOGADO E, TORNAR-SE-Á, EM PRINCÍPIO, IMUTÁVEL. UMA VEZ APROVADO O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL, TODOS OS CREDORES A ELE SE SUBMETEM, INDEPENDENTE DE DISCORDÂNCIA OU, COMO *IN CASU*, DE INÉRCIA DO CREDOR; III - SUBMETIDO O PLANO DE RECUPERAÇÃO À APRECIAÇÃO DA ASSEMBLÉIA GERAL DE CREDORES, A LEI N. 11.101/2005 (ARTIGOS 45 C.C 41), PARA EFEITO DE APROVAÇÃO DO PLANO, DISTINGUE OS CREDORES POR CLASSES, A CONSIDERAR A NATUREZA DE SEUS CRÉDITOS. PORTANTO, É JUSTAMENTE POR MEIO DO QUÓRUM QUALIFICADO DA LEI QUE OS CREDORES, A CONSIDERAR A NATUREZA DE SEUS CRÉDITOS, DETÊM MAIOR OU MENOR INFLUÊNCIA NA APROVAÇÃO DO PLANO. IV - A NATUREZA DO CRÉDITO, SEJA ELE PRIVILEGIADO OU NÃO, NÃO CONFERE AO SEU TITULAR A PRE ROGATIVA DE OBTER UM PLANO QUE CONTEMPLE INDIVIDUALMENTE SEUS CRÉDITOS. TAL PRETENSÃO, ALIÁS, SE ADMITIDA, TERIA O CONDÃO DE SUBVERTER O PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL, JÁ QUE O PLANO DE REORGANIZAÇÃO DA EMPRESA DEVE, PARA SEU ÊXITO, CONTEMPLAR, CONJUNTAMENTE, TODOS OS DÉBITOS DA RECUPERANDA; V - A NÃO IMPLEMENTAÇÃO DO QUE RESTOU APROVADO NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL PELA EMPRESA-BENEFICIADA TEM COMO CONSEQÜÊNCIA A LEGITIMAÇÃO DO CREDOR PARA PEDIR A FALÊNCIA, E NÃO, COMO PRETENDE O ORA RECORRENTE, OBRIGAR A RECUPERANDA A APRESENTAR UM PLANO ESPECÍFICO PARA PROCEDER AO PAGAMENTO DE SEUS CRÉDITOS; VI - RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 30.686 - SP)“

EMENTA: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. NOVAÇÃO NÃO COMPROVADA. EXTINÇÃO DE DÍVIDA. IMPOSSIBILIDADE. CASO EM QUE DOS DOCUMENTOS QUE FORMAM O INSTRUMENTO NÃO HÁ PROVA INEQUÍVOCA DA REALIZAÇÃO DE ASSEMBLÉIA DE APROVAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E APROVAÇÃO PELOS CREDORES OU DECISÃO JUDICIAL QUE A CONCEDA. O QUE SE VISLUMBRA, *IN CASU*, É TÃO-SOMENTE A DECISÃO DE PROCESSAMENTO DO FEITO, QUE NÃO TEM O CONDÃO DE FAZER OPERAR A NOVAÇÃO DO ART. 59 DA LEI 11.101/2005. DE QUALQUER SORTE, MESMO HAVENDO A NOVAÇÃO, ESSA É CONDICIONAL E, CASO NÃO SE CUMpra O PLANO, A SITUAÇÃO DAS PARTES RETORNA AO STATUS QUO ANTE. AGRAVO IMPROVIDO. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL - AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70026256131)“

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso especial nº 1.314.209, interposto por companhias que adicionaram cláusula em plano de recuperação judicial durante assembleia, favorecendo parte dos sócios e prejudicando outros, manifestou que o Poder Judiciário pode interferir nas decisões assembleiárias para que “promova um controle quanto à licitude das providências”.

A relatora do recurso especial supra, Ministra Nancy Andrighi, explicou: “A soberania da assembleia para avaliar as condições em que se dará a recuperação econômica da sociedade em dificuldades não pode se sobrepujar às condições legais da manifestação de vontade

representada pelo plano”.

O Recurso Especial nº 1.314.209 está assim ementado:

“RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APROVAÇÃO DE PLANO PELA ASSEMBLEIA DE CREDORES. INGERÊNCIA JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. CONTROLE DE LEGALIDADE DAS DISPOSIÇÕES DO PLANO. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. A ASSEMBLEIA DE CREDORES É SOBERANA EM SUAS DECISÕES QUANTO AOS PLANOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONTUDO, AS DELIBERAÇÕES DESSE PLANO ESTÃO SUJEITAS AOS REQUISITOS DE VALIDADE DOS ATOS JURÍDICOS EM GERAL, REQUISITOS ESSES QUE ESTÃO SUJEITOS A CONTROLE JUDICIAL. 2. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO.”

Em recente encontro de juristas, na I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal, foram editados enunciados sobre a matéria em comento:

“44 – A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade.

46 - Não compete ao Juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores.”

Não há na Lei 11.101/2005 critério objetivo para fundamentar a análise econômico-financeira pelo Poder Judiciário, sendo indicada a aplicação da regra prevista na legislação anterior, Decreto-Lei 7.661/1945, descrita no art. 143, I, *verbis*:

“Art. 143. São fundamentos de embargos à concordata: I - sacrifício dos credores maior do que a liquidação na falência ou impossibilidade evidente de ser cumprida a concordata, atendendo-se, em qualquer dos casos, entre outros elementos, à proporção entre o valor do ativo e a percentagem oferecida.”

Aduz Jorge Lobo sobre o controle judicial da deliberação da assembleia geral:

“Incumbe-lhe, ademais, dependendo do caso concreto, exercer controle de mérito, tanto do plano de recuperação quanto da decisão da assembleia geral de credores, como, por exemplo, quando: a) a deliberação for por maioria e os dissidentes hajam deduzido objeções e votos divergentes; b) a deliberação for contrária à aprovação do plano e o devedor haja apresentado defesa e postulado a anulação do conclave por fraude à lei, abuso de direito, preterição de formalidade essencial etc.”

O Poder Judiciário, em regra, não necessita adentrar no mérito do plano, ou seja, na vontade manifestada pelos credores presentes na assembleia geral de credores de preservar a empresa, restringindo-se a análise de legalidade. Sendo certo que a análise da legalidade não se restringe às disposições da Lei 11.101/2005.

Conclusão

Em todos os ordenamentos jurídicos há a preocupação de não eliminar as atividades empresárias que estejam passando por uma crise econômico-financeira superável, buscando-se através dos procedimentos de recuperação de empresas permitirem que as empresas superem a situação precária existente.

A recuperação judicial, no ordenamento jurídico pátrio, através do plano de recuperação, submetido ao crivo da assembleia de credores, traça o caminho a ser perquirido pelo empresário ou sociedade empresária, com a ingerência do Poder Judiciário na homologação e supervisão do cumprimento de preceitos legais, sendo suprema a vontade manifestada pelos credores de preservar a empresa.

REFERENCIA:

CASEY, Anthony J. *THE CREDITORS' BARGAIN AND OPTION-PRESERVATION PRIORITY IN CHAPTER 11*. Forthcoming University of Chicago Law Review Volume 78, p. 3-14.

LOBO, Jorge. Da Recuperação da Empresa no Direito Comparado. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris, 1993, p. 129.

SALOMAO, Luis Felipe et SANTOS, Paulo Penalva. Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência - Teoria e Prática. Rio de Janeiro: FORENSE, 2012, p. 12.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de, et alli. Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 58.

PÁGINAS DA INTERNET CONSULTADAS

www.planalto.gov.br

www.stj.jus.br

www.tjrj.jus.br

www.tjsp.jus.br

www.tjrs.jus.br

www.jf.jus.br/cjf

.

NOTAS

¹ Art. 56. Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembléia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação. § 3º O plano de recuperação judicial poderá sofrer alterações

na assembleia-geral, desde que haja expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes

² Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei. § 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembleia, tenha obtido, de forma cumulativa: I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes; II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas; III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei. § 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

***Mestre em Direito. Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro Permanente da Comissão de Direito Empresarial. Membro do Comitê Brasileiro na Câmara de Comércio Internacional**

(Comissão de Arbitragem). Professora Assistente da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Professora Convidada da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ). Autora de Livros e artigos jurídicos.

O DIREITO AGRÁRIO PREVIDENCIÁRIO E A “PONDERAÇÃO” DA SÚMULA N. 149 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO CASO DOS TRABALHADORES RURAIS “BOIAS-FRIAS” – UMA QUESTÃO DE DIGNIDADE E DE JUSTIÇA SOCIAL.

Frederico Price Grechi*.

Este singelo artigo é dedicado aos veneráveis Professores Elida Séguin e Miguel Lanzelloti Baldez, dignos defensores de uma ordem jurídica justa inclusiva dos grupos vulneráveis, em consonância com os valores maiores da Constituição Federal da República do Brasil de 1988.

INTRODUÇÃO

O Direito Agrário relaciona-se com outras áreas do conhecimento do Direito, inclusive o Direito Previdenciário, ramo este que engloba um conjunto de direitos relativos à seguridade social, ¹consoante a precisa definição de José Afonso da Silva.

Tenha-se presente que “os trabalhadores rurais já conquistaram vários benefícios no âmbito da previdência social, conquistas que a atual Constituição Federal incorporou e ampliou”²

DESENVOLVIMENTO

Nesse sentido, após o advento da Constituição Federal de 1988, a Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, estabeleceu no seu art. 1º que a previdência social, *mediante contribuição*, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente. Verifica-se, assim, que a base da cobertura está assentada no elemento “contribuição”, e em favor do contribuinte e dos seus dependentes. A Previdência Social rege-se, entre outros, pelo princípio da uniformidade e

equivalência dos benefícios às populações urbanas e rurais.

No tocante à comprovação do tempo de serviço para aposentadoria, o legislador entendeu acertadamente em dispensar um tratamento especial ao segurado trabalhador rural, dispondo na norma de transição contida no §2º do art. 55, que o seu tempo de serviço, anterior à data de início de vigência da Lei, seria computado independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o Regulamento. A partir daí, aplicar-se-á a regra do §3º do art. 55, cujo enunciado é o seguinte:

“A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento” (grifou-se). ³

Foi nesse contexto que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 149, *verbis*:

“A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário”. ⁴

A 3ª Seção do STJ (REsp. 258.679) considerou válido o verbete, sem qualquer inconstitucionalidade, inclusive do art. 55, §3º, da Lei n. 8.213/1991.

Cabe salientar que sobredita exigência legal consubstanciada no início de prova material e o afastamento da prova exclusivamente testemunhal como regra de avaliação dos meios de prova, típicos e atípicos (art. 332 do CPC), para comprovação do tempo de serviço é, pois, exceção ao princípio da persuasão racional do juiz, prestigiado no art. 131 do Código de Processo Civil, *verbis*:

“O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Ressalte-se, por relevante, que as poucas situações em vigor (v.g. 320, 364, 366 e 402, todos do CPC) que ainda revelam o resquício do sistema das provas legais (política legislativa) vêm sendo mitigadas a partir de uma concepção moderna do sistema probatório.

A propósito, confira-se a insuperável lição de Leonardo Greco:

“Assim, uma concepção puramente positivista do sistema normativo do livre-convencimento fundamentado artificializaria a investigação dos fatos, distanciando-a dos métodos e regras de outras áreas do conhecimento ou de experiência, e, desse modo, dificultando a busca da verdade e favorecendo decisões arbitrárias. Por isso, um moderno sistema probatório há de ser um sistema aberto ao intercâmbio com todas as áreas do conhecimento humano, em que as limitações probatórias sejam apenas aquelas impostas por imperativos éticos ou humanitários, e em que o livre-convencimento se desenvolva através de critérios objetivos racionais, capazes de assegurar a confiabilidade do resultado como o mais próximo possível da verdade. Então, o sistema de avaliação das provas que deve prevalecer nos dias atuais não é, nem o do arbítrio do juiz, nem o do arbítrio do soberano, mas o sistema da busca da verdade, que deve ser revelada por motivos lógicos e racionalmente aceitáveis por todos. No sistema da livre-convicção fundamentada, as provas não podem ter valores predeterminados, estabelecidos na lei; elas terão o valor que lhes der o entendimento e a inteligência do juiz, através do raciocínio logicamente fundamentado. Não há nenhum meio de prova mais valioso do que outro, pois todas as provas devem ser avaliadas em conjunto, e o juiz dará a cada uma o valor que merecer de acordo com o seu entendimento. Não há hierarquia entre provas”⁵

Sem embargo, é preciso atentar, principalmente, para aquelas situações especiais dos grupos minoritários e hipossuficientes⁶, conforme Elida Séguin, *Minorias e Grupos Vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, pp. 23-32. Isto porque o nosso Estado Democrático de Direito tem compromisso com a igualdade real, substancial, e não meramente nominal ⁷ – conforme, Sergio Cavalieri Filho, *Programa de Sociologia Jurídica*.

O acesso à justiça daqueles grupos sociais oprimidos e excluídos pressupõe a democratização do processo, conforme ensina Miguel Lanzellotti Baldez - *Notas sobre a Democratização do Processo* In Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães. Coord. José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, pp. 251 e 260:

“Na verdade, na medida em que o processo tem no fato jurídico a sua razão de ser, parece inevitável que no fato afirmado e no subsequente fato suporte da sentença judicial repercutam, além da eficácia jurídica do fato, selecionada pelos limites formais da causa de pedir, as contradições econômicas, sociais, políticas e culturais da sociedade. Organiza-se, então, a estrutura processual a partir das diferenças e colisões de classe, mas preservando-se a aparência democrática pela mitigação de externidades formais, como por exemplo a instituição, em algumas (não em todas) regiões do Brasil, de Defensorias Públicas relativamente atuantes. Ficam preservadas na figura do pobre, generalizante de variada forma de opressão e exclusão, as boas e saudáveis liberdades processuais. Acesso à Justiça, em suma, é a chave da democratização do processo: ou pela ampliação do campo do interesse juridicamente protegido, ou pela integração formal dos econômica e socialmente desprotegidos. (...), a democratização do processo só será concreta, primeiro, quando a juris-dicção deixar de ser um monopólio da magistratura, abrindo-se espaços para juízes de outros cortes e culturas sociais, que não restritamente a burguesia. Não basta, pois, que os juízes sejam melhor equipados intelectualmente, como recomenda Boaventura de Souza Santos, mas que outras culturas atravessem as decisões judiciais, e esse objetivo poderá ser perseguido a partir do art. 98 da Constituição Federal e dos Juizados Especiais com juízes leigos, corrigindo-se aqui o estranho e inconstitucional dispositivo da Lei nº 9.099, de 1995, que define como leigos advogados com mais de cinco anos de formados”. 6

A título de ilustração, o consumidor tem o direito básico à facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência (art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/90). Além dos novos regimes legais democratizantes positivados – tais como, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código do Consumidor, os Juizados Especiais -Miguel Lazzellotti Baldez, *Op. Cit.*, p. 252,⁷ também é preciso dar, por exemplo, efetividade à norma contida no art. 126 da Constituição Federal da República com a criação em todos os Estados de varas especializadas com competência exclusiva para questões agrárias, notadamente para dirimir conflitos fundiários. Os seus juízes titulares ou em exercício devem, pois, possuir a necessária sensibilidade de captar a complexidade das questões litigiosas agrárias que gravitam, a rigor, em torno de relações jurídicas, formal e substancialmente, desiguais.

Com efeito, aqueles trabalhadores rurais denominados “boias-frias” constituem uma massa de trabalhadores temporários (volantes), os quais residem, em sua maioria, nas periferias urbanas, migrando de uma região para a outra, conforme o ciclo produtivo das culturas. Os “boias-frias” trabalham, em regra, nos períodos de semeadura e colheita. Em geral, os contratantes são pessoas simples que não observam as formalidades. Aliado a isso, são indubitáveis as dificuldades encontradas pelos trabalhadores rurais “boias-frias” na comprovação do tempo de serviço nas lides campestres, muitas vezes, impossibilitados, devido a frágil situação econômica destes, de impor o registro em carteira. Bem por isso, estes vulneráveis trabalhadores rurais “boias-frias” são, portanto, merecedores de tutela pelo Estado-juiz, mormente no campo judicial-probatório, com vista à busca da verdade real e do direito justo.

Em recente julgamento em sede de recurso repetitivo sobre o meio de prova para a comprovação do tempo de serviço rural pelos trabalhadores denominados “boias-frias”, o Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Herman Benjamin (REsp. 1.321.491-PR, julgado em 10/10/2012), reconhecendo a sua vulnerabilidade e ponderando as circunstâncias sócio-econômicas destes, mitigou a aplicação da Súmula n. 149 para admitir que a reduzida prova material seja complementada por prova testemunhal idônea, nos termos da ementa abaixo reproduzida:

“Direito Previdenciário. Comprovação de tempo de serviço rural. Boia-fria. Apresentação de prova para obtenção do benefício previdenciário. Aplicação da Súm. N. 149/STJ. Recurso Repetitivo (art. 543-C do CPC e Res. N. 8/2008-STJ). Aplica-se a Súm. n. 149/STJ aos trabalhadores rurais denominados ‘boias-frias’, sendo imprescindível a apresentação de início de prova material para obtenção de benefício previdenciário. A apresentação de prova material de apenas parte do lapso temporal não implica violação da Súm. n. 149/STJ, cuja aplicação é mitigada se a reduzida prova material for complementada por prova testemunhal idônea. A prova exclusivamente testemunhal é insuficiente para comprovação da atividade laborativa do trabalhador rural, sendo indispensável que ela venha corroborada por razoável início de prova material, a teor do art. 55, §3º, da Lei n. 8.213/1991 e do enunciado n. 149 da Súmula do STJ. Precedentes citados: AgRg no REsp 1.309.694-PR, DJe 11/5/2012; AgRg no Ag 1.161.240-SP, DJe 13/6/2012; AgRg no REsp 1.213.305-PR, DJe 8/3/2012; AgRg no REsp 1.326.080-PR, DJe 14/9/2012; AgRg no REsp 1.208.136-GO, DJe 30/5/2012, e AgRg no AREsp 162.768-GO, DJe 21/8/2012” (grifou-se).

Pelo exposto, forçoso é concluir que o Superior Tribunal de Justiça consolida, pois, o justo e razoável (art. 5º, LIV, da CF) entendimento a respeito da aplicação do §3º, do art. 55 da Lei n.

8.213/1991, atendendo aos seus fins sociais e às exigências do bem comum (art. 5º da LICC), e, por conseguinte, assegura, assim, aos vulneráveis trabalhadores rurais “boias-frias” uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

NOTAS

¹ SILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição. 6 ed. São Paulo: Malheiros, (s.d). p. 775.

² MARQUES, Benedito Ferreira. Direito Agrário Brasileiro. 7 ed. São Paulo: Atlas, (s.d). p. 191.

³ Regulamento da Previdência Social.

⁴ ROSAS, Roberto. *Direito Sumular*. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 464).

⁵ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. vol. II. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, pp. 110-111.

⁶ Séguin, Elida. Minorias e Grupos Vulneráveis: uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro: Forense, (s.d). p. 23-32

⁷ Cavalieri Filho, Sergio. *Programa de Sociologia Jurídica*. 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 150

⁸ BALDEZ, Miguel Lanzellotti. Notas sobre a democratização do processo. In: Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães. Coord. pro José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, p. 251 e 260.

⁹ Op. Cit, p. 252.

⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUMULA 149.

***Advogado militante, professor e membro da Comissão de Direito Agrário do Instituto dos Advogados Brasileiros**

Doutrina

A ARBITRAGEM E AS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO

DUVAL VIANNA*

Objetiva o presente estudo verificar a possibilidade de as pessoas jurídicas de direito público convencionarem a arbitragem para solução de seus litígios¹.

1. A arbitragem.

Por meio da arbitragem resolvem-se litígios sem a intervenção de um juiz de direito ou de qualquer outro órgão estatal.

Prescreve a Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96 – LA) que para convencionar a arbitragem é preciso que as pessoas sejam capazes de contratar e que os litígios sejam relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Convencionada a arbitragem, as partes ficam impossibilitadas – salvo consenso – de resolver os litígios por via diversa do juízo arbitral.

Vale dizer, as partes, no momento em que convencionam a arbitragem, se obrigam a resolver litígio decorrente da execução de um determinado contrato exclusivamente através do juízo arbitral.

Tanto é assim que, caracterizado o litígio, se algum dos litigantes ingressa em juízo para em sede estatal dirimir a questão, a outra parte poderá opor, com êxito, a exceção de arbitragem, o que levará à extinção do processo judicial sem exame de mérito².

A arbitragem se convencionada através (1) da cláusula compromissória e (2) do compromisso arbitral.

No primeiro caso, as partes celebram um contrato e, neste mesmo instrumento ou em separado, convencionam a arbitragem, ou seja, se obrigam a levar ao juízo arbitral todos os litígios que derivarem da execução daquele contrato.

Assim, a cláusula compromissória visa regular a *solução de litígios eventuais e futuros* decorrentes de uma determinada relação contratual.

No caso do compromisso arbitral, já caracterizado o litígio, os interessados decidem submeter o conhecimento dele ao juízo arbitral.

Esta decisão poderá ser tomada mesmo que já proposta ação judicial e terá o condão de extingui-la sem julgamento de mérito.

O compromisso arbitral servirá, portanto, para regular a *solução de litígios existentes*, derivados não só de relações contratuais, como também de outras (relações de vizinhança, por exemplo).

2. A renúncia.

Como se vê, ao convencionar a arbitragem, *as partes renunciam ao caminho judicial*, à prestação jurisdicional que lhes é oferecida e garantida por dispositivo constitucional com galas de cláusula pétrea.

Esta necessária renúncia foi seriamente questionada, principalmente após a edição da LA, uma vez que, antes dela, o instituto da arbitragem entre nós era pouco conhecido e muito menos utilizado, não merecendo a atenção dos doutrinadores e não acarretando discussões judiciais, salvo nos processos de homologação de sentença arbitrais estrangeiras.

Com efeito, a LA deu nova dimensão à cláusula compromissória e à sentença arbitral – e por isto o seu sucesso, em grande parte – ensejando a instituição do processo de arbitragem sem necessidade de ser firmado compromisso, se ocorrer o litígio e conferindo à sentença arbitral o *status* de título judicial, independentemente de ser validado ou homologado pelo Judiciário, como acontecia.

3. Antecedentes históricos. A constitucionalidade da arbitragem.

O juízo arbitral, até o advento da LA, foi utilizado – entre nós – em raras ocasiões.

O primeiro impedimento decorria da noção arraigada de que a cláusula compromissória, por si, não seria suficiente para submeter os contratantes à arbitragem.

Mesmo que houvesse previsão no contrato – cláusula compromissória –, o litígio superveniente só poderia ser resolvido pelo juízo arbitral havendo concordância dos envolvidos ou se firmado o compromisso arbitral.

A cláusula compromissória era tida como simples promessa. Nada mais³. Havia, inclusive, legislação deixando expressa esta condição. O Decreto 3.900 de 1.867⁴ assim estipulava:

A cláusula de compromisso [cláusula compromissória], sem a nomeação dos árbitros relativa a questões eventuais, não vale senão como promessa, e fica dependente para sua perfeita execução de novo e especial acordo das partes [compromisso], não só sobre os requisitos do art. 773, como também sobre as declarações do artigo seguinte.

A legislação posterior (códigos estaduais de processo, códigos federais de 1.939 e 1.973), não se referiu à cláusula compromissória, regulando-se apenas o compromisso pelo Código Civil de 1.916.

E assim, ocorrendo o conflito, a instituição da arbitragem era frustrada na maioria das vezes, já que o devedor ou o inadimplente não tinha, como é evidente, o menor interesse em validar a promessa feita no contrato e assinar o compromisso, preferindo submeter-se ao processo judicial, aproveitando-se de sua conhecida morosidade.

Não obstante, vigorou entre nós, a partir de 1.932, o Protocolo de Genebra, editado em 1.923 e ratificado pelo Decreto 21.187/32, com a condição de que a sua aplicação se limitasse aos contratos considerados de direito comercial na legislação brasileira.

*Cada um dos Estados contratantes reconhece a validade, entre partes submetidas respectivamente à jurisdição dos Estados contratantes diferentes, de compromissos ou de cláusula compromissória pela qual as partes num contrato se obrigam, em matéria comercial ou em qualquer outra suscetível de ser resolvida por meio de arbitragem por compromisso, a submeter, no todo ou em parte, as divergências que possam resultar de tal contrato, a uma arbitragem, ainda que esta arbitragem deva verificar-se num país diferente daquele a cuja jurisdição está sujeita a qualquer das partes do contrato.*⁵

O fato é que, somente após a vigência da LA a jurisprudência passou a aceitar sem maiores restrições o fato de que a cláusula compromissória seria suficiente para garantir a instituição do juízo arbitral. Apesar disto e lamentavelmente, encontram-se decisões relativamente recentes, de tribunais importantes, em franca dissonância com esta tendência⁶, revelando um completo desconhecimento da matéria e da evolução histórica do instituto.

Em segundo lugar, o laudo arbitral, nome pelo qual era denominada a decisão proferida pelo árbitro, só tinha eficácia depois de homologado por sentença judicial, acarretando a

necessidade de instauração de um processo judicial, sujeito aos recursos e expedientes protelatórios que lhe são inerentes.

Esta condição de eficácia, além do mais, dificultava a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras pelo STF, uma vez que na legislação da maioria dos países ocidentais o laudo arbitral independia de homologação e o STF entendia que a sentença estrangeira suscetível de homologação no Brasil não era o laudo arbitral, mas sim a decisão judicial ou do órgão público equivalente que tivesse chancelado o laudo no país de origem⁷. Assim, indeferia a maioria dos pedidos de homologação e o juízo arbitral realizado no estrangeiro se frustrava, beneficiando, na grande maioria das vezes, o contratante nacional inadimplente.

Com a edição da LA, o STF passou a homologar a própria sentença arbitral estrangeira, sem necessidade de verificar se vinha com a chancela de algum tribunal ou órgão público estrangeiro, na medida em que a LA conferiu à sentença arbitral a mesma eficácia da sentença judicial⁸.

Como se sabe, na Constituição de 1.946 foi prevista, pela primeira vez, a garantia de apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão de direito individual⁹.

Surgiu, então, a discussão a respeito da adequação do juízo arbitral à norma, sob o argumento de que aquele excluía da apreciação do Poder Judiciário lesão de direito individual¹⁰.

Não obstante, já naquela época, o STF resolveu questão que se tornou célebre¹¹, rejeitando expressamente a inconstitucionalidade do juízo arbitral, frente ao dispositivo do art. 141, § 4º da CF de 1.946, com a característica de que uma das partes no processo em julgamento era a União Federal, autorizada pelo Decreto 9.251/46 a instituir o juízo arbitral para o estabelecimento de indenização ao espólio de Henrique Laje. Na mesma oportunidade, ficou assentado que a cláusula de irrecorribilidade da decisão arbitral não conspirava contra a norma constitucional referida¹².

Com a edição da LA, voltaram os teóricos a discutir a validade do juízo arbitral, em especial a respeito da eficácia da cláusula compromissória frente ao mencionado dispositivo constitucional.

E o STF, em 1.997, poucos meses após a vigência da LA, no julgamento da SEC 5.206, decidindo, de ofício, examinar a constitucionalidade dela, votou positivamente, não sem alguma dissensão, em relação a alguns artigos.

No que interessa, por maioria¹³, decidiram pela constitucionalidade da regra que dá à cláusula compromissória força para instituir a arbitragem, não havendo incompatibilidade com a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário¹⁴.

Em seu voto, o Min. Nelson Jobim, contrapondo-se aos argumentos do relator Pertence, demonstra a tese vencedora:

A Constituição proíbe que a lei exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV).

Ela não proíbe que as partes pactuem formas extrajudiciais de solução de seus conflitos, atuais e futuros.

Não há nenhuma vedação constitucional a que as partes, maiores e capazes, ajustem a submissão de conflitos, que possam decorrer de relações jurídicas decorrentes de contrato específico, ao sistema de arbitragem.

Não há renúncia abstrata à jurisdição.

Há isto sim convenção de arbitragem sobre litígios futuros e eventuais, circunscritos a específica relação contratual, rigorosamente determináveis.

Há renúncia relativa à jurisdição.

Circunscreve-se a renúncia aos litígios que decorram do pacto contratual, nos limites fixados pela cláusula.

Não há que se ler na regra constitucional (art. 5º, XXXV), que tem como destinatário o legislador, a proibição das partes renunciarem à ação judicial quanto a litígios determináveis, decorrentes de contrato específico.

Lá não se encontra essa proibição.

Pelo contrário, o texto proíbe o legislador, não o cidadão.

É o reconhecimento da liberdade individual.

É esse o âmbito de validade da L. 9.307/96.

Observo que a lei, quanto à solução arbitral de litígios futuros, só a admite quando decorrentes de relação contratual específica.

Não é admitida cláusula compromissória pura ou autônoma ou absoluta.

A lei não admite um pacto autônomo em que as partes se comprometem a submeter à arbitragem todos e quaisquer conflitos futuros, decorrentes de qualquer situação jurídica futura.

A lei não permite renúncia absoluta da ação judicial.

É necessário o contrato e a relação dele decorrente.

.....

O conflito é que é futuro e deverá circunscrever-se ao âmbito do contrato.

A cláusula pressupõe a relação jurídica nascida do contrato e os litígios futuros decorrentes deste contrato.

4. A indisponibilidade.

Pelo fato de que os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes, cabendo-lhes a gerência e conservação no superior interesse da coletividade,

fixou a doutrina o *princípio da indisponibilidade*. A Administração pública não tem a livre disposição dos bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros e em prol destes.

Entretanto, este e outros princípios, expressos e reconhecidos, se vêem hoje reestudados e adaptados – sem perder a essência e o foco – para atender às enormes demandas do estado moderno, sob pena de, manietado a conceitos estabilizados em condições sócio-econômicas totalmente diversas, deixar de cumprir o seu papel.

Vale ressaltar que o gigantismo das tarefas estatais e das obras governamentais, especialmente quando pioneiras, de tecnologia complexa e de execução demorada, pressupõe um diálogo constante entre o contratante e o contratado, abrangendo as decisões de situações não previstas contratualmente ou daquelas que sofreram profundas mutações, não imputáveis a qualquer das partes e que não se enquadram nos riscos comerciais assumidos pelo construtor. O mesmo acontece com as concessões, especialmente quando são de longo prazo.¹⁵

O esforço tradicional dos juristas no sentido de regular situações determinadas, estabilizadas, se esvai na conjuntura moderna, frente às incertezas do mundo globalizado e do contínuo avanço tecnológico, crescendo a importância do *aleatório*, que acarreta a necessidade de rever contratos ou rescindi-los, diante de dificuldades novas e imprevistas para a sua execução¹⁶.

Por outro lado, é preciso reconhecer que o princípio da *eficiência* da administração, tornado expresso em emenda constitucional relativamente recente, acarreta a revisão de valores, sem abrir mão da segurança e da preponderância do interesse público no relacionamento com os prestadores do serviço.

Este princípio deve assegurar aos usuários a possibilidade de exercerem a sua cidadania contra falhas e omissões do estado, tratando-se de *dever constitucional* da Administração, permitindo *responsabilizar* os agentes responsáveis pela correspondente violação.

Entretanto, a decisão que entende o administrador ser de maior grau de eficiência não fica sujeita ao controle de outro poder, inclusive do Judiciário¹⁷, é privativa daquele. Os controles administrativo e legislativo são legítimos, consoante previsto por regras constitucionais¹⁸, respeitado o limite de competência constitucional atribuído aos órgãos da Administração.

A adoção de ambiciosos planos nacionais de investimento, com a adoção de metas grandiosas, mediante realização de grandes obras, impondo parcerias e contratações, implica,

necessariamente, no abrandamento do princípio da indisponibilidade, dado que a simples decisão do administrador de mandar executar determinada obra em prejuízo de outra, por exemplo, caracteriza a faculdade de dispor de bem público, ainda que limitada às grandes linhas traçadas pelos planos aprovados pelo Legislativo.

A questão não é tão simples como o síndico de um prédio de apartamentos necessitar de autorização assemblear, para saber se vai reformar a portaria antes de iniciar a impermeabilização da caixa d'água, ou vice-versa.

Tome-se como exemplo a questão surgida quando da edição do Programa Nacional de Desestatização (Lei 8031/1990), permitindo incluir no programa empresas públicas (autarquias e sociedades de economia mista) por Decreto. Ou seja, havia uma autorização legislativa geral que seria concretizada por ato executivo. Entendendo ser conveniente a desestatização de determinada entidade, estaria o órgão executivo autorizado a fazê-lo por simples Decreto.

Diziam os opositores que tal delegação, por via oblíqua, estaria a ferir os princípios constitucionais de separação e harmonia entre os poderes. Se houve uma lei autorizando a criação da empresa, para que ela deixe de existir sobre controle do estado, seria preciso que outra lei autorizasse a extinção ou a alienação das ações representativas do controle.

Levada a questão ao STF, através das ADINs 562-DF e 234-1-RJ (esta em relação ao plano estadual no Rio de Janeiro inserido na Constituição estadual), a Lei 8.031 foi considerada constitucional, valendo transcrever parte do voto condutor existente na primeira citada, de autoria do Min. Ilmar Galvão:

A autorização legislativa específica, indispensável ao mero destaque de recursos orçamentários, por via de específica consignação na lei de meios, não poderia ser dispensada, quando está em jogo o surgimento de mais um ente da administração.

A partir, entretanto, do momento em que o referido ente cumpriu os seus objetivos, tornou-se inviável, ou já não se justifica a sua manutenção, a privatização e a extinção afloram como alternativas inevitáveis, nada impedindo que, uma ou outra, possa ser posta em prática segundo regras de caráter geral, já que inexistente razão de ordem constitucional, legal ou, mesmo, de ordem prática, que determine tratamento diferenciado, para esta ou aquela espécie de empresa.

Definida, pelo legislador constituinte, a opção pelo regime capitalista de produção, e estabelecidas as únicas hipóteses de atuação do Estado na exploração de atividade econômica (quando se exigir a segurança nacional ou interesse coletivo relevante – art. 173), nada mais natural do que a iniciativa do legislador ordinário, no sentido de instituir um programa de privatização para as centenas de empresas dedicadas a atividades não excepcionais, como fez, editando a Lei nº 8.031/90, de modo a obviar os inconvenientes de providências casuísticas, de efeito retardativo.

Do exposto, conclui-se que é lícito conceder autorização legislativa geral para que o administrador, dentro de grandes linhas traçadas na lei, disponha dos recursos alocados da maneira como parecer mais eficiente, focado nos objetivos finais delineados pelo legislador.

5. As tentativas desastradas.

Diversos órgãos da administração, seduzidos pelas vantagens da arbitragem, procuram introduzir nos regulamentos administrativos sujeitos à sua órbita de atuação, em especial os órgãos reguladores, a prática deste eficiente meio de solução de litígios. Entretanto, fazem-no de maneira canhestra, ignorando princípios basilares da arbitragem e também da mediação, incorrendo em graves irregularidades, afrontando mesmo a Constituição Federal.

O primeiro exemplo vem da criação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, que objetiva prevenir e encerrar litígios entre órgãos e entidades da Administração Federal.¹⁹

Na verdade, o que ali se faz não é nem conciliação nem arbitragem, embora louvável a iniciativa de harmonizar o entendimento entre as repartições federais.

Em primeiro lugar, trata-se de dirimir litígios entre órgãos da administração federal, sujeitos à hierarquia, ou seja, subordinados à decisão de órgão de escalão superior. Caso não se entendam, a questão será decidida por “parecer” que vinculará os envolvidos.

A arbitragem, por sua vez, é assim definida na cartilha do CCAF:

RBITRAGEM: quando não ocorrer a conciliação, nos casos de controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, será elaborado parecer no âmbito da CCAF ou da Consultoria da União, que, após aprovação do Advogado-Geral da União, vinculará os interessados.

Os conciliadores/mediadores/árbitros são, por força de Portaria do titular da AGU, integrantes da Consultoria-Geral da União e da AGU, por ato dos respectivos titulares.

Tanto a conciliação quanto a arbitragem pressupõem a livre adesão e a livre escolha dos mediadores e árbitros.

A verdadeira mediação só vincula o participante após firmar o instrumento de transação, conduzido pelas partes, orientados pelo mediador, não se imaginando qualquer vínculo de subordinação entre eles ou entre eles e os mediadores.

Quanto à verdadeira arbitragem, os árbitros decidem de maneira soberana e são escolhidos livremente pelos interessados, não sendo a sentença arbitral sujeita à aprovação de quem

quer que seja, muito menos de alguém a quem os árbitros estejam vinculados administrativamente.

O segundo exemplo mostra que os responsáveis atentaram para o erro grosseiro inicial e o corrigiram. Trata-se de disposições emanadas pela ANEEL, Agência Nacional de Energia Elétrica, órgão regulador, quando aprovou, em 1.999, o estatuto do Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS.

O ONS é uma entidade de direito privado, sob forma de associação, que tem por objeto executar as atividades de coordenação e controle da operação da geração e transmissão de energia elétrica do sistema interligado nacional. Todas as empresas de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica são membros do ONS, bem como certos consumidores, além do Ministério de Minas e Energia e conselho de consumidores.

No estatuto original, dentre as atribuições da assembléia geral constava a de “aprovar a constituição dos Comitês de Arbitragem e de Auditoria”.

Cabia ao Conselho de Administração, dentre outras atividades: fixar a remuneração dos membros dos tais Comitês, bem como promover a implantação e administração dos Comitês.

No artigo 20 do antigo estatuto, era previsto o modo de constituição do Comitê de Arbitragem, onde se dizia, desde logo, que teria a função de “dirimir os conflitos que surgirem na área de atuação do ONS, cabendo de suas decisões, *recurso* à ANEEL !

Os árbitros eram indicados pela assembléia geral, com uma espécie de mandato, fixando o Conselho de Administração “os termos de funcionamento e os limites de abrangência e de competência específica dos comitês de arbitragem”.

Nesta linha, exibia o portal do ONS na Internet o modelo de contrato de uso do sistema, ao qual aderiam os operadores, onde era previsto que, havendo divergência, “o assunto será remetido ao Comitê de Arbitragem nos termos do artigo 20 do Estatuto do ONS, cabendo recurso à ANEEL”

Posteriormente, em 2.004, a ANEEL aprovou novo estatuto para o ONS, dele constando, unicamente:

Art. 44. O ONS e seus associados poderão valer-se da arbitragem, na forma da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para solucionar conflitos na área de atuação do ONS, podendo utilizar-se de Câmaras ou Tribunais de Arbitragem legalmente constituídos e especializados em questões voltadas ao Setor Elétrico.

Dispositivo do mesmo teor consta dos modelos de contrato de uso do sistema.

Embora desnecessária a previsão estatutária, pois ninguém necessita de autorização para convencionar a arbitragem, pelo menos corrigiram os equívocos evidentes.

O terceiro exemplo vem da Lei 10.848/04, que criou a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, sucessora do Mercado Atacadista de Energia – MAE.

Esta lei objetiva disciplinar a comercialização de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica, bem como destes e seus consumidores no Sistema Interligado Nacional (atividades coordenadas pelo ONS).

Estabeleceu o artigo 4º o seguinte, ao traçar as principais diretrizes e atividades da CCEE:

§ 5º As regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

§ 6º As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, ficam autorizadas a integrar a CCEE e a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 5º deste artigo.

§ 7º Consideram-se disponíveis os direitos relativos a créditos e débitos decorrentes das operações realizadas no âmbito da CCEE.

Pelo que se vê, o legislador considerou certos direitos expressamente disponíveis, para que se possa valer do juízo arbitral no caso.

Entretanto, o estatuto social da CCEE, contrariamente ao que dispõe a LA, estabelece entre os *deveres* dos seus membros “aderir à convenção arbitral”. Reserva todo um capítulo para tratar da arbitragem, do seguinte teor:

CAPÍTULO VI – ARBITRAGEM

Artigo 40. Eventuais conflitos fundados nas relações estabelecidas ao amparo do presente Estatuto Social ou decorrentes da comercialização de energia elétrica no âmbito da CCEE serão dirimidos pela via da arbitragem, no âmbito da Câmara de Arbitragem definida pela Assembléia Geral dos Agentes, sem prejuízo da atuação da ANEEL ou do Conselho de Administração da CCEE, conforme disposto na Convenção de Comercialização.

§ 1º. Para os fins deste Estatuto, considera-se conflito aquele definido na Convenção de Comercialização.

§ 2º. Os processos de arbitragem deverão ser desenvolvidos nos termos da Convenção Arbitral celebrada pelos Agentes da CCEE e do Regulamento da Câmara de Arbitragem definida em Assembléia Geral, sempre em observância ao disposto na Lei nº 9.307, de 1996 e regulamentação aplicável.

§ 3º. A adesão à CCEE implicará a aceitação incondicional dos termos da Convenção Arbitral e de seu respectivo Regulamento, ficando o Associado obrigado a subscrevê-la, inclusive por termo de adesão, para os fins previstos neste Estatuto e na Convenção de Comercialização.

§ 4º. Caberá ao Conselho de Administração propor os termos da Convenção Arbitral e eventuais alterações para aprovação da Assembléia Geral e posterior encaminhamento à ANEEL para homologação.

O que se vê, portanto, é que o candidato a participante do mercado de comercialização de energia elétrica deverá ingressar na CCEE e aderir à convenção arbitral.

Como se já sustentou, a natureza da arbitragem implica em adesão voluntária, com livre escolha dos árbitros e da entidade condutora do processo de arbitragem. Qualquer um que venha a ser compelido a participar de um juízo arbitral poderá ingressar com ação judicial de nulidade da convenção – posto que convenção não existe – obtendo êxito na empreitada.

Em princípio, não haverá óbice em prever, em estatutos de associações, clubes desportivos, etc., a arbitragem como meio de solução de litígios e a condição de firmar convenção de arbitragem pré-estabelecida pelos fundadores. Associa-se quem quer, aceitando as condições que são postas claramente.

Entretanto, no caso da CCEE, não se ingressa pelo simples gosto de participar. Qualquer um que produza, transporte e distribua energia elétrica, além de certa classe de consumidores, se quiser participar do Sistema Nacional Interligado, ficará impedido de comercializar a energia elétrica se não participar da CCEE. Não existe mercado alternativo.

Assim, aquele que, desejando se associar à CCEE, preenchendo as condições legais e estatutárias para comercializar energia elétrica e não sendo obrigado, por lei, a aderir a convenção arbitral nenhuma, não seria admitido como associado, ficando impedido de exercer atividade econômica que a Constituição Federal garante²⁰.

Trata-se de flagrante inconstitucionalidade, fruto da ignorância dos princípios legais que regem o juízo arbitral.

O último e expressivo exemplo vem das agências reguladoras ANEEL, ANP e ANATEL, que procuraram disciplinar o compartilhamento de infraestrutura utilizada pelos agentes detentores de concessão (em sentido amplo) de serviços de transmissão de energia elétrica, telecomunicações e petróleo, seus derivados e gás natural.

Muitos destes agentes são detentores de infraestruturas (servidões administrativas, dutos, condutos, postes e torres; cabos metálicos, coaxiais e fibras ópticas não ativados, etc.) que podem ser compartilhados entre estes agentes.

E assim, editaram a Resolução Conjunta nº 1, de 1.999, estabelecendo cláusulas contratuais essenciais para figurar nos contratos de compartilhamento, dentre elas uma que disponha

sobre o “modo para solução extrajudicial das divergências contratuais”, bem como todo um capítulo para tratar da arbitragem. Eis o correspondente texto:

Art. 23 Eventuais conflitos surgidos em matéria de interpretação e aplicação deste Regulamento, quando do desenvolvimento das negociações de contratos de compartilhamento, serão equacionados pelas Agências, no exercício da função de órgãos reguladores, através de processo de arbitragem a ser definido em regulamento conjunto que será expedido pelas Agências.

Parágrafo único. A submissão de qualquer questão à arbitragem não exime os agentes e as Agências da obrigação de dar integral cumprimento a contratos de compartilhamento vigentes, nem permite a interrupção das atividades vinculadas a tais contratos.

Art. 24 Até a publicação do regulamento sobre arbitragem conjunta entre as Agências, as regras aplicáveis para a solução de conflitos entre os agentes serão as definidas em regimento interno, ou outro ato normativo aplicável, da Agência reguladora do setor de atuação do Detentor.

E a Resolução Conjunta nº 2 criou um procedimento para o conhecimento, instrução e decisão do conflito (caso os litigantes não se componham), proferida por uma comissão composta de representantes das agências reguladoras.

Tal decisão “vinculará” a parte, ainda que seja revel e o descumprimento da decisão constituirá “infração”, ensejando a abertura de processo administrativo que poderá culminar com “aplicação de sanção conforme a legislação pertinente”.

Posteriormente, a Resolução Conjunta nº 1 foi alterada, para o fim de ser dada nova redação ao Capítulo III, acima transcrito, que passou a ser assim:

Art. 23. Eventuais conflitos de interesse entre agentes serão dirimidos pelas Agências em Regulamento Conjunto de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicação e Petróleo a ser por elas expedido.

Parágrafo único. A submissão de qualquer conflito às Agências não exime os agentes da obrigação de dar integral cumprimento a contratos de compartilhamento vigentes, nem permite a interrupção das atividades vinculadas a tais contratos.

Art. 24. Até a publicação do regulamento sobre arbitragem conjunta entre as Agências, as regras aplicáveis para a solução de conflitos entre os agentes serão as definidas em regimento interno, ou outro ato normativo aplicável, da Agência reguladora do setor de atuação do Detentor.

As agências alteraram o capítulo, não se referindo mais ao termo arbitragem. Entretanto, a Resolução nº 2, na verdade, regula verdadeiro procedimento de um juízo arbitral, que seria válido se as partes não fossem compelidas a participar do processo instaurado pela tal comissão de resolução de conflitos.

Caso não se submeta, tal como no exemplo anterior, ficaria impedido de exercer atividade econômica, afrontando-se a Constituição Federal. Assim, o compulsório participante desta *soi disant* arbitragem poderá pedir judicialmente a declaração da nulidade do processo arbitral instituído.

6. Conclusão.

Como foi visto no item 2, somente no momento em que se convencionou a arbitragem há renúncia a direito (renúncia a recorrer ao Poder Judiciário). A legislação pode suprimir este empecilho, permitindo que, no campo contratual, órgãos do poder público contratante firmem a cláusula compromissória, com certas cautelas, tais como a escolha de instituições de arbitragem idôneas e a obrigação de realizar o processo arbitral em território nacional, com sentença aqui proferida, regulado pelas leis brasileiras.

E já existem leis que permitem a disponibilidade de certos direitos pela administração.

Neste sentido, a Lei Complementar 73/93, que instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, permitiu sejam os direitos federais transacionados, autorizando o Advogado-Geral a desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente²¹:

A Lei 9.469/97 regulamentou este dispositivo da mencionada LCp, estabelecendo, expressamente²²:

Artigo 1º. O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação e os dirigentes máximos das empresas públicas poderão autorizar a realização de acordo ou transações, em juízo, para terminar o litígio de valor até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

§ 1º Quando a causa envolver valores superiores ao limite fixado neste artigo, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou ainda do Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, ou do Ministério Público da União, excluídas as empresas públicas federais não dependentes, que necessitarão apenas de prévia e expressa autorização de seu dirigente máximo.

Em relação à permissão para firmar cláusula compromissória, existe a Lei 11.079/2.004, que institui normas gerais para a licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, quando enumera as cláusulas que deverão constar da minuta do

contrato a ser exibida no instrumento convocatório²³, permitindo, ainda, em caráter facultativo,

o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1.996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato²⁴.

E, por fim, conforme destacado mais acima, a Lei 10.448/04 considerou expressamente disponíveis os direitos relativos a créditos e débitos decorrentes das operações realizadas no âmbito da CCEE.

A autorização legislativa permite, desta forma, que a administração pública se valha da arbitragem e de outros meios alternativos de resolução de litígios, conferindo-lhe instrumentos para suprir os enormes desafios constituídos pelas grandes obras, preservando a relação contratual quando surgem impasses derivados da sua execução, o que certamente não ocorre quando as partes procuram o juízo estatal.

NOTAS

¹ Este artigo torna pública a revisão do entendimento do autor a respeito do assunto, manifestado em livro e artigos publicados, bem como em palestras feitas até a presente data.

² Artigo 267, VII, CPC

³ VIANNA, Duval – LEI DE ARBITRAGEM – Editora Esplanada – Adcoas – Rio de Janeiro. 1998 – pp. 18/22 e 50/54

⁴ Redação repetida pelo Dec. 3.084 de 1.898

⁵ Vale ressaltar que o Brasil subscreveu outra convenção internacional importante, a Convenção de Nova York, em 1.958, onde consta dispositivo bastante parecido com o da Convenção de Genebra. Entretanto, somente se tornou parte do nosso direito interno em 2.002, quando foi promulgado pelo Decreto 4.311, quando já vigorava, desde 1.996, a LA.

⁶ Verifique-se, por exemplo, o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Paraná, em 2.008, declarando na ementa: “É nula a sentença arbitral se o procedimento teve início sem a observância de requisito essencial: assinatura do compromisso arbitral” (Agravado de instrumento 428.067-1 – 18ª Câmara Cível). A decisão foi tomada por maioria, com excelente voto vencido e está publicada, com comentários, na Revista de Arbitragem e Mediação (RAM) nº 5/2008.

⁷ STF, SEC 4.724-2, Sessão plenária de 27/04/94

⁸ LA, artigo 31: “A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.” Cf. SEC 5.847-1, Sessão plenária de 01/12/99

⁹ Art. 141, § 4º

¹⁰ VIANNA, Duval, op. cit. p.14

¹¹ Agravo de instrumento 51.181-GB, RTJ 68/382

¹² VIANNA, Duval, op. cit., p. 16

¹³ Vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Neri da Silveira e Moreira Alves, todos já aposentados.

¹⁴ CF, art. 5º, XXXV

¹⁵ WALD, Arnoldo – *As Novas Tendências do Direito Administrativo* – Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro, RJ, (17) 2003 – p. 93.

¹⁶ Op. cit., p. 94

¹⁷ ROCHA FRANÇA, Vladimir – *Eficiência administrativa na Constituição Federal* – RDA 220/2000, p. 175

¹⁸ Artigo 70 e seguintes

¹⁹ Cf. a Cartilha da CCAF, in http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/download/partilhas/Cartilha_CCAF_03_02_09.pdf

²⁰ CF, art. 170, caput, inciso IV e parágrafo único

²¹ Artigo 4º, VI

²² Redação dada pela Lei 11.941/09

²³ Tomando-se por base as disposições da Lei 8.987/1.995, que dispõe sobre o regime da concessão e permissão de serviços públicos

²⁴ Art. 11, III

*** 3º Vice-Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros – gestão 2012-2014. Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, aposentado. Diretor-Presidente do Centro de Mediação e Arbitragem do Rio de Janeiro – CEMARJ**

Doutrina

TIPO PENAL DE TERRORISMO: JURIDICAMENTE INÚTIL, POLITICAMENTE PERIGOSO

Ricardo Pieri Nunes*

Embora campeie na sociedade um sentimento punitivista, que impulsiona a expansão irracional do Direito Penal, não há clamor público em abono da criminalização do terrorismo, por uma razão de fácil compreensão: este fenômeno, entre nós, não é uma realidade. O ódio que lhe serve de força motriz parece ter sido neutralizado pela tolerância que assoma como traço distintivo do nosso povo. Não que se deseje aqui, em tom ufanista, romantizar a personalidade do brasileiro. Mas é certo que, apesar do cenário sócio-econômico propício a rupturas institucionais, não prosperam no Brasil organizações vocacionadas à desestabilização dos poderes constituídos, através de ações planejadas para a difusão de sentimento de pânico na população, calcadas em discursos ideológicos coléricos, de natureza política e/ou religiosa. E isto, a meu ver, resulta de um traço da nossa personalidade, forjado em uma complexa teia de circunstâncias históricas cuja análise escapa ao objetivo do presente trabalho.

Com estas afirmações, também não quero dizer que a eventual existência de clamor popular pela criminalização de determinada conduta deva servir de base para legitimar a produção de leis. O norte primeiro da atividade legiferante vamos encontrá-lo no princípio da idoneidade, que impõe a prévia realização de investigações empíricas em torno da utilidade e eficácia da incriminação para atingir os objetivos primordiais a que se propõe.¹ Mas a ausência de clamor popular no caso específico do terrorismo, em uma sociedade tão marcada pela cultura do talião, não deixa de projetar certa suspeita sobre a proposta ora em exame. Afinal, se todos os nossos problemas são fruto da impunidade, como se ouve em cada esquina, por que o terrorismo escaparia a esta (falta de) lógica?

Em boa verdade, o interesse na criminalização do terrorismo, refletido em diversos projetos em trâmite no Parlamento, *vem de fora para dentro*. Não é de hoje que o Brasil vem

assumindo perante a comunidade internacional o compromisso de combatê-lo, ao firmar vários tratados relacionados ao tema.² O legislador constituinte originário de 1988, atento a esta realidade, erigiu o repúdio ao terrorismo como princípio da República (artigo 4º, inciso VIII) e classificou a conduta como crime hediondo (artigo 5º, inciso XLIII). Após os atentados de 11 de setembro, o Brasil assinou em Barbados a Convenção Interamericana contra o Terrorismo, incorporada ao ordenamento jurídico pátrio em 2005 pelo Decreto número 5.639.

A observância destes compromissos firmados diante da comunidade internacional se justifica por três motivos, a par, naturalmente, da questão ética e moral inerente ao empenho da palavra: *"Primeiro, existem sanções por descumprimento. Segundo, no longo prazo, uma violação atual por um país constitui precedente que pode favorecer futuras infrações contra si, anulando possíveis benefícios imediatos. Por fim, a deterioração da reputação do país representa custo – que se afigura crescente à medida que o cumprimento do regime universaliza-se. Dessa maneira, afora os valores brasileiros de defesa da paz e do repúdio ao terrorismo, inscritos na Constituição Federal, interessa cumprir as regras do regime internacional antiterrorista em virtude de eventuais sanções, da possibilidade de tornar-se vítima do terrorismo no futuro e da preservação da imagem do País."*³

No entanto, a criação de um novo tipo penal definitivamente não consubstancia o meio adequado para dar efetividade ao compromisso de combate ao terrorismo.

Há mais de 30 anos, o mestre Heleno Fragoso já chamava atenção para as adversidades enfrentadas por aqueles que se propuseram a definir as elementares do crime de terrorismo: *"Analisando as dificuldades que o conceito de terrorismo oferece, Jay Mallin diz que todos os que escrevem sobre o terrorismo laboram sob a dificuldade que resulta do fato de que a ninguém foi possível desenvolver uma definição de terrorismo inteiramente satisfatória. E conclui: 'Mainly this is due to the fact that there is no precise understanding of what the term terrorism encompasses.' Alfred P. Rubin, aludindo às mesmas dificuldades, dizia que uma análise dos atos comumente referidos como terrorismo revela que não existe fator comum para distingui-los do crime comum. A violência, por exemplo, pode não existir se uma sistema de telecomunicações é desarranjado por meios eletrônicos, ou se bacilos de moléstias contagiosas são enviados pelo correio. O motivo político pode não existir, como no caso do sequestro dos ministros da OPEP em sua reunião de Viena, em 1975. A criação*

de terror pode também não existir em fatos isolados, como os assassinatos de Martin Luther King e de Robert Kennedy. As razões pelas quais o rótulo 'terrorista' é aplicado num caso, e não no outro, prossegue Rubin, parece terem pouco a ver com a natureza dos atos. Elas derivam dos interesses da reação oficial a tais atos: 'The definitions of terrorism were determined by the response of officialdom to the crimes. The definition was not determined by motive or direct effect, but by whether or not a political or general systemic significance is perceived in the act by law enforcement officials.'"⁴

O pulso desta dificuldade, que envolve a manipulação do conceito de terrorismo ao sabor de interesses e opiniões pessoais, pode ser sentido no dia-a-dia por qualquer pessoa, mesmo no Brasil: quem nunca ouviu ao menos um simpatizante do regime militar instalado em 1964 qualificar os integrantes da resistência de esquerda como *terroristas*? Em contraponto, não é incomum se deparar com a visão de que os militares agiram como terroristas quando fecharam o Congresso Nacional, suspenderam o *Habeas Corpus* e suprimiram a liberdade de expressão e de associação. Da mesma forma, no acalorado recente debate sobre a extradição do italiano Cesare Battisti, não faltaram opiniões no sentido de que seria ele um *terrorista*, enquanto muitos o viam apenas como um perseguido político.

A esta ameaça real – de utilização do conceito de terrorismo para acomodar aspirações políticas antidemocráticas – soma-se o risco do encurtamento de garantias processuais, que ao longo da história tem acompanhado a tipificação desta conduta, sempre sob a ótica do que hoje se chama *direito penal do inimigo*. **O que se vê ao passar dos tempos, como bem observava Heleno Fragoso, é que o legislador, "diante do terrorismo, abandona por completo os princípios fundamentais de garantia do acusado".**⁵

Para citar um exemplo não muito distante, basta lembrar do Patriot Act norte-americano, aprovado após os ataques de 11 de setembro, que criou um abominável regime de exceção para o processamento de suspeitos de terrorismo, sob jurisdição militar, no qual, por exemplo, "não existe um processo público (os julgamentos se celebram em audiência secreta), os advogados não podem conhecer as testemunhas da parte contrária, não se reconhece seu direito ao sigilo profissional, e necessitam de autorização do Department of Defense para falar com a opinião pública. As conversas entre advogados e testemunhas são gravadas e, em matéria de prova, se admite todos os elementos que 'teriam valor probatório para uma pessoa razoável', incluídas as provas de auditu. A acusação não está obrigada a comunicar o iter de obtenção das provas, o que

*significa que a origem e o modo de obtenção de tais provas não são controlados”.*⁶

Os norte-americanos foram longe demais no menoscabo às conquistas do processo penal democrático, sem dúvida, mas a história é pródiga em outros tantos exemplos semelhantes, como se deu na Alemanha em 1976, quando a *Anti-Terrorismusgesetz*, dentre outras medidas, submeteu ao controle judiciário a correspondência entre acusados de terrorismo presos e seus defensores, abriu a possibilidade de se impor a advogados uma interdição parcial ao exercício da profissão em casos relativos à segurança do Estado e autorizou a decretação de prisão preventiva com base apenas na “forte suspeita de crime”, à falta dos pressupostos cautelares clássicos, referentes ao risco de fuga e à perturbação do processo.⁷

Os projetos de lei que tratam do tema, é bem verdade, não veiculam propostas de redução de garantias, mas cumpre ter em mente o que se passou, e ainda se passa, nos países que convivem com este flagelo, como uma espécie de alerta para um arquétipo de porvir, fulcrado no tratamento processual diferenciado a determinados *inimigos*.

Por outro lado, nem mesmo as exaustivas discussões entre juristas de todo o mundo que precederam a criação do Tribunal Penal Internacional foram capazes de viabilizar consenso mínimo para a tipificação do crime de terrorismo, que, deste modo, até hoje não consta do rol de delitos contemplado pelo Estatuto de Roma, por meio do qual aquela Corte foi criada em 2002. Embora isto não se constitua em óbice para o legislador brasileiro, seria por demais arrogante da sua parte desprezar a experiência de inúmeros estudiosos do tema, oriundos de países onde o terrorismo efetivamente se traduz em perigo real e imediato, que não lograram êxito em alcançar um entendimento acerca da definição das elementares deste delito, para incluí-lo em um documento de caráter universal.

Todas estas circunstâncias desaconselham a introdução do tipo penal de terrorismo no ordenamento jurídico, pois a fluidez conceitual que lhe é característica inviabiliza o estabelecimento de elementares objetivas com a precisão exigida pelo princípio da reserva legal, para satisfazer o escopo de segurança jurídica que a norma penal deve atender. E para que se chegue a esta conclusão, basta atentar para a oscilação existente entre as

proposições legislativas hoje existentes quanto aos elementos idealizados para a configuração do injusto de terrorismo.

O Projeto de Lei da Câmara dos Deputados, número 2.462/1991 descreve o crime de terrorismo da seguinte forma: *devastar, saquear, assaltar, explodir bombas, sequestrar, incendiar, depredar ou praticar atentado pessoal ou sabotagem, com dano ou perigo efetivo a pessoas ou bens, com o fim de coagir qualquer dos Poderes da República. Tem-se aqui, portanto, a descrição de uma série de condutas já punidas de forma severa na legislação em vigor (explosão, sequestro, incêndio, roubo), acrescidas de um especial fim de agir extremamente vago - coagir qualquer dos Poderes da República. Ora, o que significa coagir qualquer dos Poderes da República?*

Já o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados, número 149/2003 descreve a conduta de *praticar crime, por motivo de faccionismo (sic) político, religioso, filosófico ou étnico, com o fim de prejudicar a integridade ou a independência nacional, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado, forçar a autoridade a praticar um ato ilegal, a abster-se de praticar o que a lei manda, ou ainda intimidar pessoas, grupo de pessoas ou a população em geral, causando insegurança, pavor pânico ou dano, físico, moral ou psicológico*. Neste caso, diferentemente, a difusão do pânico e a conotação ideológica do ato ganham destaque, e o tipo se resume a descrição de um especial fim de agir tão indeterminado quanto o anteriormente citado, com a agravante de seu caráter prolixo, jungido a um único verbo reitor: *praticar crime*.

A seu turno, o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados número 7.765/2010 elege a difusão do pânico e o emprego da violência como elementos do terrorismo, ignorando o viés ideológico da conduta, tida como *qualquer ato praticado com o uso de violência ou ameaça por pessoa ou grupo de pessoas com o intuito de causar pânico, através de ações que envolvam explosivos ou armas de fogo, com vistas a desestabilizar instituições estatais*.

O Projeto de Lei da Câmara dos Deputados, número 6.764/2002, por sua vez, mescla na caracterização do injusto o *motivo de facciosismo político ou religioso* e o escopo de *infundir terror*, antes de enumerar uma série de

condutas, todas já tipificadas na legislação penal em vigor: *devastar, saquear, explodir bombas, seqüestrar, incendiar, depredar ou praticar atentado pessoal ou sabotagem, causando perigo efetivo ou dano a pessoas ou bens; apoderar-se ou exercer o controle, total ou parcialmente, definitiva ou temporariamente, de meios de comunicação ao público ou de transporte, portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, instalações públicas ou estabelecimentos destinados ao abastecimento de água, luz, combustíveis ou alimentos, ou à satisfação de necessidades gerais e impreteríveis da população.*

Por fim, o Projeto de Código Penal atualmente em discussão no Parlamento (Projeto de Lei do Senado número 236/2012) descreve a conduta de causar terror, desde que tenha *por fim forçar autoridades públicas, nacionais ou estrangeiras, ou pessoas que ajam em nome delas, a fazer o que a lei não exige ou deixar de fazer o que a lei não proíbe; a obter recursos para a manutenção de organizações políticas ou grupos armados, civis ou militares, que atuem contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; ou forem motivadas por preconceito de raça, cor, etnia, religião, nacionalidade, sexo, identidade ou orientação sexual, ou por razões políticas, ideológicas, filosóficas ou religiosas.* Logo em seguida, a proposta de norma traz cinco parágrafos com o elenco das diversas condutas pelas quais o agente *causaria terror*, a exemplo de *depredar qualquer bem privado ou danificar sistema de informática*.⁸ Não obstante, ao abrigo de uma cláusula de exclusão de crime, o parágrafo sétimo do dispositivo contempla a *conduta individual ou coletiva de pessoas movidas por propósitos sociais ou reivindicatórios, desde que os objetivos e meios sejam compatíveis e adequados à sua finalidade.*

Assim, com este emaranhado de elementares abertas, o intérprete se depararia na prática com tarefas que se antevêm difíceis, senão impossíveis. Não bastasse a contundente falta de precisão do que seria, por exemplo, *causar terror com o fim de forçar autoridades a fazer o que a lei não exige ou deixar de fazer o que a lei não proíbe*, o operador do Direito ainda teria de tentar descortinar se o agente agiu imbuído de *propósitos sociais ou reivindicatórios, desde que os objetivos e meios sejam compatíveis e adequados à sua finalidade*. Um verdadeiro convite, tentador ao déspota, para o cometimento de toda sorte de arbitrariedades!

Vê-se, portanto, com perplexidade, que o legislador brasileiro, após mais de vinte anos de investigações, também não logrou estabelecer um piso mínimo de convergência quanto aos elementos constitutivos do crime de terrorismo, o que confere verossimilhança ao receio de que a sua tipificação poderá dar margem a **insegurança jurídica, a partir**

de manipulações casuísticas dos seus conceitos demasiadamente abertos.

O melhor a ser feito, neste cenário, é abandonar a idéia contida nas propostas ora em exame, sobretudo porque o arcabouço legal já existente mostra-se mais do que suficiente para a concretização de uma resposta penal duríssima à eventual prática de um ato terrorista no Brasil.

Com efeito, o catálogo de tipos penais hoje à disposição das autoridades para o enquadramento de atos terroristas é vasto, com penas bastante severas. Confira-se:

- **homicídio qualificado** (artigo 121, § 2º do Código Penal): reclusão de 12 a 30 anos;
- **extorsão mediante sequestro** (artigo 159 do Código Penal): reclusão de 8 a 15 anos;
- **incêndio e explosão** (artigos 250 e 251 do Código Penal): reclusão de 3 a 6 anos. Pena aumentada da metade, em caso de lesão corporal grave, e em dobro, em caso de morte (artigo 258 do Código Penal);
- **desastre ferroviário** (artigo 254, § 1º do Código Penal): reclusão de 4 a 12 anos;
- **sinistro em transporte marítimo, fluvial ou aéreo** (artigo 261, § 1º do Código Penal): reclusão de 4 a 12 anos;
- **envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal** (artigo 270 do Código Penal): reclusão de 10 a 15 anos.
- **epidemia** (artigo 267 do Código Penal): reclusão de 10 a 15 anos. Pena aplicada em dobro em caso de morte;

- **inundação** (artigo 254 do Código Penal): reclusão de 3 a 6 anos. Pena aumentada da metade, em caso de lesão corporal grave, e em dobro, em caso de morte (artigo 258 do Código Penal);
- **uso de gás tóxico ou asfixiante, desabamento ou desmoronamento**: reclusão de 1 a 4 anos (artigos 252 e 256 do Código Penal). Pena aumentada da metade, em caso de lesão corporal grave, e em dobro, em caso de morte (artigo 258 do Código Penal);
- **fabrico, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivos ou gás tóxico, ou asfixiante** (artigo 253 do Código Penal): detenção de 6 meses a 2 anos. Pena aumentada da metade, em caso de lesão corporal grave, e em dobro, em caso de morte (artigo 258 do Código Penal);
- **atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública** (artigo 265 do Código Penal): reclusão de 1 a 5 anos;

Não procede, portanto, com a devida vênia, a preocupação do legislador de que “não há como punir uma pessoa que venha a cometer um ato considerado internacionalmente como ‘terrorista’: seus autores seriam denunciados e julgados por crimes comuns, como homicídio e dano, para os casos de crimes contra a pessoa e contra o patrimônio” (trecho da justificção do Projeto de Lei nº 7.875/2010). O terrorista, bem ao contrário, seria punido sim, e de forma severa, com penas que, segundo as regras do concurso de crimes, poderiam ensejar longos períodos de encarceramento. Pouco importa que determinados delitos sejam chamados de hediondos, a distingui-los dos comuns (valendo lembrar que o homicídio qualificado e a extorsão mediante sequestro são tidos como hediondos). Não existe no Brasil, diante do ordenamento posto, o mais remoto risco de impunidade ou repressão penal suave a atos terroristas.

Em matéria de combate ao terrorismo, o olhar das autoridades deve estar direcionado não ao endurecimento da legislação criminal ou à criação de novos tipos penais, mas sim ao incremento e aperfeiçoamento de medidas administrativas de inteligência e de cooperação entre órgãos da Administração Pública, como bem observa Ciro Leal da Cunha:

"No Brasil, um grande desafio é o estabelecimento de cooperação ampla entre os órgãos que lidam com a temática do terrorismo – inclusive o Itamaraty, que protagoniza as negociações no tema. Também é necessário definir claramente as competências de cada um deles, buscando a complementaridade e o fim da duplicação de esforços. Um óbice a essa cooperação é o sigilo que envolve temas dessa natureza. Outra limitação a ser superada é o preenchimento das lacunas na regulamentação de ações operacionais da ABIN. É positiva, portanto, a ampla revisão por que passam as normas sobre segurança e inteligência.

Após o 11 de Setembro, as autoridades brasileiras adotaram e aperfeiçoaram iniciativas de prevenção do terrorismo em âmbito nacional. Há ações mais rigorosas nos aeroportos, na fiscalização de operações financeiras e na vigilância de suspeitos. O Exército implantou a Brigada de Operações Especiais, preparada para missões como o combate ao terrorismo.

Ressalta-se, ainda, a instituição de Grupo Técnico (GT) para elaborar uma política nacional antiterrorista e propor a criação de uma autoridade nacional para o assunto. Criado no âmbito da Câmara de Relações Exteriores e Defesa Nacional (CREDEN), pela Portaria 16 de 10.05.2004 do Gabinete de Segurança Institucional (GSI), o GT conta com representantes de vários órgãos: Casa Civil da Presidência da República, Ministério da Justiça, Ministério da Defesa, Itamaraty, GSI, e Comandos da Marinha, Exército e Aeronáutica. A iniciativa demonstra a busca de avanços no preparo institucional do País para enfrentar o terrorismo.

Em síntese, o Brasil dispõe de meios adequados para o combate ao terrorismo, levando em conta as limitações inerentes à condição de país em desenvolvimento e o baixo grau de ameaça terrorista contra o País. Avanços institucionais fazem-se necessários e são buscados."⁹

Poder-se-ia argumentar, em contraponto, que a ausência de um tipo penal de terrorismo inviabilizaria o enquadramento desta conduta como antecedente à lavagem de dinheiro. O argumento, de fato, procede, mas é importante que se atente para o equívoco da cogitação do terrorismo como crime antecedente da lavagem de dinheiro, já que atos terroristas, em princípio, não estão atrelados à geração de riqueza. Que bens ou direitos poderiam ser *lavados* a partir da explosão de uma bomba em praça pública, por exemplo?

É equivocada, da mesma forma, a consideração apriorística do financiamento ao terrorismo como crime antecedente da lavagem de capitais. O simples fato de se dar a determinados recursos o destino de viabilizar esta prática repugnante não sinaliza, como corolário, para a má origem do dinheiro. Pode ser que um empresário, médico, economista ou funcionário público, por razões ideológicas, decida empregar o fruto do seu trabalho, lícitamente exercido, para dar suporte a práticas terroristas. Neste caso, o destino do dinheiro é sujo, mas não a sua origem. Deverá ele responder pelos crimes relacionados ao atentado à luz das normas que regem o concurso de agentes, como coautor ou partícipe, e não por lavagem de dinheiro.

Se uma ação ilícita é cometida por um grupo com o exclusivo propósito de forçar alguém a lhe entregar uma soma em dinheiro – o que Jay Mallin denominava “*terrorismo criminoso, cometido por fins patrimoniais e comumente mascarado de político*”¹⁰ – a lavagem poderia ter como antecedente a extorsão ou a extorsão mediante sequestro, tipificadas nos artigos 158 e 159 do Código Penal, ou o crime cometido por organização criminosa, previsto no artigo 2º da Lei número 12.694/12. Em casos tais, portanto, sob o prisma da Lei número 9.613/98, ante a comprovação da má origem dos recursos, não existe, da mesma forma, risco de impunidade em decorrência da falta de tipos penais específicos voltados à repressão do terrorismo e do seu financiamento.

O Brasil não precisa de mais um símbolo inútil que em nada contribui para o esclarecimento da população a respeito do espaço entre o lícito e o ilícito na seara penal. E que, pior ainda, em indesejável retrocesso, dá ao Estado um amplo campo de arbítrio para investir contra as liberdades públicas, ao sabor de conveniências políticas, para conduzir a moldagem de projetos de poder espúrios, infensos às bases da democracia.

A tais propostas legislativas, o arquivo!

Novembro de 2012

NOTAS

¹ TAVARES, Juarez. Critérios de Seleção de Crimes e Cominação de Penas. In: Revista dos Tribunais – nº especial de lançamento, 1992, São Paulo, p. 82-3.

² *Verbi gratia*, Convenção Relativa às Infrações e a Certos Outros Atos Cometidos a Bordo de Aeronaves (Tóquio, 1963); Convenção para a Repressão ao Apoderamento Ilícito de Aeronaves (Haia, 1970); Convenção para a Supressão de Atos Ilícitos Contra a Segurança da Aviação Civil (Montreal, 1971); Convenção sobre a Prevenção e Punição de Crimes Contra Pessoas que Gozam de Proteção Internacional, Inclusive Agentes Diplomáticos (Nova Iorque, 1973); Convenção Internacional Contra a Tomada de Reféns (Nova Iorque, 1979); Convenção sobre a Proteção Física de Materiais Nucleares (Viena, 1980); Protocolo para a Repressão de Atos Ilícitos de Violência em Aeroportos que Prestem Serviço à Aviação Civil Internacional (Montreal, 1988); Convenção para a Marcação de Explosivos Plásticos para Fins de Detecção (Montreal, 1991) e Convenção Internacional para a Supressão de Atentados Terroristas a Bomba (Nova Iorque, 1997).

³ CUNHA, Ciro Leal M. da. Terrorismo Internacional e a política externa brasileira após 11 de setembro, Fundação Alexandre de Gusmão, Brasília, 2009, página 47.

⁴ Fragoso, Heleno Cláudio, *Terrorismo e Criminalidade Política*, Rio de Janeiro: Forense, 1981, páginas 5/6.

⁵ Fragoso, Heleno, obra citada, página 79.

⁶ Vervaele, John A.E., *A legislação antiterrorista nos Estados Unidos: um direito penal do inimigo?*, in Revista Eletrônica de Direitos Humanos e Política Criminal, nº 1, Porto Alegre, Novembro/2007

⁷ Fragoso, Heleno Cláudio, obra citada, páginas 70 e 71.

⁸ Fragoso, Heleno Cláudio, obra citada, páginas 70 e 71. Sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com grave ameaça ou violência a pessoas, do controle, total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meios de comunicação ou de transporte, de

portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia e instalações militares.⁹ Pena – prisão, de oito a quinze anos, além das sanções correspondentes à ameaça, violência, dano, lesão corporal ou morte, tentadas ou consumadas.

⁹ Cunha, Ciro Leal M. da., obra citada, páginas 54/55.

¹⁰ *Apud* Fragoso, Heleno, obra citada, página 10.

*** Ricardo Pieri Nunes - Advogado. Membro da Comissão Permanente de Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros.**

RETROCESSÃO: UMA ABORDAGEM CRÍTICA

MARIA FERNANDA DIAS MERGULHÃO*

HÉLIO NASCIMENTO DE OLIVEIRA NETO**

Sumário: 1 Introdução – 2 Breves panorama sobre a retrocessão no direito brasileiro – 3 Fundamentos jurídicos da retrocessão – 4 Aspectos constitucionais do direito de propriedade – 5 Direito de propriedade e interesse público – 6 A lei geral de desapropriação e a Constituição de 1988 – 7 Natureza jurídica da retrocessão – 8 A retrocessão à luz da Constituição de 1988 – 9 Considerações – 10 Referências.

Resumo: O presente trabalho tem por escopo analisar o instituto denominado “retrocessão”, a partir de sua natureza jurídica, propondo tratamento jurídico-legal adequado nas demandas em que o primitivo proprietário pleiteia a retomada do imóvel da Administração Pública sob o argumento de que a função social motivadora da desapropriação não foi implementada. Abordaram-se as controvérsias acerca da natureza jurídica da retrocessão, concebida por alguns como direito obrigacional, e outros, como direito real. Por fim, propôs-se leitura constitucional do tema, a fim de elucidar e atualizar alguns aspectos dos institutos estudados.

Palavras-chave: Retrocessão – tredestinação ilícita – função social da propriedade – direito real.

Retrocession: a critical approach

Contents: 1 Introduction – 2 Brief outlook about retrocession in Brazilian law – 3 Juridical fundamentals of the retrocession – 4 Constitutional aspects about law of property – 5 Right of property and public interest – 6 The law of expropriation and the Constitution of 1988 – 7 Juridical nature of retrocession – 8 Retrocession under the Constitution of 1988 – 9 Conclusions – 10 References.

Abstract: This article aims at analyzing the “retrocession” juridical entity, starting from its nature in law, implying a legal treatment for demands in which the expropriated claimant looks for having his property back from the State, arguing that the social function of property, that motivated the expropriation, was not implemented later. Was also approached controversies about retrocession juridical nature, thought for some law-writers as an obligational right, and, for others, planned as right studied on law of things. Lastly, was proposed a constitutional sight, to try to elucidate and refresh some aspects of juridical entities studied..

Keywords: Retrocession – ilícit tredestination – social function of property – law of property

Retrocesión: un enfoque crítico

Contenido: 1 Introducción – 2 Breve panorama de la retrocesión en el derecho brasileño – 3 Fundamentos jurídicos de la retrocesión – 4 Aspectos constitucionales del derecho de propiedad – 5 Derecho de propiedad e interés público – 6 La ley general de la expropiación y la Constitución de 1988 – 7 Naturaleza jurídica de la retrocesión – 8 La retrocesión frente a la Constitución de 1988 – 9 Conclusión – 10 Referencias.

Resumen: El presente artículo desea analizar el instituto conocido como “retrocesión”, a partir de la naturaleza jurídica, implicando en el tratamiento legal para las acciones en la que el expropiado requiere a la Administración la devolución de su propiedad, argumentando que la función social de la propiedad no fue implementada. Así, se abordó la controversia entre los juristas que tratan la retrocesión como un derecho obligacional, bien como aquellos que la conciben como derecho real. Por último, se propone una visión constitucional, con el alcance de elucidar e actualizar los institutos estudiados.

Palabras clave: Retrocesión – tredestinación ilícita – función social de la propiedad – derecho real.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho, sem pretensão de esgotar todo o tema, visa a suscitar o debate a partir da análise do instituto da retrocessão. Para tanto, buscou-se, em doutrina e jurisprudência nacionais, tendo sido consultados manuais de direitos civil e administrativo, além de farto material eletrônico, os fundamentos jurídicos da entidade jurídica em questão, com o intuito de desvendar algumas questões ainda imprecisas, que trazem algumas indagações, tais como: qual a natureza jurídica do bem expropriado? Qual a qualidade jurídica do bem quando permanece no acervo patrimonial da Administração, após resolvida a retrocessão em perdas e danos? Há suporte constitucional para fundamentar o instituto da retrocessão como direito obrigacional? Qual fundamento jurídico-legal para o Poder Público-Administração manter a propriedade de bem desapropriado, cuja função social não foi implementada? Admite-se aqui a figura da “administração investidora”, ao arrepio do direito constitucional à propriedade?

Diante disso, propôs-se releitura da lei geral de desapropriação e do mecanismo da retrocessão, a ser feita sob a ótica da Constituição de 1988 pelo método da filtragem constitucional, com o condão de lhes atribuir os valores consagrados na Carta vigente.

2. BREVE PANORAMA SOBRE A RETROCESSÃO NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 – HISTÓRICO

O antigo Código Civil de 1916 determinava, em seu art. 1.150, que “a União, o Estado, ou o Município, oferecerá ao ex-proprietário o imóvel desapropriado, pelo preço que foi, caso não tenha o destino para que se desapropriou”. A partir da leitura do antigo texto, infere-se que o legislador partira de dois pressupostos: o primeiro de que o antigo proprietário teve desapropriado seu *imóvel*; e o segundo de que o *dominus* anterior, caso o ato expropriatório não tivesse alcançado a finalidade proposta, poderia querer reaver a coisa, o que lhe seria autorizado a partir do pagamento de valor idêntico ao da indenização pela desapropriação. Assim, denominou-se este direito de preferência de *retrocessão*, porque configura verdadeira “reaquisição do domínio do bem, pela simples cessação dos efeitos da desapropriação”, ensejando a “*fictio iuris* de não ter a coisa saído do domínio do expropriado” (PEREIRA, 2003, p. 140).

Posteriormente, editou-se o decreto-lei 3.365, de 1941, em cujo art. 35 impediu-se a reivindicação da coisa, ainda que nulo o processo de desapropriação, de maneira que “qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos”. Desse modo, a mencionada norma jurídica não permite que o antigo proprietário reivindique a coisa expropriada, mas lhe garante a possibilidade de se solucionar a questão em perdas e danos. Com a elaboração do decreto, que logo se tornou a Lei de Desapropriações, lembra Pereira (2003, p. 140) que “dúvida levantou-se a propósito da manutenção do direito de retrocessão, em vista de não ter ela feito a menor alusão ao assunto”. Passados alguns anos, mais precisamente em 1999, emendou-se o decreto-lei em questão, adicionando-lhe o disposto no art. 5º, §3º, segundo o qual o imóvel desapropriado para parcelamento popular, a fim de beneficiar classes de menor renda, é considerado utilidade pública, e sua finalidade não será alterada, bem como não se admitirá retrocessão.

Com outros termos, o novo Código Civil contemplou regra semelhante, afastando questionamento quanto à própria existência do abordado instituto, conforme se extrai do novel art. 519, que dispõe:

se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa.

3 – FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA RETROCESSÃO

3.1 – NO DIREITO ADMINISTRATIVO

De acordo com a doutrina do direito administrativo, alteração do pressuposto teleológico do ato de desapropriação recebe nome técnico, qual seja, *tredestinação*, que, na lição de Carvalho Filho (2007, p. 774-5, grifos do autor), “significa *destinação desconforme com o plano inicialmente previsto*”, subdividindo-se em *lícita*, que “ocorre quando, *persistindo o interesse público*, o expropriante dispense ao bem desapropriado destino diverso do que planejara no início”; e *ilícita*, “pela qual o Estado, desistindo dos fins da desapropriação, transfere a terceiro o bem desapropriado ou pratica desvio de finalidade, permitindo que alguém se beneficie de sua utilização”.

Sabe-se, portanto, que a inobservância à finalidade do ato expropriatório, especificamente na hipótese de *tredestinação ilícita*, ensejará o direito de preferência para o

ex-proprietário, ou seja, a prerrogativa de que lhe seja oferecida, pelo adquirente, a coisa expropriada, sob pena de se resolver em indenização, acrescida de perdas e danos.

3.2 – NO DIREITO CIVIL

É cediço que os direitos, em relação ao modo de dominação, dividem-se em *direitos de obrigação* (também chamados de *crédito*, ou, para alguns, *direitos pessoais*¹); e em *direitos reais*. Para melhor compreensão dos efeitos da retrocessão, faz-se mister abordar a sistematização clássica.

3.2.1- Direito de obrigação (ou de crédito)

Os direitos obrigacionais, também chamados de pessoais por alguns, “têm por objeto a *atividade do devedor*, contra o qual são exercidos” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, v. 2, p. 7). Ou seja, tais direitos caracterizam-se pela existência de relação jurídica em que o sujeito ativo, denominado credor, poderá exigir do agente passivo, chamado devedor, o cumprimento de determinada prestação, objeto da relação, consistente em dar (*lato sensu*), fazer, ou não fazer, cujos efeitos serão *erga singulis*, abrangendo apenas as partes.

3.2.2 -Direito real

No dizer de Nogueira da Gama (2011, p. 4), “trata-se do segmento do Direito Civil que regula o poder dos sujeitos sobre os bens (especialmente de natureza corpórea) e os modos de sua utilização econômica. Para Gagliano e Pamplona Filho (2008, v. 2, p. 5),

real é o direito que traduz o poder jurídico direto de uma pessoa sobre uma coisa, submetendo-a em todos (propriedade) ou em alguns aspectos (usufruto, servidão, superfície etc.). Para seu exercício, portanto, prescinde-se de outro sujeito.

Em vernáculo, direito real é o poder do indivíduo sobre determinada coisa, que lhe permite exercer as faculdades inerentes e opô-lá contra todos, desde que dentro dos limites de princípios de ordem pública. Além disso, os direitos reais, diferentemente dos obrigacionais, ostentam características peculiares, conforme leciona Nogueira da Gama (2011, p. 36):

(a)tipicidade (somente são direitos reais os taxativamente elencados em lei) [...]; (b) sequela (a circunstância de o direito real aderir imediatamente à coisa, sujeitando-a diretamente ao seu titular de modo a poder segui-la em poder de qualquer detentor ou possuidor); (c) preferência (privilegio de obter o pagamento da dívida com o valor do bem vinculado exclusivamente à sua satisfação, restrito aos direitos reais de garantia); (d) oponibilidade (ou seja, o direito real tem eficácia contra todas as pessoas, reconhecendo-se, pois, a presença de um dever geral negativo de respeito ao direito real titularizado); (e) publicidade (possibilidade de conhecimento acerca da titularidade e da existência de alguma limitação ao direito); (f) elasticidade (possibilidade de desmembramento de algum ou alguns poderes do direito de propriedade).

Confrontando tais direitos com aqueles de faceta obrigacional, sintetiza Pereira (2008, v. 1, p. 48, grifos do autor):

o que distingue os direitos reais dos de obrigação é o fato de os primeiros *traduzirem uma dominação direta sobre a coisa (iura in re), atribuída ao sujeito e oponível erga omnes*, enquanto que os outros implicam a faculdade de exigir do sujeito uma prestação, havendo, por conseguinte, uma relação que se arma entre sujeito ativo e um ou mais sujeitos passivos, podendo mediamente se referir a uma coisa.

Não obstante, Guilherme Calmon ensina que

O critério mais adequado para distinguir os direitos reais dos direitos pessoais consiste no aspecto interno referente ao modo do exercício dos primeiros. O direito real contempla o poder de utilização da coisa sem intermediário e tal aspecto é característico das situações reais. A circunstância do exercício do direito real se dar diretamente, sem interposição de quem quer que seja, é o traço marcante de distinção em relação aos direitos pessoais. Estes, por sua vez, pressupõem a intervenção de outro sujeito. (GAMA, 2011, p. 37).

4- ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE PROPRIEDADE

A Constituição prevê a propriedade como direito fundamental, e, consequentemente, como cláusula pétrea. O constituinte foi peremptório ao reconhecer (*vorverständnis*) a existência da propriedade privada e a necessidade de se cumprir o caráter sociológico que lhe é inerente. A maneira simples e direta com que se dispuseram tais preceitos “conduz inevitavelmente à conclusão de que, no direito brasileiro, a garantia da propriedade não pode ser compreendida sem atenção à sua função social” (SCHREIBER; TEPEDINO, 2005, p. 102).

Tal assertiva demonstra que o constituinte rompera com o chamado absolutismo do direito de propriedade, pois reconheceu a necessidade de lhe impor alguns limites. Desse modo, deixa-se de privilegiar o individualismo exacerbado, garantindo ao indivíduo e à coletividade a certeza da propriedade e de sua inexorável serventia no Estado Constitucional e Democrático de Direito brasileiro.

Sob outro vértice, Rosenvald (2006, p. 303) salienta que “aqui a propriedade se identifica com a noção de bem, não de coisa. Bem é o gênero, coisa é uma de suas espécies. Bem é qualquer objeto que compõe um patrimônio, seja ele corpóreo ou incorpóreo”. Ou seja, a Constituição, ao cuidar da propriedade, o faz de modo genérico, disciplinando-a enquanto bem, que, tecnicamente, constitui “tudo o que pode proporcionar utilidade aos homens” (VENOSA, 2007, v. 1, p. 283). Já a função social àquele umbilicalmente ligada deverá ser aferida *in concreto*, como sustenta Rosenvald (2006, p. 305, grifos nossos) para quem

em qualquer caso, a função social é um conceito relativo e maleável que será interpretado pelo magistrado com base na concretude do caso, com arrimo em precedentes, sempre se preservando o chamado conteúdo essencial mínimo da propriedade. Isto é, exceto nas hipóteses radicais de desapropriação, *jamaiz se confundirá a função social da propriedade com socialização da propriedade, pois será respeitado um círculo mínimo de exclusividade dos poderes dominiais ao proprietário, imune à ação de terceiros, dentro do qual poderá preservar a intimidade e os direitos da personalidade da entidade familiar.*

Em vernáculo, a função social da propriedade não é absoluta, mas relativa, devendo ser constatada pelo julgador quando estiver diante de casos concretos. Outrossim, ao se falar em função social, em vez de socialização da propriedade, admite-se que esta possui também mínimo de restrição a terceiros, em favor do próprio *dominus*. Em outras palavras, o indivíduo é senhor da propriedade, podendo dela usar, gozar e dispor, desde que não ultrapasse as raias dos interesses sociais a ela imanentes. Ressalte-se, porém, que “não se deve entender a função social da propriedade como um aniquilamento do direito de propriedade. Não se está a transformar a propriedade em patrimônio coletivo, mas apenas a condicionar a sua utilização aos interesses sociais” (GAMA; ANDRIOTTI, 2008, p. 17). Assim, a função social “é mais uma questão de limite, ou problema de determinar até que ponto a propriedade individual há de ser restringida em benefício da comunidade” (HEDEMANN, *apud* PEREIRA, 2006, v. 4, p. 85).

Frise-se, ainda, que o constituinte fixou o direito de propriedade privada e o atendimento à função social desta como princípios da ordem econômica (BRASIL, Constituição

Federal, art. 170, II e III). Neste passo, reafirma a garantia da propriedade individual, mas, novamente, repisa sobre o necessário respeito a seu atributo sociológico, de maneira a não admitir que o dono utilize seu bem, e.g., para captação de recursos naturais apenas em benefício próprio, visando a sua própria riqueza, em detrimento do direito que a todos é garantido, tal como o meio ambiente. A partir de tais premissas, repudia-se, v.g., que construções em determinada gleba sem observar as consequências sociais, econômicas e ecológicas de suas atividades.

Portanto, a Constituição respalda e limita a propriedade, de sorte a se permitir que se declare não haver “no texto constitucional brasileiro, garantia à propriedade, mas tão-somente *garantia à propriedade que cumpre a sua função social*” (SCHREIBER; TEPEDINO, 2005, p. 105, grifos nossos), cuja verificação desta realização far-se-á no caso concreto.

5- DIREITO DE PROPRIEDADE E INTERESSE PÚBLICO

No que tange ao interesse público, este deve ser analisado a partir da bipartição desenhada pelo italiano Renato Alessi, para quem o postulado possuiria faceta a) primária, entendida como simultâneo do Estado e da sociedade; e outra b) secundária, compreendida como interesse do Estado, mas não da sociedade, sendo, para alguns, meramente fazendário. Nesta linha, Luís Roberto Barroso, citado por Binenbojm (2008b, p. 101) “identifica o primeiro como ‘a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem estar social’”, e, em razão disso, ostentará supremacia. No segundo caso, Barroso aduz que o intérprete deverá utilizar ponderação (*Abwägung*), em cada caso concreto, com fulcro nos paradigmas da dignidade humana, entendida como fim em si mesmo, e da razão pública, que “consiste na busca de elementos constitucionais essenciais e em princípios consensuais de justiça, dentro de um ambiente de pluralismo político” (2009, p. 71).

Para Gustavo Binenbojm (2008a, p. 9, grifos do autor), não existe o denominado princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, tido como a superioridade inexorável do coletivo sobre o individual, pois

o melhor *interesse público* só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível. O instrumento desse raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade.

Desse modo, à luz da dicotomização do interesse público, tem-se que este, na vertente primária, deve ser almejado *sempre*, porque constitui a perpétua busca pelo bem comum, objetivo inerente a qualquer Estado². Pelo prisma secundário do interesse público, este deve ser aferido em cada caso, cuja realização será perceptível a partir do postulado da proporcionalidade. Neste diapasão, o interesse público apenas será desvelado quando o exercício de direitos fundamentais de uns implicar, necessariamente, restrições ao desempenho do de outros. Afinal, o direito de um indivíduo encontra seus limites onde começa o de outrem.

Não é diferente quando se trata de propriedade. O exercício deste direito não pode ocorrer em detrimento da coletividade. Mas a recíproca é verdadeira, pois os interesses sociais não podem prevalecer (sempre) sobre o direito individual. Aliás, afirme-se, com Binenbojm (2008b, p. 308), que “muitas vezes, a promoção do interesse público — entendido como conjunto de metas gerais da coletividade juridicamente consagradas — consiste, justamente, na preservação de um direito individual, na maior medida possível”.

Observe-se que o constituinte foi direto e preciso ao descrever o direito de propriedade, pois determinou, de antemão, que o exercício deste é demarcado pelos interesses coletivos inerentes à propriedade em si. Logo, não há que se falar em uso absoluto da propriedade, pois ela deve cumprir sua função social, mas também não se pode defender que os interesses coletivos valham sempre e em qualquer situação. Tal linha de pensamento ameaçaria o exercício pleno de direitos fundamentais, arruinando a prudente e adequada medida cristalizada pelo poder constituinte originário.

6- A LEI GERAL DE DESAPROPRIAÇÃO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988?

O decreto-lei 3.365, editado em 1941, disciplina a desapropriação por utilidade pública, razão pela qual tornou-se conhecido também por ser a lei geral da desapropriação. Como observado, o diploma legal em questão é cronologicamente anterior à Constituição em vigor, razão pela qual faz-se mister sua releitura à luz da nova Carta, na qual buscará seu fundamento de validade.

Para tanto, todo o plexo normativo que cuida da desapropriação deverá passar por processo de *filtragem constitucional*, entendido como filtro axiológico da constituição vigente para adequar normas anteriores aos valores consagrados no novo ordenamento.

6.1- FILTRAGEM CONSTITUCIONAL DO ART. 35 DO DECRETO-LEI N. 3365/41

De acordo com Schier (*apud* MORAES, 2010, p. 22),

utiliza-se a expressão 'filtragem constitucional', em virtude de que ela denota a ideia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob a perspectiva formal e material, e assim os seus princípios e valores, devem passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição, impondo, a cada momento da aplicação do Direito Positivo, uma releitura e atualização de suas normas.

Paulo Schier (2005, p. 2) ainda pondera alhures que este método

tomava como eixo a defesa da força normativa da Constituição, a necessidade de uma dogmática constitucional principalista, a retomada da legitimidade e vinculatividade dos princípios, o desenvolvimento de novos mecanismos de concretização constitucional, o compromisso ético dos operadores do Direito com a Lei Fundamental e a dimensão ética e antropológica da própria Constituição, a constitucionalização do direito infraconstitucional, bem como o caráter emancipatório e transformador do Direito como um todo.

No que tange à ideia de retrocessão, referido diploma dedicou-lhe, originariamente, o art. 35 (BRASIL, 1941, grifos nossos), que reza:

os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, *ainda que* fundada em nulidade do processo de desapropriação. *Qualquer* ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos

Partindo-se da premissa de que não se pode (nem deve) interpretar de maneira descontextualizada, é preciso, primeiramente, entender o momento histórico em que surgiu a lei em questão e cotejá-la com *status quo* erigido pela Constituição de 1988.

Desse modo, sob o viés histórico-cronológico, pode-se afirmar que a lei geral da desapropriação é fruto do Estado Novo, implementado na era Vargas em 1937, estendendo-se até o ano de 1945, tendo sido marcado, basicamente, pela centralização do poder e autoritarismo. A Constituição vigente, entretanto, destaca-se por sua alcunha de “cidadã”, sobretudo porque preconiza valores de cidadania, dignidade da pessoa humana, além de ter instaurado verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Pelo vértice filosófico, deduz-se que o texto examinado, ao afastar a possibilidade de o antigo proprietário reivindicar o bem, admite, ainda que tacitamente, a pré-existência de mecanismo autorizador do retorno da coisa ao patrimônio do expropriado (retrocessão), tanto que o legislador fez questão de lhe negar esta alternativa, ao editar aquele decreto.

Do prisma jurídico, salta aos olhos que o dispositivo citado, ao impedir a devolução do bem, mesmo que (absolutamente) nulo o processo de desapropriação, abandonou a teoria do direito, segundo a qual o ato nulo não se convalida, cujos efeitos serão *ex tunc*, ou seja, retroagirão para reerguer a situação jurídica ao *status quo ante*. Aliás, a própria teoria do direito administrativo, especialmente no que toca às diferenciações entre revogação e anulação dos atos da Administração, propõe que sejam anuladas as declarações que contiverem vício congênito e insanável, as quais retroagirão à época de sua edição, restaurando a situação antes existente. O mesmo não ocorre na revogação, na qual o ato se extingue por deixar de ser conveniente e oportuno, e não por ser nulo.

Ao cotejar o texto do dispositivo realçado com a Constituição vigente, nota-se, ademais, que pretende antecipar o resultado de eventual demanda judicial proposta, pois afirma que, independentemente das peculiaridades do caso concreto, tudo será resolvido em perdas e danos, desde que julgado procedente o pedido. Outrossim, o diploma jurídico acaba por violar o art. 5º, XXIV, Constituição Federal, que assegura a perda do direito de propriedade nos casos de desapropriação, pois o expropriante, ao deixar de cumprir a finalidade do ato, demonstra a desistência de se prosseguir com o planejamento em razão do qual se desapropriou. Diante disso, por que não restituir o bem ao patrimônio do expropriado?

6.2- RELEITURA DO ART. 5º, §3º DO DECRETO-LEI N. 3365/41

In litteris, “ao imóvel desapropriado para implantação de parcelamento popular, destinado às classes de menor renda, não se dará outra utilização nem haverá retrocessão”.

O citado artigo teve redação nova a partir da lei 9.785, de 1999, e elenca diversas hipóteses que considera como utilidade pública. Numa delas, ressaltou que tal qualidade será atribuída a imóvel que tenha sido desapropriado para implantar parcelamento popular, a fim de beneficiar classes de renda inferior. Assim, o próprio legislador destacou: o ato expropriatório *não terá outra finalidade nem permitirá retrocessão*.

Observe-se que a norma destacada, ao ser elaborada, partiu da premissa de que existe a retrocessão, embora não a tenha (re)definido, e que esta ocorre a partir da alteração indevida da finalidade do ato expropriatório, o que o legislador também tentou vetar. Todavia, proibir a ocorrência de tredestinação ilícita não significa que o administrador não poderá desistir de realizar a finalidade da desapropriação. Para Bandeira de Mello (2011, p. 905), “a sanção natural a estes incumprimentos seria a retrocessão. Vedada esta, a regra em apreço torna-se inútil, constituindo-se um sem-sentido”.

Desta maneira, de nada adianta o decreto-lei impedir a alteração ilícita de finalidade da desapropriação, vetando-lhe também a retrocessão, pois esta é contrapartida a ser revertida contra a Administração, caso desista de cumprir o que fora previamente determinado. Do contrário, estar-se-ia admitindo indevido resguardo ao próprio poder público, o que também não é permitido pela Constituição, raciocínio este que se extrai do princípio da proporcionalidade, em sua vertente de proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*).

7- NATUREZA JURÍDICA DA RETROCESSÃO: DIREITO DE NATUREZA OBRIGACIONAL, REAL, OU MISTA?

Há controvérsias nas doutrina e jurisprudência pátrias no que toca à natureza do instituto da retrocessão, surgindo, assim, três linhas de pensamento a respeito: uma que consigna tratar-se de direito obrigacional, porque contempla o direito de preferência, ou, em vez deste, ressarcimento ao ex-proprietário com pagamento de perdas e danos; outra que acredita configurar-se direito real, pois permite que o expropriado reivindique a coisa; e a terceira, para a qual se cuida de direito de natureza mista, pessoal e real, cabíveis perdas e danos e a própria reivindicação do bem expropriado.

Os que defendem a retrocessão como direito de preferência fazem com espeque no art. 519 do Código Civil e, embora utilizem aquela nomenclatura, acreditam “que o instituto da retrocessão não existe no ordenamento jurídico; o que existe é o direito pessoal do expropriado de postular indenização” (CARVALHO FILHO, 2007, p. 773). Em outras palavras: não haveria, na ordem jurídica brasileira, a retrocessão propriamente dita, mas direito de preempção, de natureza obrigacional, que surgiria para o expropriado quando o expropriante puser à venda o bem questão, sem oferece-lo ao antigo dono pelo valor atual. Na tradução de Carvalho Filho (2007, p. 773), isto “significa que, mesmo havendo desistência da desapropriação e até mesmo alienado o bem a terceiro, só caberia ao ex-proprietário o direito indenizatório, mas não o de reaver o bem”.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu nesta linha de inteligência, conforme se observa a partir do seguinte trecho da decisão:

[...] ainda que houvesse desvio de finalidade (tredestinação ilícita), o que não ocorreu, seria inviável a retrocessão, uma vez que o bem foi inquestionavelmente incorporado ao patrimônio público. Na hipótese, inafastável a aplicação do art. 35 do DL 3.365/1941 [...]. Assim, caso houvesse ficado configurada a tredestinação ilícita (expressamente afastada pelo TJ-DF), observação que faço apenas em *obiter dictum*, caberia, no máximo, indenização por perdas e danos, *nunca* a devolução do imóvel ao particular (grifos nossos)³.

De outro lado, aqueles que pensam ser a retrocessão direito de cunho real⁴ encontram fundamento na Constituição, precisamente em seu art. 5º, XXIV, que “configura o direito de propriedade como o direito básico, que só deve ceder à demissão compulsória para a realização de uma finalidade pública” (MELLO, 2011, p. 902). Neste cenário, para os adeptos desta corrente, se o poder público deixar de cumprir a finalidade justaposta no ato expropriatório, sobretudo quando se evidencia a desistência, por parte dele, de prosseguir com a finalidade antes desenhada no decreto, será cabível ao expropriado também a devolução do bem. Esta posição também encontra amparo na jurisprudência:

ADMINISTRATIVO. RETROCESSÃO. DESTINAÇÃO DE PARTE DO IMÓVEL DESAPROPRIADO À CONSTRUÇÃO DA SEDE DA ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES DO ENTE EXPROPRIANTE. TREDESTINAÇÃO ILÍCITA. AUSÊNCIA DE UTILIDADE PÚBLICA. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS.

1. A utilização de parte do imóvel desapropriado como sede da associação dos servidores do ente expropriante, reservada à recreação e lazer de seus associados, constitui tredestinação ilícita que torna cabível a retrocessão diante da ausência de utilidade pública da desapropriação. 2. Conquanto *seja a retrocessão um direito real*, havendo pedido alternativo de restituição do imóvel ou de indenização por perdas e danos, esta é a melhor solução nesta fase

recursal, em que é inviável o conhecimento da atual situação do bem. Precedente. 3. Recurso especial provido (grifos nossos)⁵.

Registre-se que, para alguns defensores deste raciocínio, além de poder reaver a coisa, o expropriado fará jus ao ressarcimento por perdas e danos, se esta não se lhe tiver sido oferecida. Todavia, a opção pela indenização exclui a pretensão de reaver o bem e vice-versa. Neste passo, ensina Bandeira de Mello (2011, p. 904, grifos do autor):

o que não poderia, à toda evidência, é pretender simultaneamente o desfrute dos *dois direitos*, pois o exercício de um exclui o exercício do outro. Há, simplesmente, dois direitos, alternativamente, isto é, *excludentemente*, postos à disposição do expropriado.

Por fim, há aqueles que sugerem ser a retrocessão direito de natureza mista⁶, ou seja, real e obrigacional, vez que caberia ao expropriado o direito de preferência, a ser manifestado pela ação de preempção, de cunho real, ou se desejar, pleitear reparação por perdas e danos. Para esta corrente, o art. 519, Código Civil (antigo art. 1.150, Código Civil 1916) determinava que o expropriante oferecesse o bem expropriado a seu antigo dono. Todavia, pode haver situações em que o retorno da coisa ao patrimônio do expropriado seja inviável, de modo de não será óbice resolver-se em perdas e danos.

O Pretório Excelso entendia ser a retrocessão direito de caráter obrigacional, ou seja, as consequências da tredestinação ilícita resolver-se-iam em perdas e danos. Entretanto, no julgamento do RE 64559-SP, o Supremo alterou seu posicionamento, tendo sido entendido que a retrocessão constitui direito real, abrindo-se a possibilidade de o antigo proprietário reivindicar a devolução do bem. Embora a questão raramente chegue à Corte Excelsa, a vertente adotada naquele precedente ainda prevalece. Não obstante, persiste a dúvida: poderá o ex-proprietário reaver a coisa expropriada?

8 A RETROCESSÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A retrocessão, tal como a etimologia de seu prefixo (*retro*) indica, constitui “movimento para trás” (CUNHA, 1986, p. 682). Como asseverado por Caio Mário (PEREIRA, 2003, p. 140),

o retroceder é, ontologicamente, a reaquisição do bem pelo expropriado, cujo motivo determinante seria a interrupção dos efeitos da desapropriação, seja pela alteração em sua finalidade, que não privilegia o interesse público (tredestinação ilícita); seja pela mera desistência do poder público em realizar a atividade anteriormente determinada como fim do ato expropriatório, o que será verificado *in concreto*.

Diante disso, doutrina e jurisprudência buscaram a classificação da retrocessão dentro do direito brasileiro, afirmando-a ora como direito obrigacional, caracterizado pelo direito de preferência eventualmente violado, ensejando pagamento de perdas e danos ora como direito real, defendendo a possibilidade de o expropriado reaver para si a coisa, com espeque na garantia do direito de propriedade assegurado constitucionalmente. Ademais, há quem entenda que a retrocessão é direito de natureza mista, pois contempla ambas as consequências da violação à finalidade da desapropriação.

Em nosso sentir, parece injusto desapropriar alguém, por determinado motivo e para fim específico, e, depois disso, abandonar a coisa expropriada, ferindo mortalmente os interesses coletivos nela embutidos. Pior do que admitir o desleixo e abandono pelo poder público de tais direitos fundamentais é permitir o autoritarismo e a arbitrariedade em privar o antigo proprietário de prerrogativas que a Constituição e a lei lhe asseguram, quais sejam, a de resgatar o bem, podendo exercer seu direito de propriedade, restaurando o exercício da função social. Inconstitucional não é desfazer a desapropriação, devolvendo a *res* ao antigo dono, em vez de mantê-la no patrimônio da Administração, mas, sim, “seria *negar ao expropriário* o direito de retrocessão, isto é, o de reaver o bem, *sub color* de que, violada tal prelação, caber-lhe-ia unicamente direito a perdas e danos” (MELLO, 2011, p. 903, grifos do autor).

Por isso, acreditamos ser a retrocessão direito real, não se confundindo com o direito de preferência, plasmado no art. 519 do Código Civil, que prevê a possibilidade de o expropriante arcar com perdas e danos, caso não ofereça a coisa expropriada a seu dono anterior. Assim, o Código Civil permitiu a reivindicação do bem, que ocorrerá, em regra, quando este for oferecido ao ex-proprietário. Não sendo assim, ele poderá exercer seu direito por meio de ação própria (de retrocessão), em face da Administração, vez que também lhe é garantido o livre acesso à jurisdição.

Insta reconhecer, ainda, que o Direito não ampara a situação da coisa expropriada inerte no acervo patrimonial do poder público, simplesmente porque não se realizou o destino

a ela outorgado. Afinal, “o bem não pode ter destino diverso daquele para o qual foi desapropriado” (MELLO, 2011, p. 906). Diante disso, salta aos olhos que a posse exercida pela Administração, nestas condições, é injusta.

Nestas condições, aceita a natureza real da retrocessão, que surge do fato de o direito de propriedade do expropriado nunca ter deixado de existir, os atributos dos direitos reais logo emergem, principalmente a taxatividade e o direito de sequência. A primeira porque é prevista pela lei (BRASIL, 2002, art. 519), que, embora não tenha sido expressa, é inequívoca ao permitir o oferecimento do bem ao expropriado, com o condão de que este possa readquiri-lo pelo preço atual. Já aquela outra característica permite que o proprietário busque a coisa das mãos de quem injustamente a possuiu ou detinha (BRASIL, 2002, art. 1228, *in fine*). Há que se convir que o abandono do ato expropriatório, ou destinação diversa daquela anteriormente prevista, torna injusta a posse da coisa pela Administração, ensejando, para o expropriado, a possibilidade de reavê-la.

Outrossim, embora a lei não aponte, expressamente, a retrocessão como direito real, nada obsta o reconhecimento desta qualidade pela hermenêutica, a partir de leitura constitucional, cotejando-se os arts. 5º, XXII, XXIII, XXIV e 170, II e III com o Código Civil (art. 519). Ademais, o direito de retrocessão não impede o pagamento de perdas e danos, que poderá ser escolhido pelo expropriado — embora, nesta hipótese, não tenha mais direito de reaver a coisa a ele devido (*suum cuique tribuere*) quando o bem estiver deteriorado, ou em estado que torne inviável sua devolução.

De outro ângulo, acrescente-se que, a partir da premissa de que o interesse público *nem sempre* prevalece sobre o privado, já que a Constituição respalda o direito de propriedade, insculpindo-lhe, também, a necessidade de se cumprir com sua função social, não se pode afirmar que o interesse da coletividade permite que a coisa expropriada permaneça em poder da Administração. Ao revés. *Consagrar o interesse público é respeitar a Constituição e os direitos fundamentais*, cumprindo o que ela determina, que, no caso da retrocessão, é propiciar ao expropriado a oportunidade de possuir, novamente, o que foi seu. De outro espectro, pode-se dizer que permitir a reaquisição da coisa poderá fazer com que a propriedade em questão volte a exercer sua função social, o que seria, em última instância, atender ao interesse público.

Ignorar tais preceitos só poderá ter, como consequência legítima, a nulidade do ato expropriatório, restituindo-se o *status quo ante*, o que deverá ocorrer com o oferecimento ao antigo proprietário do bem “não aplicado à finalidade pública, para que possa readquiri-lo pelo mesmo valor por que foi indenizado na desapropriação” (MELLO, 2011, p. 905).

9- CONCLUSÃO

Em razão do exposto, podemos declinar que a qualidade real empreendida à retrocessão melhor se coaduna com seu escopo legal-constitucional. Inobstante a oscilação jurisprudencial verificada nos Tribunais Superiores, parece-nos que padece de licitude a retrocessão que se resolve em perdas e danos, caracterizada como de natureza jurídica obrigacional. Nessa esteira, aqueles preteridos no seu direito de propriedade, sob argumento de que a função social do bem não foi atingida, cabe exigir a retomada do bem, isto é, sua reivindicação, pois se esperava que o poder público expropriante efetivasse a pretendida função social daquela propriedade.

Não atende o interesse público rejeitar o primitivo proprietário que almeja a retomada do bem, que fora objeto de desapropriação, sob a justificativa de que a pretensão converter-se-á, *tão-somente*, em perdas e danos, empreendendo efeito pessoal à retrocessão. Ao contrário, o viola aquele interesse porque não se proporciona ao indivíduo a possibilidade de reaver o que foi seu, afastando a garantia de propriedade que a Constituição lhe assegurou.

Pela via expropriatória, a Administração detém o poder de suprimir o direito de propriedade, ao argumento de que o bem não teve a sua função social atendida quando em mãos do ex-proprietário. Ora, deixar de executar a finalidade prevista na desapropriação é também ferir, fatalmente, o direito de propriedade. Neste caso, porém, a coisa se tornará inútil, pois sequer atende à função social. Desse modo, o interesse social intrínseco à propriedade terá servido apenas de subterfúgio para tomar o bem do indivíduo.

Ainda assim, questiona-se: seria justo o comportamento resistente da Administração de não devolver o imóvel, resolvendo-se em equivalência pecuniária ao então expropriado? Há legitimidade para essa negativa? Entendemos que não porque, pela via oblíqua, desvirtuar-se-ia o escopo da desapropriação, pois não assiste direito à Administração *abolir* direito constitucional, quiçá sem implementar o alegado destino social ao bem. Ademais, nada justifica esse atuar sob o argumento de que referido bem se somará a outros dominicais — sem finalidade pública específica — vez que, do contrário, atuará em plano de igualdade com investidores mercantis, na seara privada, o que é aqui completamente rechaçado, face o sacrifício expropriatório e coativo aplicado na transferência do bem.

Frise-se, também, que a não devolução da *res*, ainda que pagos, posteriormente, perdas e danos, cria situação jurídica não amparada legalmente, vez que o bem não possui definição jurídica própria para permanecer inerte no acervo patrimonial da Administração, nem mesmo há lei que regulamente isto, o que, em última análise, violaria o princípio da legalidade no âmbito da Administração Pública. Bem afetado a uma finalidade pública, bem público de uso comum ou bem público de uso especial, à evidência, não será, diante da ausência da função social a esses inerente.

Outrossim, a retrocessão, e também a tredestinação ilícita, invalidam o decreto expropriatório na origem (*ex tunc*), face à não verificação, no plano material, daqueles motivos que ensejaram o processo expropriatório. Desta forma, continua intacto aquele direito de propriedade, devendo ser conferido em retorno (*retrocedere*) ao legítimo proprietário, que poderá, melhor do que a própria Administração, atender à função social imanente ao bem.

Portanto, se a ausência de função social culminou na desapropriação, evidentemente que a tredestinação ilícita, ou qualquer outro comportamento do poder público que macule os interesses coletivos da propriedade ocasionará a retrocessão, que também deverá ser compreendida como genuíno antônimo da desapropriação. Afinal, sob o enfoque pós-expropriatório, não se conferiu, efetivamente, *nenhum fim público* àquele bem.

Diante do quadro assinalado, conclui-se que a retrocessão é direito real, ontologicamente contrária à desapropriação — sendo antônimo desta — e faculta a reaquisição do bem pelo antigo proprietário — por estar preservado, na origem (*ex tunc*), seu direito de propriedade —, poderá reaver a coisa, administrativa ou judicialmente, por meio de ação de retrocessão ou pleitear o pagamento de perdas e danos, caso não lhe seja oferecida antes da alienação, ou na hipótese de a coisa se deteriorar, tornando inviável sua retomada.

10 REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023:2000. **Elaboração de referências**. Disponível in: <http://www.coenge.ufcg.edu.br/arquivos/Arquivo_41.pdf>.

Acesso em: 21 jul. 2012.

_____. NBR 10520. **Apresentação de citações em documentos**. Disponível in: <http://www.coenge.ufcg.edu.br/arquivos/Arquivo_39.pdf>. Acesso em 21 jul. 2012.

BARROSO, Luís Roberto, **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional: artigos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008a.

_____. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008b.

BRASIL. Constituição da República Federativa, 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 jul. 2012.

_____. Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. Rio de Janeiro, 1941. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm>. Acesso em 21 jul. 2012.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, 2002. Código Civil. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 21 jul. 2012.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1906. Rio de Janeiro, 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 21 jul. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 64559-SP. Relator: Ministro Eloy da Rocha. Brasília, 18/11/1970. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=161392>>. Acesso em: 26 jul. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 530.403-DF. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 21/08/2009. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200300667467&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 25 jul. 2012.

_____. Recurso Especial nº 570.483-MG. Relator: Ministro Franciulli Netto. Brasília, 30/06/2004. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200300742076&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

_____. Recurso Especial nº 647340-SC. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 29/05/2006. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/detalhe.asp?numreg=200400559919>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CUNHA, Antônio Geraldo da. (Ed.). **Dicionário etimológico nova fronteira da língua portuguesa**. Assistentes: Cláudio Mello Sobrinho et. al. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. ANDRIOTTI, Caroline Dias. Breves notas históricas da função social no direito civil. In _____. (coord.). **Função social no direito civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Direitos reais**. São Paulo: Atlas, 2011.

LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Metodologia científica**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 22. ed., v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. _____. 1 ed. eletrônica, v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. _____. 19. ed., vol. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROSENVALD, Nelson, A propriedade aparente no código civil de 2002. **Revista Jurídica do Ministério Público**. Minas Gerais, v. 6, maio de 2005. Disponível em:

<https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/294/propriedade%20aparente_Rosenvald.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 jul. 2012.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 4, out./dez. 2005. Disponível in <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-PAULO%20SCHIER.pdf>>. Acesso em 26 jul. 2012.

SCHREIBER, Anderson. TEPEDINO, Gustavo. A garantia da propriedade no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Rio de Janeiro, ano VI, n. 6, jun./2005, p. 101-120. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista06/Docente/04.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**. 7. ed., v. 1. São Paulo: Atlas, 2007.

NOTAS

¹ Em que pese o emprego da expressão "direito pessoal" por alguns escritores, optamos por utilizar a denominação "direito de obrigação" ou "direito de crédito", tendo em vista que "todo direito é pessoal, no sentido de exprimir uma faculdade atribuída à pessoa de seu titular" (PEREIRA, 2008, p. 48).

² "[...] o Estado, enquanto sociedade política, tem um fim geral, constituindo-se em meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares. Assim, pois, pode-se concluir que o fim do Estado é o bem comum, entendido este como o conceituou o Papa João XXIII, ou seja, o 'conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana'" (DALLARI, 1994, p. 19-20 e 91).

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 530.403-Distrito Federal. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 21/08/2009. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200300667467&pv=01000000000&tp=51>>. Acesso em: 25 jul. 2012.

⁴ Entendimento de Bandeira de Mello (2011, p. 902), Seabra Fagundes, Moreira Salles etc.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 647340-SC. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 29/05/2006. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/detalhe.asp?numreg=200400559919>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

⁶ Posição de Di Pietro (2001 p. 173), Barcellos de Magalhães etc.

* **Doutoranda pela Universidade Gama Filho. Mestre pela Universidade Cândido Mendes. Promotora de Justiça no Rio de Janeiro.**

** **Aluno de graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF).**

DA INTIMIDADE AO DIREITO À RESERVA DA INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA

Antonio Carlos de Sousa Soromenho-Pires*

*"Dentro de nós há uma coisa que não tem nome,
essa coisa é o que somos...."*

Saramago, José

Sumário Introdução 2. Resenha histórica: o surgimento da idéia de intimidade 3. A intimidade 3.1. Etimologia da palavra intimidade 3.2. A percepção filosófica da intimidade 3.3. Intimidade como necessidade psicológica 3.4. Conceito 4. Privacidade, vida privada e intimidade. Distinções 5. Direito à reserva da intimidade da vida privada: estrutura e teorias a respeito dos círculos concêntricos

1. Introdução.

Determinar um ponto de partida, bem como identificar acontecimentos históricos que contribuíram na formação dos direitos da personalidade não é tarefa das mais fáceis, ainda mais porque tal afirmação está ligada em direto à ideia que o próprio pesquisador tem por antecedentes. Não é outro o motivo pelo qual o exame sobre os fatores que desencadearam a ideia de intimidade não pode ser restrito à simples eleição e estudo isolado, como fazem racionalistas e historicistas que, ao invés de analisar a evolução gradual da intimidade, optam apenas por eleger um determinado fato como de maior importância frente aos demais, método afastado neste estudo, posto que, *contrario sensu*, patente afirmar que a intimidade surge de um somatório de fatos que possibilitaram o amadurecimento de sua construção pelo homem.

Isto posto, necessária uma análise evolutiva dos direitos da personalidade que, em consequência, será a crítica do desenvolver do próprio direito à intimidade. Entretanto, por não

ser possível eleger um único momento como responsável pelo surgimento e/ou delimitação dos direitos pertencentes à personalidade, mas também inexequível, ao menos em sede de artigo, a apresentação de todos os fatores relevantes ao tema, foram eleitos aqueles de maior interesse. É o que segue.

2. Resenha histórica: o surgimento da idéia de intimidade.

Afirmar que apenas uma ou outra sociedade foi responsável pelo desenvolvimento da ideia de intimidade seria, de certo, grande equívoco. Todavia, analisar o pensamento de todas as civilizações antigas, bem como a influência destas sobre a criação do direito da intimidade, revelaria trabalho digno de pesquisa própria. Por tais razões, surge a opção de mencionar apenas pontos que revelem ser fundamentais na construção desta figura jurídica. Dito isto, importa analisar duas civilizações ocidentais que contribuíram de forma significativa para a construção do atual direito à intimidade da vida privada. São elas: a civilização grega e a romana.

No início, ambas estas civilizações eram compostas por vários grupamentos familiares da estrutura bem diferente da ideia moderna de família. Consistiam, portanto, em um grupamento de pessoas que possuíam pelo menos um ascendente comum, todos vivendo em uma mesma área e em uma mesma casa, unidos por um elo familiar comum – *ancestral*, que não poucas vezes era cultuado e louvado por seus descendentes como divindade, pois que sendo a família antiga uma associação de caráter mais religioso que propriamente sanguíneo ou afetivo, esta acaba por refletir um grupo de pessoas a quem a religião permitia invocar o mesmo lar e oferecer oferendas fúnebres aos antepassados comuns¹.

Todavia, apesar deste ambiente de aparência hermética, inegável e natural a necessidade de interação entre os grupamentos familiares no intuito de possibilitar que as famílias pudessem perpetuar por meio da união e procriação, o que apenas era possível por meio do casamento – *era comum famílias com grande número de crianças, pois além da mortalidade infantil não ser pequena em uma época de pouco avanço da medicina, estas sociedades, agrícolas em sua época primitiva, necessitavam de excessiva mão de obra*.

O casamento, portanto, surge como instituto fundamental na compreensão das questões da intimidade, posto que, orientado por ideais religiosos², alcançava seu desígnio com a mudança da mulher para o ambiente familiar do marido, passando a fazer parte da família deste, alterando seus cultos familiares de infância por novos, pois que a partir do casamento a

mulher passará a invocar os antepassados do marido, ignorando por completo o culto de sua antiga família, com a qual não mais possui laços; seus futuros filhos, frutos do casamento religioso, também estarão alheios a vida familiar dos avós maternos, conhecendo e obedecendo apenas a religião dos antepassados do pai.

Superada esta brusca ruptura para a mulher, surgia para o homem grande responsabilidade com a inserção desta em sua família, visto que uma vez integrante do novo círculo familiar, a mulher passaria a ter acesso ao bem mais precioso que a família antiga possuía: a religião e os deuses familiares, motivo pelo qual o divórcio era repudiado, pois que acaso este acontecesse, a mulher – *esposa* – restaria desvinculada da família do marido, levando com ela o conhecimento dos cultos caseiros, das misteriosas cerimônias domésticas e dos hinos familiares.

O papel da mulher na entidade familiar, portanto, apesar da clássica impressão contrária, era de grande importância, posto que responsável por gerar novos membros para o grupo familiar, bem como guardar os segredos domésticos, posição de destaque quando olhamos para a estrutura social da época, visto ter sido Roma, em seus primórdios, uma sociedade agrícola de padrões religiosos³.

A partir desta realidade, mais fácil compreender que a origem de algumas leis – *comandos normativos* – tenha sido senão o costume, como no caso do direito romano, em principal no que concerne ao casamento, à sucessão, à propriedade, à adoção e à alguns outros assuntos⁴. A Lei, desta forma, assumia função de resguardar hábitos há muito praticados – *costume*, consagrando um sistema social baseado em uma realidade de equilíbrio e não de discriminação ou inferioridade⁵.

Entretanto, não há negar que mudanças sócio-econômico-políticas alteraram a posição social da mulher ao longo dos primeiros séculos da era antiga, diminuindo não apenas sua liberdade, mas também sua importância social, chegando ao ponto de perder seus direitos políticos e o acesso aos tribunais, incapaz mesmo de realizar negócios ou lidar com dinheiro, motivo pelo qual passou a estar sujeita à autoridade de algum homem *sui iuris*, que a assista na prática dos atos jurídicos, e, especificamente em Roma, não mais pôde ter os filhos em seu poder, nem mesmo dar o consentimento para o casamento de sua filha⁶.

Outro fato de interesse é que a monogamia deixa, aos poucos, de ser um compromisso para os homens e, neste ponto, possível perceber a ligação direta da perda do estado social ocupado pela mulher na sociedade grega com a paulatina extinção da prática da religião

doméstica, à medida que desapareceu toda obrigação, responsabilidade e cautela conferidos ao homem na escolha daquela que seria inserida nos hábitos familiares-religiosos, mudança que possibilitou aos homens gregos o direito de ter concubinas⁷. Deste modo, simples intuir o despontar de uma sociedade à favor dos anseios masculinos, pois que às mulheres permaneceu a obrigação da monogamia e, caso decidissem pela infidelidade, tinham decretado o repúdio, bem como a morte daqueles que fossem pegos em flagrante delito⁸.

Em paralelo à estas mudanças de comportamento, também o ambiente social vai ficando mais complexo e os meios de produção e de trabalho aperfeiçoados, deixando de ser a agricultura, meio de subsistência da sociedade greco-romana arcaica, o único e mais importante meio de manutenção das famílias, pois que com o desenvolvimento das cidades, a atividade comercial desponta em evidência entre gregos/romanos e entre estes e estrangeiros, impondo novas formas de intercâmbio e produção.

A vida passa a florescer com rapidez na Grécia e, depois de um longo período de desenvolvimento social, surgem no lugar das antigas organizações familiares as *polis*, Cidades-Estados, entendidas como comunidades formadas e organizadas pelos cidadãos, *politikos*, homens livres e iguais nascidos no solo da Cidade-Estado.

É também neste período que o espaço público das cidades gregas passa a ser a esfera de ação do cidadão, local onde se compete por reconhecimento, precedência e aclamação de ideias. Nesta altura, todos os homens eram responsáveis pela sua própria gestão individual, bem como pela administração da Cidade-Estado, conceitos de tal forma integrados que muitas vezes era impossível distinguir entre os direitos dos indivíduos e os do Estado, pois que em sua esfera privada o grego clássico não era sujeito de direitos, sua pretensão de ascensão e conquista social não era outra senão a participação na vida pública, sua participação na *polis*.

Oportuno registrar que esta concepção vai radicalmente de encontro com o conceito atual de organização social, onde a ideia de intimidade se constitui como âmbito reservado do indivíduo, espaço que este pode gozar do domínio exclusivo de seus bens e faculdades sem interferência de qualquer autoridade, terceiro, ou circunstância que perturbe o uso e gozo de seus bens e direitos.

Todavia, para o grego clássico o público é o reino da liberdade, pois é neste ambiente, com condições de homogeneidade moral, política e ausência de anonimato, que existe a perseguição da excelência entre os iguais, *politikos*. Por oposição, o espaço privado é aquele onde se dão as relações entre os que não são cidadãos, os comerciantes, os escravos e as

mulheres, que passou a estar restrita ao governo doméstico e à vida enclausurada nos gineceus.

O fracasso do modelo da *polis*, porém, acabou por obrigar aos homens gregos um repensar do ambiente privado. Entretanto, educados sob os ideais da Cidade-Estado, onde a intimidade era pouquíssimo valorizada e a participação da vida pública constantemente buscada e estimada, esta mudança de realidade acabou por ser vista como um ridículo retrocesso. A autarquia, que para PLATÃO e ARISTÓTELES era atributo do Estado, passa a ser qualidade ligada ao próprio ser humano – *considerado agora como indivíduo* – e, no final da época antiga grega, já é possível visualizar com facilidade uma real preocupação com o indivíduo em si e a afirmação de uma noção geral e abstrata de pessoa.

A partir deste momento, começa a conquista pela compreensão da existência de outros deveres e valores além daqueles para com o Estado, de virtudes além das cívicas, questionamentos que permitiram o aflorar do espírito crítico grego: EURÍPIDES demonstrou o conflito entre o mundo político e o mundo privado; PÉRICLES, com seu *Discurso Fúnebre*, reconheceu a existência da área privada do indivíduo; EPÍCURO⁹ e HERÓDOTO, defenderam caber ao homem encontrar em seu íntimo o domínio de si mesmo; SÓCRATES, talvez o mais importante dos filósofos gregos e o mais conhecido na modernidade, da mesma forma que HERÁCLITO DE ÉFESO, questionou o dever, concluindo que este era oriundo da própria alma do homem e não proveniente dos deuses; e, por fim, ZENÃO apontou ao homem grego que além deste possuir obrigações para com a lei, este as teria também para consigo mesmo.

Neste ponto importa reafirmar não ter a intimidade surgido de uma hora para outra, mas evoluído de maneira lenta e paulatina com o decorrer da elaboração do pensamento intimista do homem. Portanto, com o aprimoramento do pensamento filosófico e a chegada da época helenística¹⁰, favorecido pelo enfraquecimento das virtudes públicas, surge um espaço para as virtudes pessoais – *qualidades e características individuais*, o que leva a crer que a teoria dos direitos da personalidade não teve sua gênese no pensamento filosófico, apesar de grande aliado no desenvolver da ideia de intimidade.

Para os gregos, bem como para os romanos, cada homem possuía personalidade e capacidade jurídica, pensamento retirado da apreciação da ideia de *hybris* – *que possuía o sentido de excesso, injustiça* –, e da ação judicial que protegia e punia o desrespeito à esta ideia. Para evitar opiniões precipitadas, todavia, importa registrar a dificuldade de encontrar na Grécia Antiga, mais precisamente no período Clássico, proteção jurídica que funcionasse como defesa

da própria intimidade, pois que vigorava a existência da proteção por meio de ações públicas e privadas apenas contra ofensas corporais e violação de mulheres.

Entretanto, é o pensamento filosófico grego e o helenismo – *hellenizein*, "falar grego", "viver como os gregos" –, que aportam como responsáveis por grande parte da construção do pensamento moral e jurídico do povo romano, vide SÊNECA, que, influenciado pelo estoicismo grego, apregoa a contraposição entre o homem imerso nos negócios e ocupações exteriores e o homem que vive a vida retirado, mergulhado na reflexão, na sabedoria – *homem externo / homem interno* –, conceitos registrados na palavra latina *intimus* – *dentro* –, que possui o significado de algo profundo, mais interior, o fundo de algo.

Também no que concerne à sistematização legal da intimidade, admissível registrar que estes dois povos tenham sido precursores: os gregos, com seu corpo de leis¹¹, e os romanos, com suas questões relativas à segurança e inviolabilidade pessoal, que, aos poucos, acabam por ganhar contorno próprio, pois passa a haver a justiça feita por meio da vingança privada nos casos envolvendo morte, ofensas corporais e rapto¹².

Vale registrar que paralelo à isto, o *ius praetorium*, que funcionava de forma auxiliar no intuito de que situações não tratadas pela *lex tabularum* fossem supridas pelo agir do pretor, acaba por possibilitar uma ampliação da *actio iniuriarum*¹³, ação inicialmente personalíssima¹⁴.

Contudo, ainda que existissem algumas proteções de caráter mais pessoal, não se vê entre os antigos uma extrema proteção jurídica para com a vida privada e a intimidade contra o Estado, pois uma vez que as cidades haviam sido fundadas sobre conceitos religiosos, a união destes dois poderes formava na verdade um corpo só, exercendo uma onipotência e um império absoluto sobre seus membros, e, tendo as sociedades se desenvolvido sobre tais bases, era mesmo impossível a existência da liberdade individual, visto que a esfera privada era protegida apenas quando representava a supressão de uma necessidade concreta e relacionada ao sentido de sobrevivência do homem, pois o bem do Estado justificava a interferência de forma significativa na vida dos indivíduos quando assim acreditava ser preciso para preservar sua estrutura de poder, podendo mesmo punir qualquer um independente de culpa apenas para salvaguardar algo de seu interesse¹⁵.

Com a queda do Império Romano e a absorção da Grécia por vários outros impérios, tem por início a Idade Média¹⁶: nesta época possível observar que os pensamentos são resultado da fusão de elementos greco-romanos e cristãos, onde a mistura de várias informações oriundas de diversas sociedades e ordenamentos jurídicos acabam por ser responsáveis pela

modificação da dimensão jurídica da intimidade¹⁷. No entanto, antes de mais, necessário lembrar que a divisão econômica e social medievla estava baseada em um conjunto de feudos, realidade que ocasionou a gradativa perda da ideia política de esfera pública, conceito por demais precioso para os antigos, chegando mesmo o ponto de não haver mais distinção nítida entre o público e o privado.

A submissão das famílias em relação ao poder dos senhores feudais e o conseqüente declínio da autoridade imperial no âmbito do poder doméstico acarretaram o deslocamento do espaço de discussão do público para um ambiente de poder patrimonial, posto que a diferenciação entre o público e o privado havia perdido importância. A própria vida pública, outrora foco central da sociedade, era agora algo desfrutado por poucos e, sua conquista, um privilégio restrito à alguns cidadãos.

É neste fechado universo da vida medieval que surge pela primeira vez a possibilidade de analisar com atenção, notada a ideia da inviolabilidade do domicílio, as manifestações próprias do direito à intimidade, proteção domiciliar que acaba por se revelar como estopim de um lento processo de proteção do íntimo.

Como o catolicismo estava presente como religião dominante, a intimidade acaba por experimentar reconhecimento muito maior do que até então havia visto, pois que a concepção desta sociedade medievo-cristã em relação à intimidade era por demais diferente do entendimento na antiguidade pré-cristã¹⁸, onde a obediência e a lealdade ao Estado eram ideais comuns, isto porque o cristianismo vem a atender a necessidade de justiça do Estado, tendo a obrigação de manter a pureza do culto que fazia desta vida a porta de entrada para a transcendência, sobrepondo este conceito de obrigação cristã à ideia de obrigação mundana.

Exemplo disto são as reflexões de SANTO AGOSTINHO, que estiveram presentes no desenvolver da vida religiosa-profana até o século XII¹⁹, responsável pela análise do homem como ser reflexivo, observador do eu interior, defendendo que o olhar interior conduzia ao encontro da própria intimidade, momento que representa o apogeu da ideia de intimidade para alguns²⁰, chegando mesmo a ser considerado como o primeiro teórico da intimidade, posto possuir em suas obras o vocábulo *intimus* utilizado qual nos dias de hoje.

Outro ponto proeminente neste estudo aporta no final da Idade Média com a redescoberta, grande parte feita pelos povos germânicos, do adormecido direito

romano e, com esta, algumas regras que versavam sobre a proteção dos cidadãos passam a ser (re)estudadas.

Contudo, importa dizer que por já possuírem os povos germânicos normas que protegiam certos aspectos da intimidade²¹, houve grande resistência em absorver a típica idéia romana de que o público sobrepunha o pessoal, posto acreditarem estar a lei sempre em segundo lugar, resultado do reconhecimento da liberdade pessoal, pois que apenas sendo livres poderiam criar leis²².

Desta forma, a evolução do direito na Idade Média é resultado da união de experiências jurídicas variadas que possibilitaram precisa maturação do pensamento cultural e jurídico²³ e, dentre as manifestações relacionadas ao direito à intimidade, possível ser a inviolabilidade do domicílio a de maior crescimento nesta época, pois também para os germanos a casa era abrigo de características sagradas, dotada de proteção especial, ambiente único capaz de gerar tranquilidade ao indivíduo. Outrossim, vale lembrar que esta percepção não estava restrita aos tudescos, existindo outros povos que partilhavam da mesma opinião, como foi o caso de Castela, Espanha, que durante o século XI também considerava o domicílio lugar inviolável e sagrado²⁴⁻²⁵.

Com a queda do sistema feudal, os senhores das terras depararam com situação por demais delicada: privados do poder político e social que gozavam, foram obrigados a ser subservientes com a monarquia, pois como não lhes cabia mais administrar as próprias terras, restou apenas passar a vida gravitando em torno dos reis e, uma vez que não possuíam poder político algum, esperavam quase que da forma misericordiosa ser agraciados com cargos ministeriais.

Todavia, apesar de incoerente, os reis passaram a encarar os nobres e a aristocracia como potenciais rivais, uma vez que influentes e possuidores de vasto patrimônio poderiam acabar por exigir seus tronos. Assim, no intuito de alcançar apoio político, bem como suporte financeiro capaz de possibilitar a vida na corte e às expedições militares, restou ao rei virar sua atenção para o camponês e para o comerciante – *burguesia* – da cidade e, como forma de recompensar à *ajuda* destes cidadãos, o rei abolia restrições legais existentes, concedendo, desta forma, maior liberdade aos camponeses, que pouco a pouco conquistavam o direito a ter terras, bem como aos burgueses, que passavam a ter maior campo de atuação para o comércio. Esta realidade acabou por criar uma tensão sem solução, pois à medida que o rei possibilitava a venda de propriedades e títulos da nobreza à burguesia, acabava por transferir em conjunto todo o privilégio do *status* social à estes agregado, muito

embora, na prática, eles não exercessem as prerrogativas de direito que os títulos concediam e, os que nesta situação se encontravam, engrossavam as fileiras dos descontentes, aumentando ainda mais as pressões por mudanças.

Concomitante ao reaparecimento da idéia de propriedade, nasce a vontade da burguesia de assumir um *status* social mais condizente com sua realidade financeira: a burguesia toma consciência da sua importância social, o que faz com que sua consciência política passe a ser extremamente articulada. Começa, por assim dizer, movimento burguês contra a monarquia, onde a luta pela defesa e conquista de direitos que até então eram destinados à poucos integrantes da monarquia ganha destaque; a conquista de um melhor *status* social, de uma carta de direitos protetivos, do reconhecimento de posição social não apenas condizente com o patrimônio, mas dotada de poder político, social e econômico...

Deste modo, o comportamento humano ao final da Idade Média passa a dar maior destaque no diferenciar de forma mais estruturada o público do privado, visto o crescimento da necessidade humana em ser não apenas dono de certos bens, mas de alcançar posição social de reconhecimento por meio do seu patrimônio, realidade que acaba por gerar forte sentimento de apropriação frente à remota possibilidade do segmento agrícola/comercial restar integrado ao grupo dos nobres de linhagem e de prestígio.

Mudança inevitável: com a queda do sistema feudal e a ascensão da burguesia, foi então possível a consolidação da estrutura chamada esfera pública burguesa²⁶, assim, deixou a economia de ser assunto doméstico para passar a ser regida pelo próprio mercado que a fomentava, atmosfera onde as relações econômicas ganham importância pública, acabando por exigir espaço próprio por meio da ideia de pacto social, como afirmado por ROUSSEAU.

Não há negar, com poucas ressalvas, este período histórico traduzir uma rebelião do coração, visto a intenção de galgar posição político-social emancipada e bem definida não restar desprovida de interesses subjetivos – *a própria individualidade*²⁷, o que acabou por interferir na própria ideia de vida familiar, esta, madura a ponto de sofrer alterações importantes, posto as possibilidades de escolhas começarem a ser cada vez mais individuais, mesmo para às mulher que, de forma geral, ainda exercem papel secundário na realidade familiar.

Isto foi possível pois que a realidade da vida burguesa contrastava com a da aristocrática, visto desde há muito seguir padrões diversos dos adotados pela alta classe: livre escolha de parceiros e parceiras, liberdade religiosa, maior interiorização e cultivo da vida familiar.

Entrementes, do outro lado do atlântico, a independência dos Estados Unidos, em 1776, acaba por fortalecer a criação do Terceiro Estado na França e, com a elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, despontam em vários lugares correntes filosóficas mais liberais e extremamente democráticas.

Todo este cenário acaba por culminar em drástica mudança de aspectos na realidade apresentada, transformações que podem ser observadas em todos os sentidos e esferas sociais: o mundo começa por concluir que não há mais necessidade de monarquias, pois o homem passa a ser parte importante da sociedade e não personagem coadjuvante. Este processo leva a submissão da corte pela burguesia, que acaba por finalmente conquistar o tão almejado poder. Por conseguinte, influenciado em direto por estas mudanças, o direito, com a escola natural, volta toda atenção de forma significativa para o indivíduo²⁸.

Destarte, simples entender porque certos ideais burgueses – *fixação dos direitos subjetivos*, eram dotados de sólida maturação mesmo antes de eclodirem munidos dos ideais iluministas, posto as grandes fraturas de cunho sócio-institucional se revelarem em *efeito dominó*.

Por fim, importante ter em mente que o reconhecimento de um novo direito, como foi o caso da intimidade no final do século XIX, início do século XX, que não possuía nenhum antecedente além de fundamentos em princípios gerais de direito, causou na estrutura sócio-jurídica significativo abalo: ao mesmo tempo que a intimidade foi sendo cada vez mais aceita e debatida, o Estado Democrático foi se consolidando em vários países, passando seu corpo jurídico-administrativo a estar baseado e cercado pela própria ideia de intimidade.

3. A intimidade.

De forma geral, possível afirmar ser a intimidade a esfera individual onde residem valores humanos e pessoais, ambiente abrigado da curiosidade, intromissões e indiscrições alheias, elemento essencial no desenvolver da pessoa e da família.

Isto posto, forçoso a existência de meios de proteção jurídicos no intuito de ver respeitada a intimidade, proteção satisfatória no garantir à pessoa plena liberdade dentro desta reservada área onde transcorrem as mais variadas circunstâncias da vida pessoal: nascimento de filhos, gravidezes interrompidas, doenças congêneres, desenganos amorosos, desafios profissionais, dentre outros acontecimentos triviais que podem ter a amplitude de sua publicidade restrita pelo exercício da vontade individual.

Entretanto, esta simples idéia que a intimidade é a esfera pessoal e privada que contém comportamentos, ações e expressões que o sujeito deseja não cheguem ao conhecimento público, não é de todo satisfatória. Surge, portanto, a necessidade de esboço mais delineado, capaz de revelar as nuances existentes ao redor do tema, mesmo porque a ideia de intimidade não foi talhada apenas sob influência de princípios jurídicos, mas por meio de variados ramos das ciências humanas e além.

3.1. Etimologia da palavra intimidade.

Para que se possa delinear com maior precisão a diferença existente entre intimidade e privacidade, ambas usadas sem distinção pela linguagem comum, importante conhecer a origem etimológica de cada uma:

a) Intimidade derivada do vocábulo latino *intimus*, que por sua vez procede do advérbio *intus*, termo que apresenta sentido de interioridade, de algo íntimo, oculto, aquilo que está nas entranhas. Deste modo, não é difícil perceber que intimidade traz em si ideia de secreto – *segredo*, de um conhecimento/informação que só será compartilhado voluntariamente se existir confiança entre os interlocutores. Por esta razão, intimidade apresenta sentido subjetivo, visto estar acompanhada da ideia de confidencialidade.

b) Por sua vez, privacidade tem origem na palavra latina *privatus*, que significa privado, particular, próprio, e oferece ideia distinta de intimidade/vida privada, posto traduzir o interesse individual de afastar do ambiente público tudo aquilo que o desejo opta por não fazer parte do conhecimento geral.

Todavia, importa registrar existirem outras opiniões, pois há quem acredite que quando se fala em relações íntimas e relações privadas, a primeira revele ideia de proximidade, contato físico,

relações de natureza sexuais, enquanto a segunda traduz a existência de relações entre iguais²⁹. Além disto, a doutrina ainda apresenta distintas denominações para o direito à privacidade: no Brasil, por exemplo, este direito é conhecido como *direito de estar só*; na França, por direito à vida privada – *droit à la vie privée*³⁰; na Inglaterra, como direito de privacidade – *right of privacy*³¹; na Itália, por direito à confidencialidade – *diritto allá riservatezza*; e, na Espanha, como direito à esfera secreta – *derecho a la esfera secreta*³². Opiniões confusas e nomenclaturas culturais que dificultam mais e mais o estudo da intimidade.

3.2. Percepção filosófica da intimidade.

Estabelecer conceito filosófico de intimidade é tarefa das mais abstrusas, não só pela dificuldade de se apresentar limites concretos e universalmente válidos em razão da multiplicidade e variedade social e cultural humana, mas também pelo caráter imaterial da ideia de intimidade, pois que apenas sentida e percebida pela atividade intelectual humana. Por conseguinte, a intimidade expressa algo que representa traços da pessoa humana não como ente físico, mas como *pessoa em abstrato*, pois revela linhas identificadoras do espectro do homem e não da constituição material do indivíduo.

Isto posto, manifesto que o conteúdo da intimidade decorra diretamente do sentido de *íntimo*, na medida que intimidade é expressão superlativa deste³³: íntimo revela algo que é interior ao homem, enquanto que intimidade expressa algo de interioridade extrema, de tal sorte que aquilo que goze de intimidade é muito mais íntimo ao indivíduo que aquilo que seja simplesmente íntimo; válido afirmar que a intimidade não passa por uma questão de consciência ou de sujeito, mas de atualização ou de reatualização daquilo que a pessoa consiste e subsiste, não se podendo falar de intimidade sem a correspondência desta com as noções de liberdade e vontade, as quais inspirando no indivíduo idéias de autopropriedade, de autoresponsabilidade e de autofinalidade, fazem com que o homem construa sua intimidade como um âmbito de vida desenvolvido de forma *sui iuris*, conforme sua ideia e concepção de privado³⁴.

Reside aqui, portanto, opinião que identifica intimidade não como algo espiritual interiorizado no indivíduo, mas como produto da liberdade e da vontade do indivíduo de moldar estilo de vida no qual estabeleça de forma própria uma forma de agir, conduzir e pensar. Confirmado, pois, que a intimidade é de livre constituição pelo indivíduo, que pode valorá-la em infinitas gradações, desde a anulação da pessoa individualmente considerada, na dissolução desta na

sociedade, até a absoluta solidão ou isolamento pela maximização do indivíduo como ser singular³⁵.

3.3. Intimidade como necessidade psicológica.

De plano, válido ter em mente que a intimidade surge como produto da relação do homem com seus semelhantes, ou do próprio homem consigo mesmo, por meio da construção de uma necessidade psicológica sem a qual este é incapaz de sustentar a própria individualidade³⁶. Logo, pode a intimidade ser analisada sob duas óticas: do indivíduo perante a sociedade; e, do indivíduo perante si próprio.

A intimidade pode ainda ser percebida sob dois sentidos: o primeiro, chamado de passivo ou negativo, é composto pela retirada e efetiva intenção do indivíduo de negar conhecimento da sua vida pessoal, traduzido no direito de evitar que outras pessoas tomem conhecimento de determinados assuntos; o segundo, ativo ou positivo, manifesta a liberdade de eleger momento e lugar para exercer sua intimidade.

A intimidade surge então como necessidade psicológica do indivíduo frente à sociedade, imperativo social advindo da perda de controle do homem sobre aquilo que o rodeia, e não de uma motivação humana fundamental, como pode parecer sob uma rápida análise³⁷. Diante disto, apesar de alguma crítica³⁸, saltam como fatores relevantes: a desordem de comunicação imposta pelos novos meios de comunicação; a pujante massificação dos membros da sociedade pela sociedade de massas; a maior exposição urbana do indivíduo na sociedade moderna.

- a) A desordem de comunicação advinda dos novos meios de comunicação deriva da crescente variedade dos meios existentes e da propagação da indústria da informação. A sociedade da informação possibilita que empresas especializem-se em captar, ordenar e disponibilizar informações pessoais ou de grupos de pessoas, bem como a criação de redes de informação com o intuito de divulgar dados, pessoais ou não, no menor tempo possível. Por meio das redes de informação é possível que características pessoais sejam vinculadas e emitidas sem o conhecimento ou prévia autorização do responsável, possibilitando que qualquer pessoa conheça fatos da vida pessoal de um indivíduo sem que este tome conhecimento da emissão destes, bem como pode possibilitar o informe dos hábitos de consumo e das preferências de cada indivíduo, até mesmo prever qual a possível escolha que o indivíduo fará quando contraposto frente a uma opção. Em razão disto, o processamento e a transmissão de informações acaba

por interferir diretamente na necessidade do indivíduo em comunicar-se com os demais membros da sociedade, importando na escolha da menor divulgação de informações e na preferência em manter resguardadas determinadas informações tidas como íntimas, isto é, a desordem na comunicação de dados faz crescer a necessidade de barreiras circunstanciais do indivíduo contra o conhecimento e possível transferência de informações privadas a outras pessoas³⁹, o que faz aumentar o desejo por maior intimidade individual⁴⁰;

- b) No que importa à sociedade de massa, certa é que diminui sensivelmente a individualidade dos homens por meio da construção de paradigmas culturais de aceitação⁴¹. O indivíduo passa a ter que se comportar de determinada forma para que seja aceito pelo grupo que pretende estar integrado, do contrário, é alijado da sociedade, passando a integrar o microcosmos dos diferentes, dos excluídos. O indivíduo, em razão disto, é obrigado a se adequar ao estereótipo social do grupo em que vive, passando a agir não em função das suas escolhas, mas das escolhas da sociedade. A massificação dos hábitos reduz a possibilidade da individualidade e, por consequência, da intimidade da pessoa, porque todos passam a agir e pensar no mesmo sentido, como autômatos desprovidos de sentimentos próprios e privados, como seres de comportamento isonômico. Ademais, a massificação da sociedade acaba por estabelecer certa uniformidade dos indivíduos⁴², isto é, os indivíduos passam a se sentir iguais à medida que são impelidos a evidentes doses de despersonalização nas relações sociais e ao anonimato frente às massas em razão da supressão de toda distinção de classe ou de hierarquia e de características impostas pela igualação externa dos indivíduos. Assim sendo, o indivíduo busca na elevação da intimidade – necessidade psicológica, uma saída para a diminuição de sua individualidade nas sociedades de massa; e
- c) A sociedade moderna fez com que o homem saísse do campo e migrasse para os centros urbanos em busca de melhores condições de vida, o que fez com que o indivíduo estivesse submetido a uma maior exposição social. O homem que antes vivia disperso em grandes áreas, passou a conviver num espaço reduzido com maior quantidade de indivíduos. O espaço moderno já não é único ou privado, mas coletivo ou público. O indivíduo para exercer sua intimidade passa a recorrer a expedientes que diminuam o contato com os demais membros da sociedade, o que facilita o surgimento dos limites privados de propriedade como última esfera do único, do íntimo. A maior exposição do indivíduo, todavia, faz com que tais espaços privados sejam

constantemente invadidos por outras pessoas, o que acaba por aumentar a necessidade de preservação da intimidade a qualquer custo⁴³.

Por conseguinte, se não existir diante de tais fatores complementação que busque harmonização ética fundada nos direitos humanos, a vida comunal acabará por culminar em uma desagregação social em razão do fatal prevalecer dos mais fortes sobre os mais fracos⁴⁴. Não é vaga a opinião de que estes fatores podem ainda fazer com que o homem anseie por maior individualização de sua pessoa, bem como ampliação da esfera privada por meio do individualismo frente ao coletivismo⁴⁵, posto que tanto maior ou menor será a necessidade de intimidade do indivíduo quanto maior ou menor a exposição deste à estes fatores⁴⁶.

Neste sentido, não há negar a crise do mundo contemporâneo devido ao processo de degradação do valor da pessoa humana, pois o homem precisa da intimidade para garantir sua preservação, contrapondo seu existir ao controle e vigilância oriundos do coletivo, manifestando apenas em ambiente reservado seu verdadeiro eu⁴⁷. Em razão disto, o ambiente público é permeado por mentiras e falsidades – *máscaras, persona*, sempre no intuito da preservação do verdadeiro eu, o que faz com que as pessoas passem a sofrer de intensa angústia devido à necessidade de eliminar, no processo de autoconhecimento, quaisquer interferências externas.

Apesar do exposto, alguns preferem, contudo, creditar que o distanciamento do indivíduo do mundo é devido à intensidade e complexidade dos avanços sociais, bem como da convenção da intimidade e da solidão como elementos essenciais à pessoa, sem negar, porém, que a invasão da intimidade pelos novos modos e inventos tecnológicos causa no indivíduo sofrimento espiritual e angústia, os quais são mais severos que a angústia ocasionada por danos pessoais⁴⁸⁻⁴⁹.

3.4. Conceito⁵⁰.

Por muito tempo a doutrina aceitou ideia de que intimidade traduzia o direito a estar sozinho, direito individual de estar só, isolado do todo, realidade capaz de permitir ao indivíduo a procura pela paz e pelo equilíbrio, sensações continuamente prometidas pela vida moderna e, embora de difícil alcance, fomentadoras do interesse humano pelo resguardo individual.⁵¹

Todavia, embora este conceito tenha sido suficiente em época onde a evolução tecnológica não alcançara patamar de grande expressão, parece esta definição estar ultrapassada frente a

realidade e complexidade social vivida nos dias atuais, visto não ser capaz de abarcar tudo aquilo que hoje é considerado como componente da intimidade, razão pela qual foi compelida à mudar/adaptar seus limites, posto o desrespeito à intimidade individual ter alcançado proporção jamais vista em qualquer época de qualquer sociedade, grande parte mudanças determinadas pelas evoluções da tecnologia e informação.⁵²⁻⁵³

Dito isto, a intimidade parece não mais poder ser vista como a vontade do indivíduo de ser deixado só, mas como o pleno controle sobre informações que o pertencem, ou, ainda, o controle sobre quando ou quem pode recebê-las.

Estas duas características possuem grande ponto em comum: ambas possibilitam, embora de forma limitada, controle e conhecimento do conteúdo das informações individuais que podem ser fornecidas à terceiros⁵⁴, dados que de livre e espontânea vontade são compartilhados com outro/outros. A diferença, contudo, reside no fato de que a primeira definição prioriza a informação enquanto que a segunda prioriza a condição – *quem e quando* – e, apesar de as duas buscarem o mesmo resultado – *o controle sobre as informações individuais*, possível perceber que a primeira é mais genérica, mais abrangente, e a segunda mais restrita, apegada não ao fato em si, mas ao momento e àqueles que receberam/recebem/receberão a informação.

Quase no mesmo sentido, há quem defina intimidade como o poder legalmente reconhecido à um sujeito – *individual ou coletivo* – de determinar de forma autônoma limites para que outrem possa obter ou usar ideias, escritos, nomes, retratos ou demais elementos próprios da individualidade de alguém; ou mesmo restringir o direito de obtenção de informações que digam respeito ou impliquem em fatos relacionados ao indivíduo⁵⁵ – *excluídas aqui as informações que atentem contra a ordem pública*.

Vale registrar que a Conferência Nórdica sobre Direito à Intimidade, realizada em maio de 1967, em Estocolmo, afirmou estar o direito à intimidade fundado no direito do homem de viver de forma independente com o mínimo de ingerência alheia⁵⁶. Entretanto, parece insuficiente dizer que a intimidade é formada pela composição de todo o mundo individual reservado aos olhos alheios, pois nem sempre o ato literal de ver – *enxergar* – traduz todas as formas de violação da intimidade. Por outro lado, a intimidade não se limita apenas aos espaços ocultos do profundo enigma que cada homem possui em sua psique, afirmar isto é pouco exato⁵⁷.

Destarte, à parte de todo exposto, desponta ser essencial conhecer a verdadeira vontade declarada pelo indivíduo aquando do compartilhamento das informações de cunho pessoal,

pois que apenas esta seria capaz de retirar o caráter ilícito no adquirir da informação, visto que somente este pode deslocar de maneira válida a informação de um âmbito restrito para outro de maior amplitude⁵⁸.

Neste ponto, interessante perceber a cautela e inteligência de algumas Constituições, pois que evitaram trazer em seu corpo o âmbito de atuação e o conceito de intimidade, apresentando apenas os meios pelos quais esta resta protegida – *melhor assim*.

É o caso da Constituição portuguesa, que preconiza que à todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação⁵⁹, mas em nenhum momento conceitua o que entende por intimidade, confiando ao direito privado português a proteção geral da personalidade e o resguardado do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada⁶⁰⁻⁶¹.

Também a Constituição brasileira ensina serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito indenizatório pelo dano material ou moral decorrente de sua violação⁶², cabendo ao Código Civil brasileiro tratar sobre o resguardo da inviolabilidade da vida privada⁶³, sem fazer, porém, expressa menção ao direito à intimidade.

Nos mesmo moldes, a Constituição espanhola registra a garantia ao direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem⁶⁴.

Isto posto, possível perceber não existir um conceito absoluto de intimidade e, embora verdadeiro afirmar que seu atributo básico é o estar só, não se exclui dela o segredo e a autonomia, visto nestes ser também possível identificá-la: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange⁶⁵.

Sendo assim, a intimidade deve estar composta de todo o reduto da personalidade, erigido, de forma exclusiva, sobre o domínio de cada homem, não podendo quem quer que seja interferir nesta exclusividade, nem mesmo o Estado, que deve apenas funcionar na qualidade de espectador da escolha individual sobre o próprio destino, visto a liberdade ser composta do gozo pacífico e da independência da vida privada⁶⁶, pois todo indivíduo tem direito à intimidade, ao direito de negar tornarem-se públicos aspectos de sua vida pessoal, visto ser no íntimo que se vive o que é digno e indigno, feliz e prazeroso, humilhante e vergonhoso.

No entanto, diferente do que possa parecer, esta esfera de proteção do indivíduo não pode ser interpretada de forma absoluta, pelo contrário, deve estar pronta a sofrer restrições em sua aparente amplitude, seja por meio da intervenção do Poder Judiciário, seja por meio da discussão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, visto nenhum direito ser absoluto, à medida que estes não podem servir de escudo para prática de crimes ou atos ilícitos; impedi-los, aqui, é libertá-los⁶⁷. Assim, o ordenamento jurídico acaba por estar obrigado a resguardar mais e mais estes direitos, impondo limites à liberdade de expressão, informação, publicação etc⁶⁸.

4. Privacidade, vida privada e intimidade. Distinções.

Sob o ponto de vista doutrinário, os termos intimidade, vida privada e privacidade gozam de conteúdos distintos⁶⁹, sendo, por isso, apesar da tênue distinção⁷⁰, termos inconfundíveis. Em razão disto, necessário conhecer algumas opiniões no tocante a identificação destes vocábulos.

Embora os termos intimidade e vida privada possuam conceitos abstratos distintos, operacionalmente ambos são empregues para designar o mesmo recorte jurídico.

Assim é que há quem prefira crer que o termo vida privada identifica a individualidade do homem não só diante de outros indivíduos e da sociedade, mas também diante do Estado⁷¹; enquanto que intimidade significaria tudo aquilo que é íntimo ou interior ao indivíduo.

Por outro lado, apesar da advertência que cabe em relação aos termos vida privada e intimidade, pois que apresentam conteúdo mutável no tempo e no espaço em razão, sobretudo, da oscilação dos fatores sócio-culturais e tecnológicos que lhe constroem o significado, fácil também diferenciá-los pelo estabelecimento do seu conteúdo. Destarte, há quem afirme que a intimidade é constituída pela realidade que abarca as entranhas do ser humano, suas mais particulares vontades, enquanto que a vida privada, apesar da amplitude de interação com a intimidade, englobaria e absorveria esta, completando-a⁷².

Também existe dificuldade de distinção entre os conceitos de intimidade e de vida privada porque tais conceitos gozam de extensão e de conteúdo impreciso e porque tais conceitos contêm interesses subjacentes de caráter eminentemente subjetivo, por isso, mutáveis no tempo e no espaço. Logo, é difícil precisar os contornos do que deve ser tutelado em termos de vida privada e intimidade, pois os valores de uma sociedade modificam de tempo em tempo; de cultura a cultura; de lugar a lugar⁷³.

Por outro lado, partindo do pressuposto de que a vida social dos indivíduos se divide em duas esferas, pública e privada, possível é que a privacidade⁷⁴ englobe os níveis de relacionamento social que o indivíduo habitualmente pretende ocultar ao público em geral – *aqui entendido dentre os níveis de relacionamento os referentes à vida familiar, às aventuras amorosas, ao lazer e aos segredos dos negócios* –, enquanto que a intimidade corresponderia ao lugar onde se fixa uma divisão linear entre o *eu* e os *outros*, de forma a criar um espaço que o titular deseja manter impenetrável mesmo aos mais próximos.⁷⁵

Pois bem: parece, por conseguinte, ser necessário distinguir vida privada de intimidade⁷⁶, visto esta compreender o conjunto de todas as informações acerca do indivíduo, o qual pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e mediante que condições⁷⁷⁻⁷⁸, enquanto que aquela é integrada pela esfera íntima da pessoa, porque é o repositório de segredos e particularidades do foro moral e íntimo do indivíduo, pois os conceitos de intimidade, de vida privada e de segredo⁷⁹ guardarem entre si verdadeira relação de gênero e espécie: o segredo e a intimidade estão contidos na vida privada, bem como o segredo estaria contido no círculo da intimidade⁸⁰.

Diverso das opiniões anteriores, contudo, há quem prefira admitir que somente exista a intimidade da vida privada, que além de conter a intimidade da vida pessoal, familiar, doméstica, sentimental e sexual e seus respectivos acontecimentos e trajetórias, comporta, ainda, outras camadas intermediárias e periféricas da vida privada, como as reservas do domicílio e de lugares adjacentes, da correspondência e de outros meios de comunicação privada, dos dados pessoais informatizáveis, dos lazeres, dos rendimentos patrimoniais e dos demais elementos privados da atividade profissional e econômica, a própria reserva sobre a individualidade privada do homem no seu ser para si mesmo, sobre seu direito a estar só e sobre os caracteres de acesso privado do seu corpo, da sua saúde, da sua sensibilidade e da sua estrutura intelectual e volitiva⁸¹.

Deste modo, parece que privacidade e intimidade, assim como segredo, estariam relacionados com a mesma esfera de vida do indivíduo – *esfera privada*, à medida que esta é tida como sinônimo de vida privada, posto que vida privada contrapõe-se à ideia de vida pública na mesma proporção que a esfera privada contrapõe-se à esfera pública de relacionamento dos indivíduos. Assim, possível entender privacidade como a vontade de impedir ou controlar o acesso ao conhecimento/informação pessoal de tudo aquilo que forma a esfera privada: tudo aquilo que não está posto ao conhecimento da totalidade do público⁸²⁻⁸³. Ademais, importante ter em mente que a esfera privada é composta pela subespécie da intimidade, com estas não se confundindo, visto ser aquela mais abrangente que esta, posto existir área que faz parte tão-só da vida privada.

Outra sistemática possível seria compreender intimidade e vida privada como sinônimos, porém, para que isto fosse admissível, necessário seria conceituar intimidade e vida privada como a esfera íntima da pessoa na qual a conduta do sujeito ou sua família não causaria influência sobre os demais, embora estes possam exercer influência sobre aqueles⁸⁴.

Não obstante tais conclusões, entende-se que os conjuntos de elementos contidos em cada um daqueles subcírculos que integram a esfera privada são passíveis de inúmeras formatações, posto que identificá-los está diretamente ligado a identificar os valores da esfera privada existentes em uma dada sociedade e em cada um dos indivíduos – *porque, como já dito, tais elementos variam no tempo e no espaço*. Neste pensar, cabe a afirmação de que os sentidos de vida privada e intimidade são mutáveis no tempo e no espaço e, portanto, instáveis, posto que variáveis os círculos continentais em razão de cada concepção psicológica.

Desta forma, o que diferencia os círculos da vida privada, da intimidade e do segredo é senão o grau de recolhimento psicológico dado pelo indivíduo aos fatos, pois quanto maior a necessidade de afastamento psicológico dos fatos do conhecimento dos demais indivíduos, mais este elemento estará perto do núcleo do círculo da esfera privada e, quanto menor a necessidade de afastamento, mais à margem deste círculo estará contido tal elemento. Por conseguinte, quanto mais perto do núcleo da esfera privada um elemento estiver, maior será a possibilidade deste elemento estar contido no círculo do segredo, da mesma forma que quanto mais perto da margem da esfera privada, maior será a possibilidade deste estar na zona privada e não contido na zona da intimidade. É neste ponto que saltam aos olhos as teorias a respeito dos círculos concêntricos.

5. Direito à reserva da intimidade da vida privada: estrutura e teorias a respeito dos círculos concêntricos.

Não há negar que os elementos que representam a vida privada e a intimidade variam de acordo com a corrente doutrinária perfilhada. Assim é que para adeptos da corrente pluralista, os conceitos podem ser fornecidos ora por meio da descrição dos ataques à vida privada – *intromissão na vida pessoal e reservada, revelação de fatos privados embaraçosos* –, ora por meio de linguagem normativo-descritiva das condutas violadoras da intimidade e da vida privada. Por outro lado, se adeptos da corrente unitária, a intimidade e a vida privada passam a apresentar uma base conceitual única que pode traduzir-se no estar só, ou seja, na conquista da paz de espírito. Por conseguinte, ambas não passariam de um conjunto de

informações pessoais submetidas a um regime jurídico de contenção, espaço pessoal em que não se admitem interferência nem intromissão externas.

Também os conceitos de vida privada e intimidade podem ser fornecidos pela contraposição ao conceito de vida pública, logo, pertenceriam à vida privada, à intimidade e à privacidade tudo aquilo que não pertencesse à vida pública. Todavia, se seguidores do enfoque positivo, que visa conceituar a intimidade e a vida privada ora por meio de características que estariam incluídas no campo de sua intimidade, ora utilizando fórmulas gerais que normalmente buscam abarcar seus elementos conceituais, forçoso seria identificá-las com o auxílio das teorias da vontade⁸⁵ e das esferas⁸⁶.

Importante observar cada uma destas teorias: no que toca a teoria da vontade, possível afirmar que esta define o conceito de privado como um âmbito da vida da pessoa na qual deposita grande carga de intencionalidade no sentido de sua exclusão da ingerência ou do conhecimento de terceiros⁸⁷, intencionalidade esta que é o pilar de apoio da teoria norte-americana da expectativa de privacidade – *expectation of privacy* – que chega mesmo a considerar como inexistente tudo aquilo que for público, aberto ao público ou de interesse público⁸⁸.

Por conseguinte, há determinadas pessoas – *artistas, políticos* – que têm sua vida privada de tal forma exposta que não é possível atribuir a essa parte de sua vida o caráter de verdadeiramente privado, área nebulosa que deve respeitar a vontade e/ou intencionalidade do indivíduo, pois é inquestionável que há de existir quem veja nesta exposição, neste virar notícia, uma excelente maneira de promoção pessoal de sua carreira; outros, porém, preferirão não se expor além daquilo que é necessário à realização de seus compromissos sociais ou profissionais. Impõe-se, portanto, respeitar a vontade de silêncio e abstração destes⁸⁹.

Já em relação a separação das esferas, por não ser tema bem definido na doutrina, importante apresentar a opinião da doutrina alemã, que divide a personalidade em três grandes grupos⁹⁰: o grupo do desenvolvimento da personalidade; o grupo onde estão todos os aspectos do ser humano em geral; e aquele que corresponde a individualidade. Destes três elementos que formam o conjunto dos valores da personalidade, destaca-se neste escrito o último, visto ser composto por três esferas: a privada, a íntima – *ou secreta* – e a individual. Sendo assim, a individualidade nada mais é do que uma parcela da vida privada de cada indivíduo. Portanto, podemos assumir que a privacidade é o pêndulo capaz de movimentar os acontecimentos/informações da esfera pública para a privada, ou vice-versa, deixando-os,

quando inseridos na vida privada, fora do alcance do conhecimento de uma parcela ou da totalidade da sociedade⁹¹.

Entretanto, alguns autores acreditam que o grupo da individualidade contenha mais esferas do que as que aqui analisadas, podendo-se mesmo dividir o conceito das esferas por meio da premissa de uma quantidade significativa de diversas outras, são elas: esfera íntima, esfera própria, esfera da confiança, esfera privada, esfera social, esfera pública. Todavia, ainda há quem defenda que existam três espaços distintos da atuação do indivíduo, quais sejam, a esfera política, a esfera social e a esfera privada⁹².

Neste mar de opiniões, parece mais adequado optar pela divisão da vida privada, bem como da intimidade, por meio da teoria das esferas criada pela doutrina alemã, onde o último grupo de valores da personalidade é composto por tudo que integra a individualidade, ou seja, pelas três subesferas: (a) *Privatsphäre* ou esfera da vida privada, sendo esta a mais ampla de todas as esferas, pois abarca as matérias relacionadas às notícias e esclarecimentos que o indivíduo deseja excluir do conhecimento de terceiros; (b) *Geheimsphäre*, *Intimsphäre*, ou, ainda, *Vertrauensphäre*, que é a esfera da intimidade, do segredo ou da confiança, pois compreende os assuntos que são destinados a pessoas certas e não devem chegar ao conhecimento dos outros devido a natureza extremamente reservada dos mesmos; (c) e *Individualsphäre*, ou esfera individual, que tutelaria o homem no seu modo único de ser, nas suas peculiaridades, como o nome e a imagem⁹³.

Observe-se, porém, que os vários elementos que integram estas esferas podem sofrer inúmeras alterações, assim como é possível que sejam classificados em diferentes esferas⁹⁴, visto que determiná-los ou identificá-los é tarefa que está diretamente ligada a deliberar quais valores pertencem a cada esfera, isto é, cada sociedade terá dentro de si sua própria concepção do que forma a vida privada, a intimidade e a individualidade, sendo que tais conceitos variam no tempo e no espaço.

Deste modo, o que acaba por realmente delimitar a fronteira da vida privada, da intimidade e da individualidade é o reconhecimento psicológico atribuído pela sociedade aos acontecimentos. Assim, quanto maior for a necessidade social de que tais fatos permaneçam longe do alcance geral, mais perto estarão da esfera privada, sendo que sua classificação como íntimo ou individual vai igualmente depender de como os costumes sociais e legais classificam aquele ato, pois quanto mais reservado for o ato, mais próximo da esfera íntima ele estará.

Difícil, porém, é estabelecer objetivamente este conteúdo da vida das pessoas que deva ser vedado ao conhecimento público, posto variar com o senso comum, alterando-se em cada época e lugar. No entanto, é indispensável que tais aspectos da vida privada sejam pelo

menos determináveis ou identificáveis em cada situação de acordo com os valores sociais vigentes. Contudo, como estes valores são reflexos da realidade social, política e econômica de cada comunidade, difícil também será estabelecer o conteúdo fixo e inflexível do direito à intimidade, bem como um conteúdo fixo e inflexível de cada uma das esferas, visto ser admissível afirmar que aquilo que é mais íntimo para uns pode não ser para outros⁹⁵.

Todavia, mesmo diante destas dificuldades, seguro é que todas as pessoas têm interesse em ver protegido o que consideram como sendo sua intimidade e, da mesma forma, a exata colocação do que seja pertencente à esfera da vida privada, mesmo que muito ampla, pois a lei há-de ser capaz de diferenciar tudo aquilo que não queremos que seja do conhecimento dos outros, daquelas informações e situações que desejamos compartilhar apenas com determinadas pessoas.

NOTAS

¹ A palavra que os gregos usavam para designar família era: *epistion*, que significava aquilo que está junto de um lar. COULANGES, Fustel de. *A cidade Antiga*. Livraria Clássica Editora: Lisboa, 1971, p. 47.

² COULANGES, *op. cit.*, p. 47.

³ Na Grécia Antiga, mais precisamente na Época Arcaica – 1600 a.C.-800 a.C. –, e em Roma, a mulher ocupava uma posição tão importante quanto a do homem, observando-se que mesmo devendo obediência total ao marido era considerada tanto dona da casa quanto ele, possuindo, ainda, título idêntico ao de seu marido – paterfamilias.

Contudo, acreditamos que essa situação de equivalência entre homens e mulheres acabou com a chegada da Época Clássica – 800 a.C.-323 a.C. –, pois ao mesmo tempo que a religião doméstica vai deixando de ser praticada, sumindo com ela toda a necessidade de se estar ligado a terra, de se perpetuar a mesma linhagem familiar, de proteger os túmulos dos antepassados anteriormente considerados deuses responsáveis pela proteção da família, esta vai também deixando de representar um conceito de satisfação de necessidades vitais humanas.

⁴ Cf. Lei das XII Tábuas.

⁵ A respeito da posição da mulher romana *vide* COULANGES, *op. cit.*, pp. 114-115.

⁶ Cf. I. 1,9 e D. 1, 1, 2.

⁷ Importante observar que na época arcaica o casamento monogâmico era a única forma de união reconhecida, e o divórcio evitado ao máximo. Quando o povo grego deixa de organizar-se em famílias chefiadas por homens, cujo poder era transmitido de forma hereditária sempre ao filho varão, o qual apenas seria aceito como tal se fosse fruto de um casamento monogâmico, pois se assim não fosse, um homem que tivesse várias mulheres teria vários filhos varões. Por isso, acreditamos que este seja um fator que influenciou o aparecimento da poligamia nestas sociedades.

⁸ GAUDEMET *apud* CAPELO DE SOUSA, *op. cit.*, p. 43.

⁹ A filosofia, para Epicuro, deveria servir ao homem como instrumento de libertação e como via de acesso à verdadeira felicidade. Esta consistiria na serenidade de espírito que advém da consciência de que é ao homem que compete conseguir o domínio de si mesmo.

¹⁰ Época Helenística: 523 a.C.-146 a.C.

¹¹ Sobre o despertar do homem para sua condição, podemos citar o primoroso pensamento do maior pensador da escola jônica, filósofo grego Heráclito de Éfeso, o Obscuro, conclui que as lei (*nomos*), devem ser criações dos Deuses e também dos homens, sendo que posteriormente, o também grego, Protágoras, que usando o pensamento de Heráclito de Éfeso, conclui ser o homem a medida de todas as coisas, atribui ao ser humano o total domínio sobre seus atos e vontades, tornando-se assim toda lei vontade e responsabilidade única do homem. Vide CAPELO DE SOUSA, *op. cit.*, p. 48; e BERGSON, Henri. *Curso sobre filosofia grega*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Orallo observa que a filosofia para os gregos, bem como o imperativo socrático *nosce te ipsum*, possuía um caráter muito mais moralizador do que psicológico e antropológico, afirmação esta que possui totalmente o nosso apoio, contudo não podemos deixar de afirmar que mesmo não existindo a interioridade da filosofia grega é inegável que esta possibilitou que o homem começasse a se desprender da idéia de mero instrumento dos deuses, prova disso foi o próprio pensador XXX que foi banido da sociedade grega sob a acusação de ateísmo. ORALLO, Santiago Panizo. *La intimidad a prueba*. Madrid: Colex, 2003, p. 26.

¹² CAPELO DE SOUSA, *op. cit.*, p. 44.

¹³ Existindo proteção da pessoa contra ofensas por meio de injúria, *actio iniuriarum*, bem como a *actio iniura* que, caso ficasse comprovado o *animus iniuriandi* do ofensor, garantia ao lesado direito de ação. A este respeito ver JHERING, Rudolph Von. *Actio Iniuriarum, Dès lésions injurieuses en droit romain*. Paris: Marescq, 1888, p. 24.

¹⁴ Cf. D. 47,10,1.

¹⁵ Uma última manifestação da constituição de alguns pontos importantes do reconhecimento do respeito a individualidade é a posição do Estado Romano frente as preferências e escolhas religiosas, que acaba sendo uma manifestação do próprio direito a intimidade, como mostra o édito de Milão do ano de 313 estabelecido pelo Imperador Constantino e Lucínio onde se estabelece que é garantido aos cristãos, bem como a todos, a liberdade de seguir a religião que cada um quiser. Outra demonstração de proteção a esfera íntima foi a eliminação, por parte do Imperador Constantino, da ação pública de adultério, tendo usado como base a idéia do respeito ao âmbito familiar, devendo os assuntos de família serem tratados de forma privada, dentro do íntimo de cada sociedade familiar. Para o texto completo do Edito de Milão vide THATCHER, Oliver J.. *The Library of Original Sources: (Early Mediaeval Age)*, IV, The Minerva Group, Inc., 2004, p. 19.

¹⁶ A Alta Idade Média vai da formação dos reinos germânicos a partir do século V até a consolidação do feudalismo, entre os séculos IX e XII; e a Baixa Idade Média vai do século XII até o século XV, caracterizada pelo crescimento das cidades, a expansão territorial e o florescimento do comércio.

¹⁷ Os direitos na Idade Media começam partindo de Deus e de sua criatura, havendo um reconhecimento da pessoa como um ser livre que possui uma alma capaz de salvação e de condenação. Esta época se caracteriza por um conceito de liberdade ligado a velha idéia de liberdade que está intrinsecamente ligada a conquista da salvação da alma, que acabará sendo absorvida também pelas sociedades germânicas.

¹⁸ Importante ressaltar que o catolicismo, que vira religião oficial do Império Romano em XX, influencia com seu pensamento mais humanista o próprio caminhar da sociedade. Os jogos de gladiadores foram proibidos, a escravidão amenizada, a usura limitada, e o cárcere privado extinto. Cf. Cth 9,3,4 e 9,11,1 e C. 9, 4, 6.

¹⁹ GARCIA GALLO, Alfonso. *Manual de historia del derecho español*. Madrid. 1982, p. 576.

²⁰ MIGUEL RUIZ, Carlos. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Tecnos: Madrid, 1995, p. 41.

²¹ Importante saber que os povos germânicos não viviam em cidades e não permitiam que suas casas tocassem outras casas, existindo assim um espaço cercado e fechado que servia para manter a distância entre as residências. Montesquieu mesmo menciona que várias leis dos códigos bárbaros continham disposições primitivas contra os que

derrubassem as cercas que separavam as casas e contra os que invadissem as mesmas, o que prova que o princípio da inviolabilidade da casa de família é extremamente antigo no direito germânico. MONTESQUIEU *apud* MIGUEL RUIZ, *op. cit.*, p. 52.

²² ORTEGA Y GASSET, José. Notas del vago estío *In*: El espectador. Tomo V, Espasa Calpe: Madrid, 1966, p. 11.

²³ Neste aspecto Wiecker analisa a questão do direito germânico, afirmando que a concepção germânica de que o direito não é apenas um comando arbitrário, mas sim uma tradição, uma realidade baseada nos próprios costumes das sociedades germânicas. Sendo esta concepção fundamental para a conservação do direito maior tempo, um período maior do que o próprio direito romano, uma vez que para os germânicos este sempre esteve presente no modo de vida das pessoas e não apenas no poder Estatal. E desta forma, quando os germanos chegaram a sua maturidade de pensamento foi possível a redescoberta do direito romano, adaptando-o, absorvendo-o ou rejeitando-o quando necessário. WIECKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1999, p. 27.

²⁴ BENEYTO PEREZ, Juan. *Los derechos fundamentales en la España Medieval*. REP, n. 26, 1982.

²⁵ Muitos textos jurídicos medievais garantiram a inviolabilidade do domicílio, como a carta do convênio entre o rei Alfonso I de Aragão e os mouros de Tudela, em 1119, que reconheceu a estes o direito a inviolabilidade do domicílio.

²⁶ HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1984, p. 71.

²⁷ ARENDT, Hannah. *The Human Condition*. Chicago-London: The University of Chicago Press, 1989, p. 49.

²⁸ “En la actualidad, la intimidad ha dejado de ser un valor al servicio exclusivo de los grupos privilegiados de la sociedad, para convertirse en lo que Spiros Smitis ha considerado como una exigencia imprescindible para asegurar a los ciudadanos su capacidad de participar en la sociedad democrática”. PÉREZ LUÑO, António Enrique. Perfiles morales y políticos del derecho a la intimidad *In*: Separata de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, XLVIII, nº 73, Curso Académico 1995-96, Madrid, 1996, pp. 311-339.

²⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 269.

³⁰ Na França, a primeira acepção de vida privada faz referência ao caráter interior e profundo. Um segundo sentido, seria estreito e mais profundo. Por último, uma terceira acepção entende o íntimo como o privado. A língua francesa define íntimo como “o que se situa no nível mais profundo de sua vida psíquica, que permanece geralmente escondido sob as aparências, impenetrável a observação externa, as vezes também a análise do próprio sujeito”. REBOLLO DELGADO. *op. cit.*, p. 36.

³¹ O termo *privacy*, do direito inglês, deu origem ao termo *right to privacy*, definido pelo *Cambridge Advanced Learner's Dictionary* como “direito de alguém manter seus assuntos e relacionamentos pessoais secretos. SAMPAIO, *op. cit.*, p. 99.

³² Registremos aqui que tanto na Itália como na Espanha há a distinção etimológica entre vida privada e intimidade, tendo intimidade um significado de não comunicação, revelação, sem divulgação dos aspectos da vida privada de um sujeito.

³³ MORA, J. Ferrater. *Dicionário de Filosofia*, Tomo II, pp. 1548-1549.

³⁴ REBOLLO DELGADO, *op. cit.*, pp. 29-30.

³⁵ REBOLLO DELGADO, *op. cit.*, p. 27.

³⁶ A intimidade, posto que necessidade psicológica do indivíduo frente a si mesmo, resulta da indispensabilidade de ocultação do verdadeiro eu frente aos demais membros da sociedade, isto é, a intimidade surge como um manto

opaco ou uma máscara que, envolvendo o que realmente o indivíduo é, molda uma melhor imagem do sujeito para que este se apresente aos demais, a fim de que estes não venham a conhecer os defeitos, o real caráter e a verdadeira personalidade daquele. Dessa forma, o indivíduo precisa da intimidade, como necessidade psicológica própria, para preservar-se no meio social. Destarte, o indivíduo se serve da intimidade para ser aceito e incluído na sociedade.

³⁷ REBOLLO DELGADO, *op. cit.*, p. 26.

³⁸ Rubio é incisivo em afirmar que “es imposible determinar con precisión cuáles son las causas de este fenómeno”, a pesar de mencionar a massificação social, a concentração urbana e o intervencionismo estatal como fatores que contribuíram para fazer mais aguda a socialização do indivíduo. RUBIO, Ferreira. *El derecho a la intimidad*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1982, pp. 30-31.

³⁹ A privacidade passa a ser “contemplada para além da sua definição tradicional, de matriz individualista, do ‘direito de ser deixado só’, passando seu foco ao controle, por indivíduos ou grupos, do exercício de poderes que se fundam na disponibilidade de informações, de modo a concorrer para o desenvolvimento de um equilíbrio sóciopolítico mais adequado”, o que faz com que “na sociedade da informação, prevalecem definições funcionais da privacidade, referidas à possibilidade de um sujeito de conhecer, controlar, endereçar e interromper o fluxo das informações que lhe dizem respeito”. MARTINS, Guilherme Magalhães. Boa fé e contratos eletrônicos via Internet *In*: Problemas de Direito Civil-Constitucional. Coordenador Gustavo Tepedino, São Paulo: Renovar, 2001, pp. 144-145.

⁴⁰ Segundo Malerbi, “com o trânsito da sociedade industrial à sociedade tecnologicamente avançada do final do século XX, esta se converte numa sociedade da informação. De um lado, o Estado vê-se na contingência de ter que armazenar informações sobre os cidadãos, praticamente em todos os campos das relações sociais. De outro lado, as empresas privadas (banco, empresas de seguro, água, gás ou eletricidade, as operadoras de linhas telefônicas etc.) necessitam armazenar informações sobre os usuários de seus serviços. Assim, o cidadão vê sua vida totalmente dependente da própria organização estatal e da sociedade”, o que fez com que “na sociedade democrática, tecnologicamente avançada, de nossos dias atuais, as opções ou valorações éticas e políticas obrigam os textos constitucionais a submeter cada inovação tecnológica aos valores máximos da coexistência humana. Por outras palavras, o que mais se teme hodiernamente é o custo que pode representar os progressos tecnológicos, notadamente os avanços informáticos, naquilo que pode aniquilar ou restringir o desfrute de direitos fundamentais”, e mais especificamente, segundo a autora, os direitos à intimidade e à vida privada. Tais argumentos faz com que a autora afirme que “o reconhecimento constitucional desses nossos direitos de personalidade, é exigência de garantia de uma sociabilidade plena, isto é, o direito que o homem desfruta em razão de sua dignidade, de poder não só isolar-se ou controlar o uso da própria imagem, como também de poder relacionar-se melhor com seus semelhantes, na qualidade de indivíduos livres, como autênticos cidadãos” MALERBI, Diva. Sigilo bancário e tributário *In*: Colóquio Internacional de Direito Tributário III, 2001. São Paulo. Respostas às questões. Buenos Aires: La Ley, 2001, pp. 81 e 82. Rosane Schmitt diz que: “os avanços na área das telecomunicações vêm trazendo, cada vez mais, a informação para dentro dos lares e em dupla faceta: não só transmitindo informações ao indivíduo, como, também, obtendo informações de sua vida privada, por meio do acesso irregular a bancos de dados com informações personalizadas” SCHMITT, Rosane Heineck. Direito à informação – liberdade de imprensa x Direito à privacidade *In*: A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Organizador Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 212. Flach preceitua quanto à desordem de comunicação que: “a tecnologia hoje disponível e seu absurdo potencial de desenvolvimento, aliada à velocidade vertiginosa dos meios de comunicação, praticamente aniquilou qualquer barreira à obtenção de dados e informações as mais variadas sobre o que quer que seja, sobre quem quer que seja. As duas guerras mundiais, a guerra fria, a guerra espacial, a guerra do dinheiro, a guerra da informação, as descobertas da biologia, possibilitando o desnudamento de nosso código genético, geraram como subproduto verdadeira cultura global da bisbilhotice, que, somada ao relativismo moral de nossos dias, representa risco severo à privacidade e intimidade dos cidadãos. Vemo-nos indefesos contra a furiosa curiosidade do Estado, das grandes

corporações, e mesmo de nossos concidadãos. O modelo cultural em que vivemos faz da fofoca e da pilhéria produtos de alto consumo. Dados socioeconômicos representam fortunas nas disputas de mercado. O Estado, como depositário de informações privadas, se tem revelado extremamente vulnerável e pouco digno de confiança” FLACH, Daisson. O direito à intimidade e à vida privada e a disciplina dos meios de comunicação *In: A reconstrução do direito privado*. Organizador Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 378. Wolgran Ferreira adverte que “hoje existem computadores capazes de armazenar dezenas de milhões de dados e imprimir-los em menos de cinco segundos. Chegaremos, com a informática, a termos todos os lares alcançados pela rede de computação, fato este que ocorrerá alheio, é óbvio, à vontade de morador da casa, que se vê impossibilitado de encontrar meios de defesa contra tal incursão em sua vida privada” FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Direitos e garantias individuais: comentários ao artigo 5º da CF/88*. Bauru: EDIPRO, 1997, p. 170. De acordo com Bastos, “na época atual, as teleobjetivas, assim como os aparelhos eletrônicos de ausculta, tornam muito facilmente devassável a vida íntima das pessoas” BASTOS, *op. cit.*, p. 202.

⁴¹ Utiliza-se neste tópico o mesmo sentido de sociedade de massas empregado por Diez-Picazo, ou seja, que “no basta el fenómeno externo de la aglomeración o de las multitudes para que se pueda hablar de ‘masas’ y de ‘sociedades de masas’. De algún modo el hecho característico, aunque constituya una redundancia, es que la sociedad no es de personas, sino de masas. Las masas se piensan como conjuntos humanos en los cuales el hombre se integra como en ser anónimo y despersonalizado”. Assim, ter-se-á sociedade de massas, segundo Diez-Picazo, quando houver “la presencia de un gran número de individuos, en situaciones que normalmente son transitorias o esporádicas y sólo excepcionalmente son de carácter permanente” e quando houver uma “clara despersonalización de las relaciones que se traban, en las cuales en parte por obra del número y de las necesidades que el número impone domina el anonimato, que es la otra cara de la despersonalización”, i. e., haverá sociedade de massas quando “integrados en un fenómeno masivo, los individuos traban relaciones circunstanciales y lo hacen sin llegar a poseer un puntual conocimiento de la identidad de los otros con quienes las relaciones se establecen, que son así rigurosamente anónimos”. DIEZ-PICAZO, Luis. *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado (dos esbozos)*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1987, pp. 23 e 25.

⁴² DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 25.

⁴³ Delgado cita Gómez Jacinto y Hombrados Mendieta para evidenciar que os “sujetos sometidos a una mayor exposición urbana (elevada densidad de población interior y exterior, ruido, suciedad, transportes públicos, restricciones espaciales, etc) tendrán un menor sentido de comunidad y mayor de privacidad” GOMEZ JACINTO et HOMBRADOS MENDIETA apud REBOLLO DELGADO, *op. cit.*, p. 26.

⁴⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2001,

⁴⁵ REBOLLO DELGADO, *op. cit.*, p. 26.

⁴⁶ Afirma Delgado que a intimidade não é um instinto, mas sim uma necessidade socialmente criada, já que sem sociedade não haveria necessidade de intimidade, vez que entende que “la intimidad es en esencia una consecuencia social, de la misma forma que los es la libertad”. REBOLLO DELGADO, *op. cit.*, p. 31.

⁴⁷ AIETA, Vânia Siciliano. *A garantia da intimidade: como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, pp. 44 e ss.

⁴⁸ WARREN, Samuel et BRANDEIS, Louis. *El derecho a la intimidad*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995, p. 27.

⁴⁹ CAPELO DE SOUSA, *op. cit.*, pp. 316-317.

⁵⁰ Vale ressaltar algumas controvérsias em relação à expressão direito à intimidade: apesar de os doutrinadores, na sua maioria, utilizarem indiferentemente os termos direito ao respeito à vida privada ou direito à vida privada e intimidade da vida privada ou ainda direito à intimidade e, ainda, direito ao resguardo e direito à reserva, para

designar o direito de estar só, algumas distinções são apresentadas, não sendo unânime o pensamento que as considera expressões sinônimas. Dotti, apoiado em Herbarre e Urabeyen, distingue os conceitos intimidade e de vida, sendo o primeiro um conceito mais restrito do que vida privada, consistindo a intimidade em um sentimento que nasce do fundo do ser humano, sendo sua natureza essencialmente espiritual, enquanto que o de vida privada, mais amplo, se estenderia a outras manifestações não tão espirituais. SZANIAWSKI, *op. cit.*, 2005, pp. 301-302.

⁵¹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 39.

⁵² Assim, ocorre, não poucas vezes, que a intimidade seja violada por meio de escutas telefônicas; que fotos sejam tiradas sem consentimento e valoradas comercialmente de acordo com o maior ou menor constrangimento e exposição sofridos pelos indivíduos, sem a mínima reflexão acerca da invasão pessoal que tal publicidade pode causar; que dados pessoais sejam obtidos por meio de computadores em bancos de dados não autorizados ou por meio de violação de correspondência eletrônica – *e-mail*. Deste modo, forçoso concluir que apesar de ainda existir a possibilidade de permanecer fisicamente sozinho, no século dos aparatos digitais, tal isolamento começa a tornar-se cada vez mais custoso, posto ser admissível estar a sofrer violação do direito à intimidade a todo e qualquer instante.

⁵³ “El interés existencial relativo a la intimidad de la vida privada y la consiguiente exigencia de su protección de parte del derecho aparece, con mayor intensidad que otros aspectos de la tutela de la persona, estrechamente vinculado a un determinado momento histórico. Este reclamo de protección surge en conexión con las profundas transformaciones que se operan en la sociedad industrial, la misma que, como observa Dogliotti, origina un Nuevo modelo de vida. En la sociedad tecnológica se acrecientan los contactos físicos y al mismo tiempo, paradójicamente, se debilita la vida comunitaria y decaen los principios de solidaridad”. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la intimidad personal*. Buenos Aires: Editora Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992, p. 150.

⁵⁴ Para De Cupis todo o indivíduo desenvolve parcialmente a sua vida em circunstâncias e em ambiente subtraído de terceiros, seria está a esfera íntima da vida privada, baseando-se este no direito ao resguardo seria definido como o modo de ser de uma pessoa que consiste na exclusão do conhecimento de outros, de assuntos que se referem a pessoa em si mesma. DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Livraria Moraes, 1961, pp. 129-131.

⁵⁵ GRINOVER *apud* GIANNOTTI, Edoardo. *A tutela constitucional da intimidade*, 1a. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1987, p. 13.

⁵⁶ DOTT, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 73.

⁵⁷ ORALLO, *op. cit.*, p. 48.

⁵⁸ Neste pensamento o artigo 17 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966:

§1. Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação;

§2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.

⁵⁹ Cf. artigo 26 da Constituição portuguesa.

⁶⁰ Cf. artigo 70, n.1 e artigo 80 do Código Civil português.

⁶¹ Neste aspecto o ordenamento jurídico português foi inovador, pois foi o primeiro país europeu a preconizar o direito geral à intimidade. Cf. artigo 80 do Código Civil português de 1966.

⁶² Cf. artigo 5º., inciso X da Constituição brasileira.

⁶³ Cf. artigo 21 do Código Civil brasileiro.

⁶⁴ Cf. artigo 18, 1 da Constituição espanhola.

⁶⁵ FERRAZ, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado *In*: Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, vol. 88, 1993, p. 449.

⁶⁶ CONSTANT, Benjamin. *Sobre el espíritu de conquista*. Madrid: Tecnos, 1988, p. 75.

⁶⁷ BERLIN *apud* NOVAIS, Jorge Reis. *Renúncia aos Direitos fundamentais. Perspectivas Constitucionais*. Organizador Jorge Miranda, Volume I, Coimbra, 1996, p. 288.

⁶⁸ Poder-se-ia distinguir três níveis de tutela constitucional para estes direitos, conforme a importância que lhes são dadas em outras constituições. Em um primeiro nível, estariam os ordenamentos nos quais a intimidade tem um direito pleno e explícito no Texto Constitucional. Tem -se como exemplo a Constituição da Bélgica (Arts. 22 e 15), a Constituição dos Países Baixos (Arts. 10.1 e 12), a de Portugal (Arts. 26.1 e 34), a Constituição da Grécia (Arts. 9 e 19), da Argélia (Art. 49), do Chile (Art. 19.4º), Turquia (Arts. 20 a 22) e a do Brasil no Art. 5º X, XI e XII. Constituições que tutelam tal direito em um segundo nível, mencionam este direito como um direito geral, que não prevêem expressamente no corpo constitucional, como a Lei Fundamental de Bonn, na Alemanha, a Constituição Italiana, a de Luxemburgo, Suécia, Dinamarca, Finlândia, Japão, México, Islândia, Filipinas e Estados Unidos da América do Norte, que prevêem genericamente, pela Emenda IV, o direito à intimidade. Finalmente, em um nível mais baixo de reconhecimento constitucional, os ordenamentos que não mencionam direito à intimidade e à privacidade de forma concreta nem os protegem constitucionalmente. Todavia, a não previsão constitucional não implica em um desconhecimento. Seguem esse modelo a Inglaterra, França, Áustria, Irlanda e até mesmos Estados Unidos da América do Norte, que possuem uma construção jurisprudencial fortíssima, mas não tutelam tais direitos em suas Constituições.

⁶⁹ Apesar de ser dominante na doutrina a posição de que os termos vida privada, intimidade e privacidade são diferentes e possuem significados distintos, não se pode deixar de lado a advertência de Sampaio de que a doutrina pode ser dividida entre os pluralistas e os unitaristas; ou, em outro sentido, também, nos que procuram identificar os termos vida privada, intimidade e privacidade pela negação, isto é, pela descrição dos elementos que não sejam ou que não estejam contidos naqueles outros dois conceitos, para, conseqüentemente, poder encontrar o significado do outro conceito ou nos que ainda se distraem na busca dos conceitos daqueles termos. SAMPAIO, *op. cit.*, p. 226.

⁷⁰ Neste sentido ver BASTOS, Celso Ribeiro *et* MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 71; JÚNIOR, José Cabral Pereira Fagundes. *Direito à vida privada e à intimidade do portador de HIV: aspectos constitucionais*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 92; SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 34.

⁷¹ MARTINS, Luciana Mabilia. O direito civil à privacidade e à intimidade *In*: A reconstrução do direito privado, Org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 344.

⁷² JÚNIOR, *op. cit.*, pp. 92-99.

⁷³ VIEIRA, Sônia Aguiar do Amaral. *Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 13.

⁷⁴ A privacidade seria uma voluntária retirada da sociedade por meio de instrumentos físicos e psicológicos nunca situação de solidão, de intimidade ou de anonimato. Pondo o interesse em não deixar conhecer TOMMASINI *apud* MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada *In*: Boletim da Faculdade de Direito, Separata, vol. LXIX, Coimbra, 1993, p. 509.

⁷⁵ Neste ponto Mota Pinto discorre que o problema da privacidade, bem como a sua solução, que se daria por meio dos direitos da personalidade, são dominados por uma tensão entre o social e o individual, sendo que esta tensão se manifesta objetivamente quando o objeto de tutela sendo aquilo que o indivíduo possui como *proprium*, a sua

intimidade neste ponto ameaçada por terceiros. E por isso a necessidade de tutelar juridicamente a privacidade faz-se plenamente justificada. MOTA PINTO, *op. cit.*, p. 510.

⁷⁶ Observamos claramente que De cupis concordava com o posicionamento de serem a intimidade e a vida privada esferas distintas. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 131.

⁷⁷ SILVA, *op. cit.*, p. 205.

⁷⁸ “El derecho a la intimidad es la respuesta jurídica al interés de cada persona de lograr un ámbito en el cual pueda desarrollar, sin intrusión, curiosidad, fisgoneo ni injerencia de los más, aquello que constituye su vida privada. Es la exigencia existencial de vivir libre de un indebido control, vigilancia o espionaje. La vida privada está integrada por todas aquellas actividades y actitudes que, como se ha remarcado, carecen normalmente de trascendencia social en la medida que tienen que ver con la intimidad de la persona. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *op. cit.*, p. 163

⁷⁹ Não se deve entender a palavra segredo como algo reservado, a vida interior ou solidão, mas aquelas situações, pensamentos e informações gerais que pertencem a pessoa e que, por sua índole ou porque assim o quer estes estão destinados a não expandir-se nem serem conhecidos por terceiros. Entendimento de CIFUENTES, Santos. *Los derechos personalísimos*. Buenos Aires: Lerner, 1974, p. 346. Neste aspecto De Cupis entende ser o segredo um aspecto particular do direito ao resguardo, ou seja, pertencente ao direito à intimidade da vida privada. Desta forma, seria o segredo destinado a conservar-se completamente inacessível ao conhecimento dos outros, como, por exemplo, a carta. Contudo, observamos que a carta normalmente é destinada a outrem e, por isso, entendemos que o segredo para De Cupis não se manifesta, necessariamente, por meio de um ato completamente fora do alcance de outra pessoa, visto o segredo não perder sua qualidade quando partilhado com o destinatário da carta. DE CUPIS, *op. cit.*, pp. 147-148.

⁸⁰ GODOY, Claudio Luizbueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001, pp. 48-50.

⁸¹ CAPELO DE SOUSA, *op. cit.*, pp. 315, 325.

⁸² Esta nossa definição segue os moldes da apresentada por Mota Pinto: “Assim, seguindo Raymond Wacks, poderíamos dizer que esse interesse é o de evitar ou de controlar a tomada de conhecimento ou a revelação de *informação pessoal*, isto é, daqueles ‘factos, comunicações ou opiniões que se relacionam com o indivíduo e que é razoável esperar que ele encare como íntimo ou pelo menos como confidenciais e que por isso queira excluir ou pelo menos restringir a sua circulação’”. MOTA PINTO, *op. cit.*, p. 508.

⁸³ O direito à intimidade – que representa importante manifestação dos direitos da personalidade – qualifica-se como expressiva prerrogativa da ordem jurídica que consiste em reconhecer, em favor da pessoa, a existência de um espaço indevassável destinado a protegê-la contra indevidas interferências de terceiros na esfera de sua vida privada. A transposição arbitrária, para o domínio público, de questões meramente pessoais, sem qualquer reflexo no plano dos interesses sociais, tem o significado de grave transgressão ao postulado constitucional que protege o direito à intimidade, pois este, na abrangência de seu alcance, representa o “direito de excluir, do conhecimento de terceiros, aquilo que diz respeito ao modo de ser da vida privada. (Hannah Arendt). Cf. BRASIL. STF. MSMC 23669/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília. DJ de 17.04.2000, p. 04.

⁸⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998, p. 492.

⁸⁵ Aqui entendido o privado como aquilo que o indivíduo não deseja compartilhar com os demais.

⁸⁶ Corroboram este pensamento os professores BARBEITAS, André Terrigo. *O sigilo bancário e a necessidade da ponderação dos interesses*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 55,58; SAMPAIO, *op. cit.*, pp. 225 e 258.

⁸⁷ A aplicação desta idéia pode ser percebida em algumas legislações européias. Cf. artigo 80, 1 do Código Civil português.

⁸⁸ “What a person knowing expose to the public [...] is not a subject of 4th Amendment protection”. Cf. ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte, Katz v. United States. 389 U.S. 347, 351 (1967).

⁸⁹ Em outras palavras: se as pessoas que consciente ou inconscientemente se expõe à publicidade, como atores, esportistas, músicos, inventores, políticos, por se tornarem objeto de um legítimo interesse público perdem a crosta exterior de sua intimidade (*Privatsphäre*), conservam, porém o seu direito à intimidade, embora mais restrito, reduzido às manifestações essenciais da soledade. COSTA JÚNIOR. Paulo José da, *O direito de estar só – A tutela penal do direito à intimidade*. 3^a. ed., São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004, p. 38.

⁹⁰ HUBMANN *apud* SAMPAIO, *op. cit.*, p. 255.

⁹¹ ASCENSÃO. José de Oliveira. A reserva da intimidade da vida privada e familiar *In*: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, XLIII, n^o 1, Coimbra, 2002, p. 15.

⁹² Sendo que a terceira esfera seria composta pela vida que compartilhamos, os amigos que escolhemos, não sendo este seguido por nenhum modelo ou regras. ARENDT *apud* CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e a vida privada no novo Código Civil brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, pp. 117-122.

⁹³ Para uma maior compreensão da teoria de Hubmann acerca da divisão da personalidade e da estrutura do grupo da individualidade *vide* CAPELO DE SOUSA, *op. cit.*, pp. 143-148; e SAMPAIO, *op. cit.*, pp. 254-256.

⁹⁴ Lembramos aqui o estudo de Orlando de Carvalho no que toca a divisão em esferas do direito à reserva: esfera privada, mais ampla de todas; esfera pessoal, mais restrita que a anterior; esfera do segredo, ainda mais restrita que a pessoal e composta pelas coisas consideradas naturalmente secretas e pelas secretas por determinação da própria pessoa – *vontade*. CARVALHO, Orlando de. *Direitos da personalidade (Apontamentos de aula)*. Coimbra, p. 7.

⁹⁵ Cf. artigo 80, 2 do Código Civil português.