

ISSN 2175-2176



IAB *INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS*

Revista Digital

**Ano V - Número 18
Abril a Junho de 2013**

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, 2013.

Ano V – Número 18. Abril a Junho de 2013

Periodicidade: Trimestral

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

ISSN 2175-2176

FICHA CATALOGRÁFICA

Sumário

Doutrina

4 Orleans, Helen Cristina Leite de

ADINº 3.510 e Supremo Tribunal Federal: uma análise do julgamento sobre as pesquisas com células-tronco à luz do pensamento de John Rawls.

27 Laport, Felipe Moretti

Panorama jurídico ambiental da comercialização de produtos e subprodutos da fauna silvestre brasileira: procedimentos, competência e responsabilidades.

40 Grechi, Frederico Price

Novas questões de direito imobiliário: diálogo entre o direito imobiliário e o direito registral no âmbito da arbitragem interna.

74 Barbosa, Pedro Marcos Nunes

Notas sobre a legislação falimentar canadense: uma breve comparação com o sistema brasileiro no tocante às alienações de estabelecimentos comerciais

99 Saad-Diniz, Eduardo

Nova Lei de Lavagem de Dinheiro no Brasil: compreendendo os programas de criminal *compliance*

107 Castellar, João Carlos

Tribunal do Júri e média opressiva

Doutrina

ADI Nº 3.510 E Supremo Tribunal Federal: uma análise do julgamento sobre as pesquisas com células-tronco à luz do pensamento de John Rawls

Orleans, Helen Cristina Leite de Lima¹

"A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento".

John Rawls

RESUMO: Analisam-se as questões relevantes envolvendo o julgamento da ADI nº 3.510, que discutiu a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105/05 - *Lei de Biossegurança*. A ênfase do trabalho será verificar a compatibilidade da decisão final do Poder Judiciário, qual seja, a possibilidade de realização de pesquisas com base em células-tronco embrionárias no Brasil, com o pensamento de John Rawls – importante filósofo do séc. XX.

PALAVRAS-CHAVE: John Rawls; Teoria da Justiça; Direitos Humanos; Supremo Tribunal Federal; Células-Tronco.

Sumário: 1. INTRODUÇÃO. 1.1 Breves notas sobre John Rawls e suas obras; 1.2. Comentários acerca da *Lei de Biossegurança* e da ADI nº 3.510. 2. ANÁLISE DO JULGAMENTO À LUZ DO PENSAMENTO DE JOHN RAWLS. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4. REFERÊNCIAS. 5. ANEXO.

¹ Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Especialista em Direito da Comunicação pela Universidade de Coimbra – Portugal. Especialista em Direito Civil, Processo Civil e Empresarial pela UVA. Especialista em Direito Marítimo pela ESA/RJ. Membro da Comissão Permanente de Direito Civil do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB. Advogada e Professora no Rio de Janeiro.

1. INTRODUÇÃO

Busca-se no presente estudo tecer alguns comentários sobre tema muito controvertido nos dias atuais: a possibilidade de realização de pesquisas com base em células-tronco embrionárias. A hipótese ganhou grande repercussão a partir da ADI nº 3.510, proposta contra a íntegra do art. 5º da Lei nº 11.105/05, também conhecida como *Lei de Biossegurança*. Como parâmetro filosófico para análise do tema, serão utilizadas as lições de John Rawls, oriundas, sobretudo, de suas obras *Uma teoria da justiça* e *O liberalismo político*.

O presente estudo não busca esgotar a matéria. Não seria possível, neste breve trabalho, analisar-se de maneira profunda o complexo de idéias defendidas pelo autor, nem mesmo estudar de forma devida todas as repercussões envolvidas no julgamento da ADI nº 3.510. Neste caminho, procuramos, tão-somente, lançar novas luzes sobre a questão, a partir da *teoria da justiça* de John Rawls.

1.1 Breves notas sobre John Rawls e suas obras

John Rawls é, sem dúvida, um dos grandes nomes da filosofia política e moral norte-americana². Nascido em 1921 e falecido em 2002, foi professor de Filosofia Política na Universidade de Harvard. Dentre seus textos, podemos apontar como o de maior destaque o livro *Uma teoria da justiça*, originalmente publicado em 1971 e traduzido para vários idiomas, inclusive o português³. Este texto é apontado como “provavelmente a mais conhecida obra de filosofia moral desde a Segunda Guerra Mundial”⁴.

Neste trabalho, o autor apresenta sua teoria da justiça com base em uma “forte conotação social, com ênfase na noção de justiça distributiva, bastante influente no contexto anglo-saxônico contemporâneo, opondo-se ao utilitarismo e ao individualismo, e reelaborando a teoria do contrato social”⁵. De fato, Rawls procurou dar uma resposta crítica à doutrina

² Um pequeno currículo do autor é citado em OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom (Eds.). *Dicionário do pensamento social do século XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 817: “Filósofo moral norte-americano. Formado em Princeton, exerceu funções docentes nessa Universidade (1950-52), bem como em Cornell (1953-62) e Harvard (desde 1962). É autor de *A Theory of Justice* (1971), plano geral de inspiração kantiana (e, por conseguinte, antiutilitarista) de uma filosofia moral contemporânea na tradição contratatariana”.

³ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. A versão original do livro chama-se *A theory of Justice*.

⁴ OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom (Eds.). *Dicionário do pensamento social do século XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 817.

⁵ JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 157.

utilitarista, afirmando expressamente que “meu objetivo é elaborar uma teoria da justiça que represente uma alternativa ao pensamento utilitarista em geral e consequentemente a todas as suas diferentes versões”⁶.

Perseguindo este objetivo, Rawls terminou por elaborar uma teoria que respondeu não somente a problemas da época, mas também continua a indicar soluções a debates atuais, como, por exemplo, sistema de cotas, tolerância, diferenças culturais, políticas públicas e investimentos do Estado. Seu principal desafio foi buscar uma conciliação entre a necessidade de direitos iguais e a existência de uma sociedade desigual, para tanto construindo um arcabouço teórico que resultasse numa sociedade justa e bem-ordenada.

Em *Uma teoria da justiça*, Rawls demonstra sua filiação ao contratualismo e à idéia de justiça como equidade. Formula seus dois princípios de justiça, que seriam elaborados e aceitos por pessoas livres e racionais na posição original. Tais princípios aplicariam-se à estrutura básica da sociedade, determinando a atribuição de direitos e deveres, bem como a distribuição das vantagens sociais e econômicas advindas da cooperação social. Sendo assim, os termos fundamentais de associação observariam os seguintes enunciados:

“cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos. (...) As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo: (a) tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa, e (b) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.”⁷

Da análise das críticas feitas à referida obra, mediante a reformulação de alguns pontos e alteração de certas premissas, o autor edita novo livro, *O liberalismo político*⁸, em 1993, que seria verdadeiro complemento de *Uma teoria da justiça*. Assim, em que pese a existência de algumas diferenças conceituais, os dois trabalhos devem ser entendidos em conjunto, não havendo qualquer dissociação profunda entre eles.

No livro *O liberalismo político*, a justiça como equidade será apresentada como uma concepção política de justiça, eliminando o que o próprio autor considerou como uma ambigüidade existente na primeira obra⁹. Uma das preocupações é explicar “como é possível

⁶ RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 24.

⁷ V. RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 333.

⁸ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília: Ática, 2000. A versão original do livro tem por nome *Political Liberalism*.

⁹ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília: Ática, 2000, p. 25: “A ambigüidade de *Teoria* está eliminada agora, e a justiça como equidade é apresentada, desde o começo, como uma concepção política de justiça”.

existir, ao longo do tempo, uma sociedade justa e estável de cidadãos livres e iguais que se mantêm profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis”? É justamente das conclusões do autor sobre este questionamento que retiramos os argumentos para analisar a ADI nº 3.510.

1.2 Comentários acerca da *Lei de Biossegurança* e da ADI nº 3.510

É de extrema relevância para a compreensão do tema proposto uma breve abordagem da Lei nº 11.105/05, também conhecida como *Lei de Biossegurança*. Na ADI nº 3510, o então Procurador-Geral da República, Claudio Fonteles, questionou a constitucionalidade do art. 5º, *caput* e parágrafos, da Lei nº 11.105/05¹⁰. A parte impugnada diz respeito à possibilidade de utilização de células-tronco embrionárias, oriundas de embriões humanos excendutários das técnicas de fertilização *in vitro*, para fins de pesquisa e terapia, nos seguintes termos:

“Art. 5º - É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. §3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua

¹⁰ Trecho da inicial apresentada deixa claro seus fundamentos: “que a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação: o zigoto, gerado pelo encontro dos 23 cromossomos masculinos com os 23 cromossomos femininos; a partir da fecundação, porque a vida humana é contínuo desenvolver-se; contínuo desenvolver-se porque o zigoto, constituído por uma única célula, imediatamente produz proteínas e enzimas humanas, é totipotente, vale dizer, capacita-se, ele próprio, ser humano embrionário, a formar todos os tecidos, que se diferenciam e se auto-renovam, constituindo-se em ser humano único e irrepitível; a partir da fecundação, a mãe acolhe o zigoto, desde então propiciando o ambiente a seu desenvolvimento, ambientação que tem sua etapa final na chegada ao útero. Todavia, não é o útero que engravida, mas a mulher, por inteiro, no momento da fecundação; a pesquisa com células-tronco adultas é, objetiva e certamente mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias, até porque com as primeiras resultados auspiciosos acontecem, do que não se tem registro com as segundas”. FONTELES, Cláudio. Petição inicial apresentada na ADI nº 3510. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>. Acesso em: 24.10.2010.

prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997”.

Para Claudio Fonteles, a vida humana se inicia com a fecundação, de maneira que utilizar-se embriões humanos para pesquisas, resultando em sua destruição, atentaria contra o direito à vida (art. 5º, *caput* da CF), bem como contra o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF). O autor da ADI, não obstante ser apontado como católico fervoroso e atualmente estudante de teologia, em vários momentos procurou deixar claro que seus argumentos não possuem fundo religioso, mas sim jurídico.

Para colaborar com o esclarecimento da questão, alguns *amici curiae*¹¹ funcionaram no processo, quais sejam, *Conectas Direitos Humanos*, *Centro de Direitos Humanos*, *Anis*, *Movitae* – esses favoráveis às pesquisas – e *CNBB* – defendendo a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105/05. O primeiro grupo indicava, sobretudo, as características singulares das células-tronco embrionárias (como a capacidade de diferenciação em qualquer dos tecidos do organismo humano e a propriedade de auto-replicação), que poderiam resultar em importantes avanços na medicina¹², principalmente no que diz respeito à cura de doenças degenerativas¹³. Além disso, para eles, o embrião não implantado não seria pessoa ou

¹¹ Como afirmou em seu voto o Min. Rel. Carlos Ayres Britto: “Entidades de saliente representatividade social e por isso mesmo postadas como subjetivação dos princípios constitucionais do pluralismo genericamente cultural (preâmbulo da Constituição) e especificamente político (inciso V do art. 1º da nossa Lei Maior). O que certamente contribuirá para o adensamento do teor de legitimidade da decisão a ser proferida na presente ADIN. Estou a dizer: decisão colegiada tão mais legítima quanto precedida da coleta de opiniões dos mais respeitáveis membros da comunidade científica brasileira no tema”. BRITTO, Carlos Ayres. Voto proferido no julgamento da ADI nº 3510. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>. Acesso em: 25.10.2010.

¹² Neste sentido, destaca-se trecho de petição da Anis: “O caráter promissor da pesquisa com células-tronco embrionárias decorre do potencial regenerativo das células totipotentes para o tratamento ou cura de diversas doenças, hoje, com poucos recursos terapêuticos, como é o caso de diferentes tipos de câncer ou de doenças genéticas. (...) A expectativa é que a pesquisa com células-tronco embrionárias e adultas provoque uma revolução no conhecimento científico sobre doenças ainda hoje sem tratamento ou cura. Por uma condição humana compartilhada, todas as pessoas serão beneficiadas pelos resultados dessas pesquisas, muito embora os benefícios mais imediatos sejam esperados para pessoas em sofrimento, como as crianças e os adolescentes da pesquisa sobre o câncer”. DINIZ, Débora. Petição apresentada em nome de *Anis* na ADI nº 3510. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>. Acesso em: 24.10.2010.

¹³ Como afirmado em trecho da petição apresentada pela Movitae, “o debate de idéias nessa matéria pode se travar em diferentes níveis de abstração e complexidade, indo da fé à filosofia metafísica. Mas não pode desconsiderar o sofrimento real e concreto das pessoas portadoras dessas e de outras doenças, que precisam de solidariedade e empenho por parte do Estado, da sociedade e da comunidade científica”. BARROSO, Luís Roberto. Petição apresentada

nascituro, e, deste modo, não deteria a proteção integral prevista na Constituição. Por outro lado, os que concluíam pela procedência da ADI, dentre outros argumentos, reforçavam o ponto de que o embrião já seria vida humana e, como tal, não poderia ser vulnerado em pesquisas, sob pena de afronta à Lei Maior¹⁴.

Após intenso debate, foi encerrado o julgamento da questão em 29 de maio de 2008, quando afirmou-se a constitucionalidade da Lei nº 11.105/05. Prevaleceu o entendimento defendido nos votos dos Mins. Carlos Ayres Britto, Ellen Gracie, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello. Por sua vez, defendendo restrições às pesquisas, votaram os Mins. Carlos Alberto Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e Gilmar Mendes.

Dentre os argumentos expostos pelo Relator, Min. Carlos Ayres Britto, destacamos: (i) a incidência da Lei nº 11.105/05 se dá em hipóteses explícitas, cumulativas e razoáveis; (ii) será favorecida a pesquisa científica sobre doenças graves e anomalias genéticas; (iii) as células-tronco embrionárias oferecem maior contribuição em relação às demais, por se tratarem de células pluripotentes; e (iv) o bem jurídico vida, constitucionalmente protegido, refere-se à pessoa nativa.

em nome de *Movitae* na ADI nº 3510. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>. Acesso em: 24.10.2010.

¹⁴ Trecho de petição da CNBB no processo elenca todos os aspectos que ensejariam a procedência da ação, nos seguintes termos: "a) o conhecimento científico consolidado e transmitido pelos livros-texto de ensino na área de saúde a propósito do início da vida humana com a fecundação, ou seja, com a penetração do espermatozóide no óvulo, dando origem ao zigoto, a primeira célula de um novo indivíduo humano (vide, *v.g.*, cópias anexas) o que já fora evidenciado na audiência pública designada pelo eminente Ministro Carlos Aires Britto; b) a importância da pesquisa básica com células tronco embrionárias de mamíferos não-humanos para o melhor entendimento dos processos de diferenciação celular e de desenvolvimento nos seres humanos, o que se relaciona ao PRÊMIO NOBEL DE MEDICINA conferido em 2007 a Mario R. Capecchi, Martin J. Evans e Oliver Smithies pelo Instituto Karolinska na Suécia; c) a inadmissibilidade de se transpor as pesquisas com animais, nas quais se atuava e se atua eticamente, para seres humanos, quebrando o princípio do respeito devido à vida humana; d) nova metodologia para a obtenção de células pluripotenciais, paciente-específicas, semelhantes, em expressivo número de suas propriedades às células tronco-embrionárias humanas, a partir de células adultas, que inclusive levaram o pesquisador responsável pela criação da ovelha Dolly, IAN WILMUT, a anunciar publicamente, em novembro de 2007, a sua respectiva adesão e a de sua equipe, por ter "muito mais potencial" que a clonagem de embriões; e) a demonstração de que respeitando-se "a dignidade e a vida do ser humano, é viável e vantajoso, do ponto de vista técnico, prosseguir nas pesquisas para aperfeiçoar cada vez mais a Reprogramação de células adultas do próprio paciente, como fonte de células pluripotenciais (iPS) capazes potencialmente de originar qualquer tecido ou órgão, sem o obstáculo da rejeição que decorreria naturalmente com as células de outros seres humanos, mortos em fase embrionária para fins de utilização de suas células"; f) a ausência de resultados clínicos positivos mediante utilização de células tronco embrionárias humanas em seres humanos". V. MARTINS, Ives Gandra da Silva; REZEK, Francisco; SOUZA, Fatima Fernandes. Petição apresentada em nome de CCBB na ADI nº 3510. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>. Acesso em: 24.10.2010.

1. Análise do julgamento à luz do pensamento de John Rawls

Ao procurar a resposta para a questão de como a sociedade conseguiria ser justa e estável, tendo em vista que seus cidadãos, na qualidade de livres e iguais, são divididos por doutrinas morais, filosóficas e religiosas razoáveis, Rawls traz uma série de questões importantes para o debate do caso células-tronco.

Primeiramente, o autor tenta justificar o pluralismo existente nas sociedades democráticas. Para Rawls, as pessoas são razoáveis quando estão dispostas a propor princípios como termos equitativos de cooperação e a submeter-se voluntariamente a eles, pautando-se pela garantia de que os outros farão o mesmo¹⁵. O razoável, portanto, está vinculado a uma idéia de reciprocidade¹⁶, tendo em vista ser um elemento da idéia de sociedade como um sistema de cooperação equitativa, apresentando importante caráter público.

Um segundo aspecto do razoável diz respeito ao reconhecimento dos “fardos do juízo”, ou seja, as fontes ou causas da discordância entre pessoas razoáveis¹⁷. Rawls explica melhor sua idéia, afirmando que “as fontes do desacordo razoável – os limites do juízo – entre pessoas razoáveis são os muitos acasos envolvidos no correto (e consciencioso) exercício de nossas faculdades de raciocínio e julgamento no curso normal da vida política”¹⁸.

Sem dúvida, muitos dos nossos julgamentos são feitos em condições nas quais não se deve esperar que pessoas conscienciosas, mesmo depois de discussão livre, cheguem à conclusão idêntica¹⁹. Deste modo, o reconhecimento dos fardos do juízo contribui para a

¹⁵ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília: Ática, 2000, p. 93.

¹⁶ Essa idéia de reciprocidade já estava presente, de uma certa maneira, no pensamento de Rousseau: “De qualquer lado que abordermos nosso princípio, chegaremos à mesma conclusão: a de que o pacto social estabelece entre cidadãos uma igualdade de tal tipo que todos se comprometem a observar as mesmas condições e todos devem, portanto, desfrutar dos mesmos direitos”. V. MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 221.

¹⁷ O autor chega a afirmar que muitas pessoas levam em conta somente seus próprios interesses, bem como podem adotar posições irracionais ou pouco inteligentes, mas isso, por si só, não justificaria o desacordo razoável: “não negamos, evidentemente, que preconceitos e predisposições, interesses pessoais e grupais, cegueira e obstinação desempenham um papel por demais conhecido na vida política. Mas essas fontes de discordância não-razoável encontram-se em nítido contraste com aquelas que são compatíveis com a plena razoabilidade de todos”. RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília: Ática, 2000, p. 102.

¹⁸ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília: Ática, 2000, p. 99.

¹⁹ A dificuldade na obtenção de um consenso já foi referido por vários autores, como demonstra OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom (Eds.). *Dicionário do pensamento social do século XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 131: “A palavra consenso foi introduzida na linguagem das ciências sociais por Auguste Comte, no século XIX. Ele

importante noção democrática de tolerância, sendo a base do pluralismo social²⁰. Neste sentido, Rawls afirmava que:

“As doutrinas religiosas e filosóficas expressam visões de mundo e de nossa vida uns com os outros, individual e coletivamente, como um todo. Nossos pontos de vista individuais e associativos, afinidades intelectuais e ligações afetivas são diversificadas demais, principalmente numa sociedade livre, para que essas doutrinas possam servir de base para um acordo político duradouro e razoável”²¹.

A comprovação do fato de que as pessoas não conseguem chegar às mesmas conclusões, mesmo após discussão livre, pode ser observado no próprio julgamento da ADI nº 3.510. Tendo em vista a relevância da matéria, o Relator do processo, Min. Carlos Ayres Britto, determinou a realização de uma audiência pública, nos termos do autorizado na Lei nº 9.868/99²². Ficou clara nessa audiência a impossibilidade de consenso absoluto, haja vista os fardos do juízo, como demonstra o relatório elaborado pelo Min. Carlos Ayres Britto:

concebeu o conceito como o cimento indispensável sobre o qual qualquer estrutura social deve repousar. Acreditava que, para que a sociedade não se transformasse num amontoado de indivíduos, devia basear-se no consenso de uma comunidade moral de indivíduos de igual pensamento e igual sentimento. Cientistas sociais posteriores tenderam a seguir os passos de Comte, tentando ao mesmo tempo tornar a sua rigidez analítica mais flexível. Enfatizaram, por exemplo, que em nenhuma sociedade, por mais consensual que seja, tal consenso será igualmente compartilhado por todos os membros componentes. Nem é possível esperar que todos os membros de um grupo ou sociedade venham efetivamente a desejar participar das tomadas de decisões. Nem, por outro lado, todos os grupos ou indivíduos são sempre capazes de fazer com que suas vozes sejam ouvidas no debate público. Pode ocorrer que o que se apresenta como consenso geral seja apenas o consenso daqueles a quem é permitido participar do jogo político”.

²⁰ Sobre as decisões de difícil consenso na sociedade, manifestou-se nos seguintes termos o Min. Gilmar Mendes em seu voto: “Delimitar o âmbito de proteção do direito fundamental à vida e à dignidade humana e decidir questões relacionadas ao aborto, à eutanásia e à utilização de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia são, de fato, tarefas que transcendem os limites do jurídico e envolvem argumentos de moral, política e religião que vêm sendo debatidos há séculos sem que se chegue a um consenso mínimo sobre uma resposta supostamente correta para todos (...) Com todo o desenvolvimento do pensamento e do conhecimento humano, não é possível vislumbrar qualquer resposta racionalmente aceitável de forma universal, seja pela ciência ou pela religião, seja pela filosofia ou pelo imaginário popular. Se podemos tirar alguma lição das múltiplas teorias e concepções e de todo o infindável debate que se produziu sobre temas como o aborto, a eutanásia e as pesquisas com embriões humanos, é que não existem respostas moralmente corretas e universalmente aceitáveis sobre tais questões”. MENDES, Gilmar. Voto proferido no julgamento da ADI nº 3510. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>. Acesso em: 25.10.2010.

²¹ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília: Ática, 2000, p. 102.

²² Lei nº 9.868/99, art. 9º, §1º: “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais,

“Dando-se que, no dia e local adrede marcados, 22 (vinte e duas) das mais acatadas autoridades científicas brasileiras subiram à tribuna para discorrer sobre os temas agitados nas peças jurídicas de origem e desenvolvimento da ação constitucional que nos cabe julgar. (...) cuja duração foi em torno de 8 horas. Pois bem, da reprodução gráfica, auditiva e visual dessa tão alongada quanto substanciosa audiência pública, o que afinal se percebe é a configuração de duas nítidas correntes de opinião. Correntes que assim me parecem delineadas: I – uma, deixando de reconhecer às células-tronco embrionárias virtualidades, ao menos para fins de terapia humana, superiores às das células-tronco adultas. Mesma corrente que atribui ao embrião uma progressiva função de *auto-constitutividade* que o torna protagonista central do seu processo de hominização, se comparado com o útero feminino (cujo papel é de coadjuvante, na condição de *habitat*, ninho ou ambiente daquele, além de fonte supridora de alimento). Argumentando, sobremais, que a retirada das células-tronco de um determinado embrião *in vitro* destrói a unidade, o personalizado conjunto celular em que ele consiste. O que já corresponde à prática de um mal disfarçado aborto, pois até mesmo no produto da concepção em laboratório já existe uma criatura ou organismo humano que é de ser visto como se fosse aquele que surge e se desenvolve no corpo da mulher gestante. Criatura ou organismo, ressalte-se, que não irrompe como um simples projeto ou u’a mera promessa de pessoa humana, somente existente de fato quando ultimados, com êxito, os trabalho de parto. Não! Para esse bloco de pensamento (estou a interpretá-lo), a pessoa humana é mais que individualidade protraída ou adiada para o marco factual do parto feminino. A pessoa humana em sua individualidade genética e especificidade ôntica já existe no próprio instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino. Coincidindo, então, concepção e personalidade (qualidade de quem é pessoa), pouco importando o processo em que tal concepção ocorra: se artificial ou *in vitro*, se natural ou *in vida*. O que se diferencia em tema de configuração da pessoa humana é tão-somente uma quadra existencial da outra. Isto porque a primeira quadra se inicia com a concepção e dura enquanto durar a gestação feminina, compreendida esta como um processo contínuo, porque abrangente de todas as fases de vida humana pré-natal. A segunda quadra, a começar quando termina o parto (desde que realizado com êxito, já dissemos, porque aí já se tem um ser humano *nativivo*). Mas em ambos os estádios ou etapas do processo a pessoa humana já existe e é merecedora da mesma atenção, da mesma reverência, da mesma proteção jurídica. Numa síntese, a idéia do zigoto ou óvulo feminino já fecundado como simples embrião de uma pessoa humana é reducionista, porque o certo mesmo é vê-lo como um ser humano embrionário. Uma pessoa no seu estádio de embrião, portanto, e não um embrião a caminho de ser pessoa. II - a outra corrente de opinião é a que investe, entusiasticamente, nos experimentos científicos com células-tronco extraídas ou retiradas de embriões humanos.

designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

Células tidas como de maior plasticidade ou superior versatilidade para se transformar em todos ou quase todos os tecidos humanos, substituindo-os ou regenerando-os nos respectivos órgãos e sistemas. Espécie de apogeu da investigação biológica e da terapia humana, descortinando um futuro de intenso brilho para os justos anseios de qualidade e duração da vida humana. Bloco de pensamento que não padece de dores morais ou de incômodos de consciência, porque, para ele, o embrião *in vitro* é uma realidade do mundo do ser, algo vivo, sim, que se põe como o lógico início da vida humana, mas nem em tudo e por tudo igual ao embrião que irrompe e evolui nas entranhas de u'a mulher. Sendo que mesmo a evolução desse último tipo de embrião ou zigoto para o estado de feto somente alcança a dimensão das incipientes características físicas e neurais da pessoa humana com a meticulosa colaboração do útero e do tempo. Não no instante puro e simples da concepção, abruptamente, mas por uma engenhosa metamorfose ou *laboriosa parceria* do embrião, do útero e do correr dos dias. O útero passando a liderar todo o complexo processo de gradual conformação de uma nova individualidade antropomórfica, com seus desdobramentos ético-espirituais; valendo-se ele, útero feminino (é a leitura que faço nas entrelinhas das explanações em foco), de sua tão mais antiga quanto insondável experiência afetivo-racional com o cérebro da gestante. Quiçá com o próprio cosmo, que subjacente à cientificidade das observações acerca do papel de liderança do útero materno transparece como que uma aura de exaltação da mulher – e principalmente da mulher-mãe ou em vias de sê-lo – como portadora de um sexto sentido existencial já situado nos domínios do inefável ou do indizível. Domínios que a própria Ciência parece condenada a nem confirmar nem desconfirmar, porque já pertencentes àquela esfera ôntica de que o gênio de William Shakespeare procurou dar conta com a célebre sentença de que 'Entre o céu e a terra há muito mais coisa do que supõe a nossa vã filosofia' (Hamlet, anos de 1600/1601, Ato I, Cena V)²³.

Da idéia de tolerância exposta por Rawls, conclui-se ainda que não seria "razoável que usemos o poder político, se dispusermos dele ou o compartilharmos com outros, para reprimir visões abrangentes que não deixam de ser razoáveis"²⁴. Em outras palavras: não é razoável usar sanções do poder do Estado para corrigir aqueles que discordam de certa doutrina abrangente²⁵. Neste sentido, manifestou-se a Min. Ellen Gracie, ao afirmar em seu voto que

²³ V. BRITTO, Carlos Ayres. Voto proferido no julgamento da ADI nº 3510. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoinside=2299631>. Acesso em: 25.10.2010.

²⁴ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília: Ática, 2000, p. 105.

²⁵ Vale ressaltar que Tocqueville demonstrava preocupação com a "tirania de muitos", nos seguintes termos: "soberania popular não significa tirania de muitos, anarquia ou, muito menos, permissão para o aflorar dos individualismos egoístas. (...) Essa soberania esbarra numa limitação: a justiça. Nem tudo está autorizado em nome da soberania popular". V. BITTAR, Eduardo C. B. *Doutrinas e filosofias políticas: contribuições para a história das idéias políticas*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 208.

“equivocam-se aqueles que enxergam nesta Corte a figura de um árbitro responsável por proclamar a vitória incontestável dessa ou daquela corrente científica, filosófica, religiosa, moral ou ética sobre todas as demais”. Vale ressaltar que é justamente essa postura, que tenta se basear em uma concepção neutra de justiça e não pretende afirmar uma verdade absoluta, que garante aos indivíduos liberdade dentro de uma sociedade.

Desenvolvendo melhor a questão, vale destacar que, adotando-se o ponto de vista do autor, podemos afirmar que a posição do STF, pela constitucionalidade da Lei nº 11.105/05, foi a mais acertada, sobretudo porque o art. 5º, § 1º da referida norma exige o consentimento dos genitores que irão doar material, qual seja, os embriões congelados. Deste modo, estaríamos garantindo a tolerância ao permitir que os genitores se pautem conforme sua doutrina abrangente nesta questão. Pensar-se de forma diferente traria conclusão justamente oposta ao que é defendido por Rawls, que assim afirmava:

“os cidadãos, em sua condição de livres e iguais, têm uma participação igual no poder coletivo político e coercitivo da sociedade, e todos estão igualmente à mercê dos limites do juízo. Não há razão, portanto, para qualquer cidadão ou associação de cidadãos ter o direito de empregar o poder coercitivo do Estado para decidir fundamentos constitucionais ou questões básicas de justiça segundo as diretrizes da doutrina abrangente desse cidadão ou associação de cidadãos. Isso pode ser expresso da seguinte forma: quando igualmente representados na posição original, nenhum representante dos cidadãos pode outorgar a qualquer outra pessoa, ou associação de pessoas, a autoridade política para fazer isso. (...) O que deve ser proposto é, em vez disso, uma forma de tolerância e liberdade de pensamento coerente com a argumentação acima”²⁶.

Outro ponto importante é a questão de que a Lei de Biossegurança prevê a utilização de embriões inviáveis ou congelados há três anos ou mais²⁷. Assim, se analisarmos a posição original, podemos dizer que os interesses dos deficientes físicos – potenciais beneficiários dos resultados com as pesquisas – teriam sido levados em consideração para a elaboração desta previsão normativa, mas sem deixar em aberto a possibilidade para abusos nas pesquisas. Tal

²⁶ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília: Ática, 2000, p. 106.

²⁷ Nos termos do voto da Min. Ellen Gracie: “Outra limitação relevante é a definição de qual universo de embriões humanos poderão ser utilizados: somente aqueles que, produzidos por fertilização *in vitro* – técnica de reprodução humana assistida – não são aproveitados no respectivo tratamento. Fica clara, portanto, a opção legislativa em dar uma destinação mais nobre aos embriões excedentes fadados ao perecimento. Por outro lado, fica afastada do ordenamento brasileiro qualquer possibilidade de fertilização de óvulos humanos com o objetivo imediato de produção de material biológico para o desenvolvimento de pesquisas, sejam elas quais forem”. GRACIE, Ellen. Voto proferido no julgamento da ADI nº 3510. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoinside=2299631>. Acesso em: 25.10.2010.

previsão é possível na medida em que a justiça como equidade possui um importante fator distributivo, incluído nos princípios de justiça²⁸.

Já o interesse dos embriões não implantados no útero da mulher – a par de toda a discussão que foi travada no julgamento da ADI nº 3.510 acerca do início da vida, que não pretendemos adentrar por muito complexa e fora do escopo deste trabalho – não estaria abarcado na posição original, tendo em vista que estes não seriam parte da sociedade imaginada por Rawls, sobretudo no que diz respeito aos embriões inviáveis.

Do ponto de vista da obra do autor, seria possível discutir se os fetos, no útero materno, teriam seus interesses observados na posição original, havendo polêmica na análise desse ponto. Contudo, no que diz respeito a embriões inviáveis ou que nunca chegariam a ser implantados, parece ser mais fácil a resposta no sentido de que não estariam abarcados pelo esquema teórico do autor, como podemos aferir da seguinte passagem: “os termos equitativos da cooperação social são concebidos como um acordo entre as pessoas envolvidas, isto é, entre cidadãos livres e iguais, *nascidos numa sociedade em que passam sua vida*”²⁹.

Prosseguindo na análise, vale ressaltar que a conclusão pela prevalência do interesse dos deficientes também não estaria revestida de uma carga essencialmente utilitarista³⁰, mas sim se fundamentando no recurso da posição original³¹, a partir da qual a melhoria da qualidade de

²⁸ Rawls, ao tratar dos bens primários, comenta que estes seriam: “os mesmos direitos, liberdades e oportunidades básicos, e os mesmos meios polivalentes, tais como renda e riqueza, juntamente com todos os outros, tudo isso sustentado pelas mesmas bases sociais de auto-respeito. Esses bens, a meu ver, são coisas de que os cidadãos necessitam como pessoas livres e iguais, e as exigências acerca desses bens são consideradas exigências válidas”. RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília: Ática, 2000, p. 228.

²⁹ V. RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília: Ática, 2000, p. 66.

³⁰ Até porque, como já referido, John Rawls efetuava duras críticas ao Utilitarismo, como na seguinte passagem: “Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por essa razão, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a uns poucos tenham menos valor que o total maior das vantagens desfrutadas por muitos. Portanto numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis; os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais. A única coisa que nos permite aceitar uma teoria errônea é a falta de uma teoria melhor; de forma análoga, uma injustiça é tolerável somente quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior. Sendo virtudes primeiras das atividades humanas, a verdade e a justiça são indisponíveis”. RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 38.

³¹ Ao falar sobre a análise feita pelas partes na posição original, Rawls afirma: “Estipulamos que as partes avaliam os princípios existentes estimando em que medida eles garantem os bens primários essenciais à realização dos interesses de ordem superior da pessoa para quem cada uma age como representante. (...) Para identificar os bens primários, examinamos as condições sociais básicas e meios polivalentes genéricos normalmente necessários para desenvolver e exercer as duas capacidades morais e para a busca eficaz de concepções do bem com teores muito diferentes. (...) os bens primários são especificados de modo que sejam incluídos fatores como os direitos e liberdades básicos compreendidos pelo primeiro princípio de justiça – a liberdade de movimento –, a livre escolha da ocupação,

vida dos deficientes seria, sem dúvida, um interesse legítimo³². Como afirma o autor: “as partes procuram garantir as condições políticas e sociais para que os cidadãos possam perseguir seu bem e exercer as capacidades morais que os caracterizam como livres e iguais”³³.

A preocupação de Rawls em garantir a capacidade dos indivíduos para se tornarem membros cooperativos da sociedade, bem como a igualdade, é de tal ordem que, quando a incapacidade da pessoa a mantém abaixo da linha do mínimo essencial, inclusive nos casos de doença ou fatalidade das capacidades físicas naturais, seus interesses devem ser priorizados pelo legislador, nos seguintes termos:

“As variações que situam alguns cidadãos abaixo da linha divisória, em consequência de doença ou fatalidade (...) podem ser resolvidas, a meu ver, no estágio legislativo, quando a ocorrência desses infortúnios e seus tipos é conhecida e os custos de seu tratamento podem ser verificados e computados nos gastos totais do governo. O objetivo é recuperar a saúde das pessoas por meio do tratamento médico, para que possam voltar a ser membros plenamente cooperativos da sociedade”³⁴.

A realização de audiência pública e a participação dos *amici curiae*, que se tornaram de grande importância para o debate e a correta análise pelo Tribunal da hipótese³⁵, estariam

protegida pela igualdade equitativa de oportunidade na primeira parte do segundo princípio, e renda e riqueza, assim como as bases sociais do auto-respeito”. RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília: Ática, 2000, p. 120-121.

³² O Relator da ADI, Min. Carlos Ayres Britto, demonstra a importância deste interesse, ao afirmar que as pesquisas com células-tronco: “vêm se somar em prol do mesmo objetivo de enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (...) Contingente em torno de 5 milhões, somente para contabilizar os ‘brasileiros que sofrem de algumas doenças genéticas graves’”. BRITTO, Carlos Ayres. Voto proferido no julgamento da ADI nº 3510. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoinscidente=2299631>. Acesso em: 25.10.2010.

³³ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília: Ática, 2000, p. 121.

³⁴ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília: Ática, 2000, p. 232.

³⁵ Como afirmou o Min. Gilmar Mendes em seu voto: “O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos *amici curiae*, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um *espaço democrático*. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas”. MENDES, Gilmar. Voto proferido no julgamento da ADI nº 3510. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoinscidente=2299631>. Acesso em: 25.10.2010.

igualmente justificadas pelo pensamento de Rawls, tendo em vista que “numa cultura democrática, esperamos e, mais do que isso, desejamos que os cidadãos se preocupem com suas liberdades e oportunidades básicas, a fim de desenvolver e exercer suas capacidades morais, e de procurar realizar suas concepções do bem”³⁶.

Inclusive no que diz respeito às organizações religiosas, devemos levar em conta que essas são doutrinas abrangentes razoáveis³⁷. Tais associações, portanto, seriam igualmente legítimas para discutir os pontos da questão. Merece ressalva, entretanto, a necessidade de que seus argumentos devem ter por fundamento principal o aspecto político³⁸. Rawls complementa afirmando que “numa democracia constitucional, a concepção pública de justiça deve ser, tanto quanto possível, apresentada como independente das doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes”³⁹. Inclusive, esta cautela parece ter sido observada no caso concreto, tendo em vista que Claudio Fonteles, autor da ação, não obstante ser católico e sua convicção pessoal (ou seja, sua doutrina abrangente) ser deliberadamente contrária às pesquisas com células-tronco⁴⁰, procurou fundamentar seu pedido com argumentos de ordem jurídica e técnica⁴¹.

³⁶ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília: Ática, 2000, p. 121.

³⁷ Muito interessante é a ponderação feita pelo Min. Eros Grau em seu voto: “Estou convencido de que, ao contrário do que se afirmou mais de uma vez, o debate instalado ao redor do que dispõe a Lei n. 11.105 não opõe ciência e religião, porém religião e religião. Alguns dos que assumem o lugar de quem fala e diz pela Ciência são portadores de mais certezas do que os líderes religiosos mais conspicuos. Portam-se, alguns deles, com arrogância que nega a própria Ciência, como que supondo que todos, inclusive os que cá estão, fossemos parvos. Como todas as academias de ciência são favoráveis as pesquisas de que ora se cuida, já esta decidido. Nada mais teríamos nos a deliberar”. V. GRAU, Eros. Voto proferido no julgamento da ADI nº 3510. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoinscidente=2299631>. Acesso em: 25.10.2010.

³⁸ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília: Ática, 2000, p. 183: “as questões sobre os fundamentos constitucionais e as questões de justiça básica devem, tanto quanto possível, ser resolvidas unicamente por meio do apelo a valores políticos”.

³⁹ V. RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília: Ática, 2000, p. 190.

⁴⁰ Um exemplo foi a entrevista concedida por Claudio Fonteles à Revista IHU, disponível em http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_tema_capa&Itemid=23&task=detalhe&id=849, de onde destacamos o seguinte trecho: “O papel e o poder de decisão do Estado deve se dar nos parâmetros jurídicos. Na nossa conversa, eu estou mostrando que minha argumentação não tem nada de fundo religioso. Ela é assentada em dois princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana e inviolabilidade da vida da pessoa humana e, a partir daí, esses princípios refletem uma opção ética do estado brasileiro – porque o estado precisa ser ético, mas não religioso”. Acesso em 3 out. 2009.

⁴¹ O Min. Marco Aurélio, em seu voto, destaca que “devem-se colocar em segundo plano paixões de toda ordem, de maneira a buscar a prevalência dos princípios constitucionais. Opiniões estranhas ao Direito por si sós não podem prevalecer, pouco importando o apego a elas por aqueles que as veiculam”. AURÉLIO, Marco. Voto proferido no julgamento da ADI nº 3510. Disponível em:

Em conclusão, numa sociedade democrática, será necessário um termo de consenso a assegurar estabilidade, ou seja, um *consenso sobreposto*. A discussão pública, como travada neste caso, é muito importante, tendo em vista que promove o diálogo entre grupos que professam doutrinas abrangentes diversas, forçando o desenvolvimento de concepções políticas cujos termos possam ser justificados de maneira mais ampla⁴². Tal participação se torna ainda mais relevante em razão dos novos e frequentes problemas com fundamento constitucional. Por fim, Rawls afirma:

"Enquanto razoáveis e racionais, e sabendo-se que endossam uma grande diversidade de doutrinas religiosas e filosóficas razoáveis, os cidadãos devem estar dispostos a explicar a base de suas ações uns para os outros em termos que cada qual razoavelmente espere que outros possam aceitar, por serem coerentes com a liberdade e igualdade dos cidadãos. Procurar satisfazer essa condição é uma das tarefas que esse ideal de política democrática exige de nós"⁴³.

1.Considerações Finais

Procuramos, neste breve trabalho, analisar o julgamento da ADI nº 3.510, concluído pelo Supremo Tribunal Federal em 2008, bem como alguns dispositivos da Lei nº 11.105/05 – também conhecida como *Lei de Biossegurança*, à luz do pensamento de John Rawls. Tendo em vista a relevância da matéria em estudo, que vem sendo questionada em todo o mundo, o debate no Brasil foi ampliado pelo Supremo Tribunal Federal, permitindo uma maior participação da sociedade.

Ao longo do artigo foram brevemente apresentados pontos importantes da teoria do Rawls, justificando questões importantes do julgamento, dentre os quais destacamos:

- (i) o posicionamento do STF no sentido da constitucionalidade da norma questionada estaria em conformidade com a idéia democrática de tolerância de Rawls;
- (ii) a legitimidade das reivindicações dos deficientes físicos, que teriam seus interesses abarcados pelos princípios de justiça e pela concepção de posição original do autor, foram observados no caso; e
- (iii) a grande importância da manifestação dos *amici curiae* no debate, tanto aqueles relacionados com a defesa das pesquisas, quanto aqueles que se

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>. Acesso em: 25.10.2010.

⁴² RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília: Ática, 2000, p. 212.

⁴³ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília: Ática, 2000, p. 267.

mostravam contrários, inclusive por razões religiosas, tudo na busca do consenso sobreposto.

Sendo assim, concluímos pelo acerto da decisão do Supremo Tribunal Federal na análise deste importante paradigma⁴⁴.

2.Referências

ALMEIDA, Eloísa Machado de; VIVAS, Marcelo Dayrell; ZYLBERSZTAJN, Joana. Petição apresentada em nome de *Conectas Direitos Humanos* e *CDH* na ADI nº 3510. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>. Acesso em: 24.10.2010.

ARNAUD, André-Jean (Dir.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

AURÉLIO, Marco. *Voto proferido no julgamento da ADI nº 3510*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>. Acesso em: 25.10.2010.

BARBOSA, Joaquim. *Voto proferido no julgamento da ADI nº 3510*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>. Acesso em: 25.10.2010.

BARROSO, Luís Roberto. A defesa da constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, v. 86, 2008, p. 41-64.

_____. *Petição apresentada em nome de Movitae na ADI nº 3510*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>. Acesso em: 24.10.2010.

BITTAR, Eduardo C. B. *Doutrinas e filosofias políticas: contribuições para a história das idéias políticas*. São Paulo: Atlas, 2002.

BRITTO, Carlos Ayres. *Voto proferido no julgamento da ADI nº 3510*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>. Acesso em: 25.10.2010.

⁴⁴ Vale ressaltar que, ainda em 2008, foi divulgado, no Simpósio de Terapia Celular em Curitiba, o desenvolvimento da primeira linhagem de células-tronco embrionárias humanas produzidas no Brasil. O resultado foi obtido mediante pesquisas do Instituto de Biociências da Universidade de São Paulo em parceria com o Programa de Oncobiologia da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pela primeira vez no país, foi possível remover células-tronco de um embrião e fazer com que essas células se multiplicassem *in vitro*.

DINIZ, Débora. *Petição apresentada em nome de Anis na ADI nº 3510*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>. Acesso em: 24.10.2010.

DIREITO, Menezes. *Voto proferido no julgamento da ADI nº 3510*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>. Acesso em: 25.10.2010.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2003.

FONTELES, Cláudio. *Petição inicial apresentada na ADI nº 3510*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>. Acesso em: 24.10.2010.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRACIE, Ellen. *Voto proferido no julgamento da ADI nº 3510*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>. Acesso em: 25.10.2010.

GRAU, Eros. *Voto proferido no julgamento da ADI nº 3510*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>. Acesso em: 25.10.2010.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

LEWANDOWSKI, Ricardo. *Voto proferido no julgamento da ADI nº 3510*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>. Acesso em: 25.10.2010.

LOCKE, John. *Cartas sobre tolerância*. São Paulo: Ícone, 2004.

LÚCIA, Carmen. *Voto proferido no julgamento da ADI nº 3510*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>. Acesso em: 25.10.2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; REZEK, Francisco; SOUZA, Fatima Fernandes. *Petição apresentada em nome de CCBB na ADI nº 3510*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>. Acesso em: 24.10.2010.

MELLO, Celso. *Voto proferido no julgamento da ADI nº 3510*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>. Acesso em: 25.10.2010.

MENDES, Gilmar. *Voto proferido no julgamento da ADI nº 3510*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>. Acesso em: 25.10.2010.

MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. *Rawls*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom (Eds.). *Dicionário do pensamento social do século XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

PELUSO, Cezar. *Voto proferido no julgamento da ADI nº 3510*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>. Acesso em: 25.10.2010.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília: Ática, 2000.

_____. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SAMIR, Dessbesel Ferreira. *O construtivismo kantiano na teoria da justiça como equidade de John Rawls*. Dissertação de mestrado em filosofia defendida na Universidade Federal de Santa Maria, RS, 2006.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Teoria da Justiça de John Rawls. *Revista de Informação Legislativa*, nº 138, abr./jun. 1998, p. 193-212.

1. Anexo – Ementa e Acórdão⁴⁵

"CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO

⁴⁵ Publicado em 28.05.2010, DJ2 096, Vol. 2403-01, pp. 134.

DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. As "células-tronco embrionárias" são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou "in vitro", e não espontaneamente ou "in vida". Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares. II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião "in vitro", porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello). III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe

sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto." (Ministro Celso de Mello).

V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos

princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição.

VI - DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA. O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à "SAÚDE" (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194). Saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental.

VII - O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICAÇÃO DESSA LIBERDADE. O termo "ciência", enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora

do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os mistérios da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de nº IV do título VIII). A regra de que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidade jurídica (Ministra Cármen Lúcia). VIII - SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regulação legal a salvo da mácula do açodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas. IX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente.

Decisão: Após os votos do Senhor Ministro Carlos Britto (relator) e da Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente), julgando improcedente a ação direta, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Falaram: pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza; pelo amicus curiae Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB, o Professor Ives Gandra da Silva Martins; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro José Antônio Dias Toffoli; pelo requerido, Congresso Nacional, o Dr. Leonardo Mundim; pelos amici curiae Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos - CDH, o Dr. Oscar Vilhena Vieira e, pelos amici curiae Movimento em Prol da Vida - MOVITAE e ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, o Professor Luís Roberto Barroso. Plenário, 05.03.2008.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Menezes Direito e Ricardo Lewandowski, julgando parcialmente procedente a ação direta; dos votos da Senhora Ministra Cármen Lúcia

e do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, julgando-a improcedente; e dos votos dos Senhores Ministros Eros Grau e Cezar Peluso, julgando-a improcedente, com ressalvas, nos termos de seus votos, o julgamento foi suspenso. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 28.05.2008.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, julgou improcedente a ação direta, vencidos, parcialmente, em diferentes extensões, os Senhores Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 29.05.2008”.

Panorama jurídico ambiental da comercialização de produtos e subprodutos da fauna silvestre brasileira: procedimentos, competência e responsabilidades

Felipe Moretti Laport*

Introdução

O comércio de animais, de produtos e de subprodutos oriundos da fauna silvestre, é permitido pela legislação brasileira. Contudo, faz-se necessário observar uma série de requisitos e procedimentos para seu apropriado exercício. Igualmente, deve-se atentar para as regras de competência que delimitam o assunto e estar a par das eventuais responsabilidades que está sujeito o empreendedor no caso de descumprimento da legislação.

Assim, o objetivo deste trabalho é estabelecer a conjuntura normativo ambiental da atividade de comercialização de produtos e subprodutos da fauna silvestre brasileira sob o prisma de três aspectos relevantes: procedimentos, competência e responsabilidades nos três âmbitos.

Procedimento para o Adequado Comércio de Produtos e Subprodutos da Fauna Silvestre

De acordo com o art. 3º, §1º da Lei n. 5.197/67 – “Código de Caça”, o comércio de fauna silvestre⁴⁶ e seus produtos no Brasil é permitido somente quando devidamente legalizado. Nesse caso, considerando que a legislação brasileira proíbe o comércio de animais da fauna silvestre oriundos de caça, perseguição, destruição ou apanha, a única forma de aquisição será por meio de criadouros devidamente autorizados pelo IBAMA.

⁴⁶ “Fauna silvestre: termo que compreende e abrange a fauna silvestre nativa e a fauna silvestre exótica” – Instrução Normativa IBAMA n. 169/2008, art. 1º, XVI.

Partindo-se da premissa que o interessado em exercer tal atividade tenha adquirido parcialmente ou em sua totalidade produto da fauna silvestre⁴⁷ de criadouro devidamente autorizado, passa-se a analisar os requisitos necessários para a comercialização dos produtos beneficiados (classificados pela legislação como subproduto da fauna silvestre⁴⁸).

Registro Junto ao IBAMA

A Instrução Normativa IBAMA n. 117/1997 determina que a pessoa jurídica que pretenda comercializar animais vivos, abatidos, partes e produtos, deverá necessariamente registrar-se no IBAMA na categoria de "Comerciante de Espécimes da Fauna Silvestre Brasileira e Exótica, Partes e Produtos".

Com o advento da Lei n. 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) e da Instrução Normativa IBAMA n. 31/2009, grande parte dos cadastros requeridos pelo IBAMA passaram a ficar concentrados no instrumento do Cadastro Técnico Federal⁴⁹ (CTF), que após uma série de revisões, passou a funcionar *online*, através do site do IBAMA.

Além do mais, o art. 10, III, da Instrução Normativa IBAMA n. 06/2013 obriga às pessoas físicas e jurídicas que queiram comercializar produtos ou subprodutos da fauna à inscrição no CTF/APP.

O registro acima mencionado deverá ser iniciado por meio do preenchimento de formulário via internet que exigirá, dentre outros, indicação das atividades realizadas, porte da empresa, responsável pelo registro, etc. Dependendo da atividade, outras informações poderão ser solicitadas (*i.e.* declaração de aquisição de animais vivos, abatidos, partes e produtos e subprodutos), bem como poderá ser exigida sua comprovação por meio da apresentação de documentos junto à Superintendência do IBAMA competente.

⁴⁷ "Parte ou produto da fauna silvestre: pedaço ou fração de um elemento de origem animal, que não tenha sido beneficiado a ponto de alterar sua característica, forma ou propriedade primária, como por exemplo: carcaça, carne, víscera, gordura, ovo, asa, pele, pêlo, pena, pluma, osso, chifre, corno, sangue, glândula, veneno, entre outros;" – Instrução Normativa IBAMA n. 169/2008, art. 1º, XXII.

⁴⁸ "Subproduto da fauna silvestre: pedaço ou fração de um elemento de origem animal beneficiado a ponto de alterar sua característica, forma ou propriedades primárias" – Instrução Normativa IBAMA n. 169/2008, art. 1º, XXIV.

⁴⁹ "Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras e Utilizadoras de Recursos Ambientais - CTF/APP: o cadastro que contém o registro das pessoas físicas e jurídicas que, em âmbito nacional, desenvolvem atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras de recursos ambientais, conforme art. 17, inciso II, da Lei n. 6.938, de 1981" – Instrução Normativa IBAMA n. 06/2013, art. 2º, IV.

Uma vez que tenha sido devidamente registrada junto ao CTF na categoria adequada, o empreendedor deverá cumprir as seguintes obrigações:

(i) Manutenção do CTF atualizado junto ao site do IBAMA (informando qualquer alteração pertinente – *i.e.* alteração no porte da empresa, alteração das atividades realizadas, etc.);

(ii) Pagamento trimestral da Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental (TCFA), caso exigido⁵⁰ (o boleto para pagamento deve ser emitido no site do IBAMA, bastando apenas informar o CNPJ da empresa registrada);

(iii) Envio de relatório anual (até 31 de março de cada ano) informando a quantidade de produtos beneficiados/comercializados por espécie, unidade de medida e destino (cf. art. 20 da Portaria IBAMA n. 117/1997).

Autorização de Manejo

A manutenção do CTF atualizado, bem como das obrigações acessórias ao registro, não autorizam, por si só, a realizar o comércio de subproduto da fauna silvestre. Em adição ao CTF, faz-se necessário requerer Autorização de Manejo de Fauna.

A Autorização de Manejo de Fauna (AM), segundo a Instrução Normativa IBAMA n. 169/2008, é o ato administrativo emitido pelo órgão ambiental competente que permite o manejo e o uso da fauna silvestre em conformidade com as categorias admitidas pela legislação em vigor.

A AM poderá ser requerida pelo empreendedor somente após registro no CTF - também será solicitada por meio do site do IBAMA - e será emitida pelo Sistema Nacional de Gestão de Fauna – SisFauna. O processo se iniciará por meio do preenchimento de formulário *online* que exigirá, dentre outros, informações sobre as espécies escolhidas e a localização do empreendimento.

A Instrução Normativa determina que, para obtenção da AM, os estabelecimentos comerciais de fauna silvestre que não comercializem animais vivos ou produtos perecíveis, mas apenas partes, produtos e subprodutos de animais silvestres, deverão informar as espécies a serem comercializadas e seus fornecedores.

⁵⁰ Para exercer “atividade de criação e exploração econômica de fauna exótica e de fauna silvestre - comércio de partes produtos e subprodutos” o pagamento da TCFA é exigido. No entanto, para “importação ou exportação da fauna silvestre exótica”, a taxa é dispensada, cf. Anexo I da Instrução Normativa IBAMA n. 06/2013.

Lembra-se, ainda, que os referidos estabelecimentos deverão manter no local do empreendimento as notas fiscais de comprovação de origem dos produtos adquiridos à disposição do Poder Público competente para vistoria, fiscalização ou auditoria.

Somente após a emissão da AM, a pessoa física ou jurídica estará autorizada a comercializar subprodutos da fauna silvestre. Observa-se que a AM deverá ser mantida em local visível pelos estabelecimentos que comercializarem os produtos.

Observações Adicionais: Regras Relativas aos Produtos

Após registro no CTF e obtenção da AM, o empreendedor deverá, ainda, obedecer a alguns parâmetros adicionais previstos na Instrução Normativa IBAMA n. 117/1997 para que seus produtos possam ser comercializados.

Emissão de Nota Fiscal: A legislação determina que o empreendedor que comercializar produto/subproduto de fauna silvestre deverá possuir Nota Fiscal contendo o número de registro no CTF junto ao IBAMA (da empresa e do fornecedor do produto) e especificação do produto e espécie comercializada (quantidade, unidade de medida e valor unitário). Sendo assim, o empreendedor deverá disponibilizar as cópias ou segundas vias das Notas Fiscais para possível fiscalização do IBAMA ou outros Órgãos Públicos.

Sistema de controle e marcação: Todos os produtos comercializados deverão possuir sistema de controle e marcação que poderá ser feito por meio de carimbo, etiqueta, lacre ou outro similar (que deverá ser previamente aprovado pelo IBAMA).

Selo de segurança: Os produtos deverão ser lacrados com selo de segurança, lacre ou carimbo, de forma que fique inutilizado na tentativa de retirada ou reutilização. Os selos de segurança deverão conter as seguintes informações: (i) a indicação de não remover; (ii) procedência (*i.e.*, nome do criadouro/comerciante/indústria); (iii) número de registro no IBAMA; (iv) data de fabricação; e (v) prazo de validade.

Encerramento das Atividades

Em consonância com os dispositivos da Instrução Normativa IBAMA n. 169/2008, no caso de encerramento de atividades relacionadas à utilização de fauna silvestre, o titular ou seus herdeiro/sucessor deverá solicitar o cancelamento da licença, autorização e/ou registro no IBAMA.

Em caso de transmissão da titularidade do empreendimento, o transmitente ou sucessor deverá solicitar ao IBAMA o cancelamento da AM. Nesse contexto, o novo titular

deverá registrar-se junto ao IBAMA, e, posteriormente, obter nova AM para que possa exercer a atividade.

Exportação de Produtos e Subprodutos da Fauna Silvestre

Preenchidas as condições para comercialização no mercado interno, caso o empreendedor opte por exportar seus produtos, outros requisitos deverão ser observados. Nesse sentido, a legislação brasileira possui regras específicas para a exportação de produtos e/ou subprodutos provenientes da fauna silvestre.

Assim como para o comércio, também para a exportação o empreendedor deverá estar registrado junto ao CTF, nesse caso, a categoria cadastrada deverá ser (a) importação ou exportação de fauna nativa brasileira, ou (b) importação ou exportação de fauna nativa exótica (dependendo da espécie utilizada).

Não será necessário requerer novo CTF específico para exportação. Na hipótese de o empreendedor também comercializar produtos da fauna silvestre no mercado interno, deverá apenas incluir uma nova atividade (como acima apresentado) em seu CTF.

Após inclusão da atividade de exportação no respectivo CTF, o empreendedor deverá requerer, segundo a Instrução Normativa IBAMA n. 140/2006, a Licença de Exportação para subproduto da fauna silvestre.

Nesse passo, todas as solicitações referentes à exportação deverão ser realizadas on-line via [site do IBAMA](#). Somente após a emissão da Licença de Exportação o empreendedor estará autorizado a exportar produtos oriundos da fauna silvestre.

Ademais, o requerimento de Licença de Exportação deverá ser solicitado por tipo de produto, individualmente considerado (*i.e.* bolsas e sapatos não poderão estar amparadas pela mesma Licença de Exportação).

A Convenção Sobre Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção

Cumpramos ressaltar que o Brasil é signatário da Convenção sobre Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção – CITES⁵¹. Desse modo, caso

⁵¹ A CITES foi aprovada no Brasil por meio do Decreto Legislativo n. 54/75 e promulgada pelo Decreto n. 76.623/75 (posteriormente tendo sido aprovada sua alteração pelo Decreto Legislativo n. 35/85 e promulgada pelo Decreto n. 92.446/86).

o produto e/ou subproduto exportado esteja classificado em um dos Anexos da CITES, sua exportação deverá seguir, além das regras fixadas pela legislação brasileira, os preceitos definidos na Convenção.

Nesse sentido, a lista atualizada dos Anexos da CITES – com base na XV Conferência das Partes da referida Convenção, realizada em março de 2010 – foi publicada por meio da Instrução Normativa do Ministério do Meio Ambiente n. 01/2010. No caso de espécies contidas no Anexo I e II, ambas estão sujeitas à obtenção de Licença de Exportação.

Apesar da análise do órgão ambiental (o IBAMA) ser diferenciada nos casos de requerimento para exportação de fauna silvestre contida em Anexo da CITES⁵², para o empreendedor, o procedimento, a rigor, é similar à solicitação de Licença para Exportação de fauna silvestre que não esteja contida em Anexo da CITES, conforme art. 3º da Instrução Normativa IBAMA n. 140/2006.

Desse modo, como dito anteriormente, o empreendedor deverá requerer a Licença de Exportação via site do IBAMA indicando que o produto ou subproduto é da espécie que faz parte do Anexo da CITES. Ressalta-se, ainda, que tais licenças terão validade de no máximo 6 (seis) meses e são intransferíveis.

Competência

Com efeito, após a publicação da Lei Complementar⁵³ n. 140/2011, o licenciamento ambiental sofreu importantes mudanças, mas, ao mesmo tempo, legitimou em alguns pontos a Resolução CONAMA n. 237/1997. Um desses pontos foi a competência atinente ao licenciamento ambiental do IBAMA, órgão ambiental constituído na forma de autarquia federal que representa os interesses da União. Confira o teor do art. 7º da referida Lei:

Art. 7º São ações administrativas da União:

XIV - promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades:

e) localizados ou desenvolvidos em 2 (dois) ou mais Estados

⁵² Nesse caso, a emissão de licença de exportação dependerá da (i) emissão de parecer, pela Autoridade Científica (que, no Brasil, é o IBAMA) atestando que a exportação não prejudicará a sobrevivência a espécie, e (ii) verificação pela Autoridade Administrativa (que, no Brasil, também é o IBAMA) se o transporte não causará danos ao espécime e se é legal sua aquisição.

⁵³ Fixou regras de cooperação entre os entes federativos no exercício da competência comum em matéria ambiental.

Além da previsão legal, o próprio IBAMA, por meio da Orientação Jurídica Normativa n. 43/2012/PFE, já se manifestou que o órgão: *"será competente, nesse caso, apenas se o empreendimento ou atividade for contemplado em ato do Poder Executivo (art. 7º, XIV, 'h') ou estiver, fisicamente, localizado ou desenvolvido em mais de um Estado ou extrapole os limites territoriais do país"*⁵⁴.

Dessa forma, como as normas para licenciamento ambiental valem também para autorização ambiental, será o IBAMA o órgão competente para emitir Autorização de Manejo para o empreendedor que deseje comercializar, de maneira interestadual ou para fora do País, produtos ou subprodutos da fauna silvestre.

No tocante ao julgamento de crimes ambientais em que estejam envolvidas as questões do comércio de produtos ou subprodutos da fauna silvestre brasileira, cumpre informar que, com o cancelamento da Súmula n. 91 do Superior Tribunal de Justiça ("STJ") – "Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra a fauna", a competência para processar e julgar crimes contra a fauna, em regra, agora é da Justiça Comum Estadual.

A Justiça Federal somente será competente para processar e julgar os crimes ambientais perpetrados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou suas autarquias ou empresas públicas⁵⁵.

Outra hipótese de competência da Justiça Federal seria a de *"crimes previstos em tratados ou convenções internacionais, como a Convenção sobre Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção, por tratar-se de uma convenção na qual o Brasil é signatário, desde, porém, que este crime tenha iniciado a execução no País, mas o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente (art. 109, V, c/c art. 6º, do Código Penal), à exemplo do tráfico internacional de animais, peles e couros de anfíbios e répteis em bruto"* (SANTANA, Heron José de. *Os crimes contra a fauna e a filosofia jurídica ambiental*. In: JÚNIOR, Jarbas Soares; Galvão, Fernando (Org.). *Direito Ambiental na Visão da Magistratura e do Ministério Público*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003. p. 326).

Responsabilização Pelo Não Cumprimento Da Legislação Ambiental

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, §3º, determina que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou

⁵⁴Disponívelem

http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=96663&id_site=1514 Acesso em 19.05.2013.

⁵⁵ STJ. Conflito de Competência n. 38.036/SP. 3.ª Seção. j. 26.03.2003. Rel. Min. Gilson Dipp.

jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Dessa forma, o descumprimento da legislação ambiental em vigor poderá ensejar responsabilização civil – nos casos em que houver dano –, administrativa e, em hipóteses mais específicas, penal.

Responsabilização Civil

Além da previsão constitucional acerca da obrigatoriedade do poluidor reparar os danos causados, a Lei n. 6.938/81 determina, em seu art. 14, §1º, que o poluidor⁵⁶ é obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente. Em outras palavras, a responsabilidade civil ambiental é objetiva (significa dizer que não depende de culpa) e, pela natureza do bem ambiental, imprescritível.

Associado ao conceito de responsabilidade, os Tribunais Superiores têm interpretado o conceito de poluidor – para fins do estabelecimento do nexo de causalidade – de forma ampla, como demonstrado a seguir:

Para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental, equiparam-se: quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem”⁵⁷.

Considerando o entendimento jurisprudencial acima exposto, existe a possibilidade do empreendedor, tanto pessoa física quanto pessoa jurídica, ser responsabilizado civilmente (i.e., pela reparação de danos) caso adquira, venda, exponha à venda, guarde, tenha em cativeiro ou depósito produto advindo da fauna silvestre de fornecedor que esteja em desacordo com a legislação ambiental e que tenha provocado danos ao meio ambiente.

Nessa linha, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (“TJ-MG”), ao apreciar ação civil pública movida pelo MPE/MG, entendeu haver dano ambiental, passível de indenização, para o caso do réu que mantinha em cativeiro animais da fauna silvestre sem autorização do IBAMA⁵⁸.

⁵⁶ “Poluidor: é a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental” (art. 3º, IV da Lei n. 6.938/81).

⁵⁷ REsp n. 650.728/SC, Min. Rel. Herman Benjamin, j. 23.10.07, DJE 02.12.09.

⁵⁸ AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FAUNA SILVESTRE. CATIVEIRO. DANO AMBIENTAL. REPARAÇÃO. Provado que o requerido mantinha animais da fauna silvestre em cativeiro, sem a necessária autorização do IBAMA,

Responsabilização Administrativa

A Lei n. 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais), em seu art. 70, classifica infração administrativa como toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

As infrações administrativas poderão ser punidas, dentre outras, com as seguintes sanções: advertência, multa (simples e diária), apreensão dos produtos, destruição/inutilização dos produtos, suspensão da venda/fabricação do produto, etc.

O Decreto n. 6.514/08 (Decreto que regulamenta a Lei de Crimes Ambientais) classifica como infração ambiental sujeita à responsabilização administrativa, dentre outras, a seguintes condutas:

Art. 66. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar estabelecimentos, atividades, obras ou serviços utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, em desacordo com a licença obtida ou contrariando as normas legais e regulamentos pertinentes: Multa de R\$ 500,00 a R\$ 10.000.000,00.

Art. 24. Matar, perseguir, caçar, apanhar, coletar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:

Multa de: I - R\$ 500,00 por indivíduo de espécie não constante de listas oficiais de risco ou ameaça de extinção; II - R\$ 5.000,00, por indivíduo de espécie constante de listas oficiais de fauna brasileira ameaçada de extinção, inclusive da Convenção de Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção - CITES.

§ 1º As multas serão aplicadas em dobro se a infração for praticada com finalidade de obter vantagem pecuniária.

§ 2º Na impossibilidade de aplicação do critério de unidade por espécime para a fixação da multa, aplicar-se-á o valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por quilograma ou fração.

§ 3º Incorre nas mesmas multas:

inquestionável a ocorrência de dano ao meio ambiente, não afastando a alegação de ignorância sobre a vedação legal. Possível a imposição de indenização ao dano ambiental em forma de pecúnia, fixando-se seu valor conforme os termos do art. 13, da Lei n. 7.347/85, adequando-a, contudo, à condição financeira do agente, de modo a evitar que a obrigação se torne inexequível (AC n. 1.0024.03.180111-1/001, Rel. do acórdão. Belizário de Lacerda, j. 10.10.2006, DJE. 07.12.2006).

III - quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade ambiental competente ou em desacordo com a obtida.

Art. 32. Deixar, o comerciante, de apresentar declaração de estoque e valores oriundos de comércio de animais silvestres: Multa de R\$ 200,00 a R\$ 10.000,00.

Nada obstante, a Instrução Normativa IBAMA n. 117/1997 dispõe que:

Art. 24. O criadouro, comerciantes ou indústria/beneficiamento que não cumprir o disposto nesta portaria, terá o objeto do comércio apreendido pelo IBAMA, ficando impossibilitado de novas aquisições ou transações comerciais até sua regularização.

Art. 25. Os inadimplentes ou reincidentes ficarão impossibilitados de comercializar os produtos, dando-se início ao processo de cancelamento do registro do estabelecimento.

Em relação à Licença de Exportação, a Portaria IBAMA n. 93/1998 determina que:

Art. 35. O descumprimento das normas desta Portaria implicará em penalidades administrativas, bem como o cancelamento do registro, retenção da licença e apreensão do produto objeto da transação, (...).

Dessa forma, fica evidente que caso o empreendedor fabrique, comercialize e/ou exporte produtos e/ou subprodutos da fauna silvestre em desacordo com a legislação ambiental, estará sujeito a pena de multa, apreensão e/ou inutilização dos produtos, cancelamento do registro, retenção da licença, bem como poderá ficar impedido de realizar novas transações até regularização da sua atividade.

Nesse sentido, convém mencionar o acórdão paulista que absolveu o réu na esfera criminal por insuficiência de provas, mas, manteve a multa ambiental (R\$ 7.562,12 – sete mil quinhentos e sessenta e dois reais e doze centavos) por comercializar produto de origem animal da fauna silvestre⁵⁹ (carne de capivara), em violação ao art. 3º da Lei n. 5.197/67.

⁵⁹ TJSP AC n. 0207295-32.2008.8.26.0000, Rel. Antonio Celso Cortez, j. 10.11.2011.

Em outubro de 2010, os fiscais do IBAMA no Estado da Bahia autuaram alguns supermercados em decorrência dos estabelecimentos estarem comercializando pescados, além de pneus, lubrificantes e produtos de panificação, sem possuir a inscrição no CTF. Diante das irregularidades, os fiscais aplicaram multa e apreenderam quase 3 (três) toneladas de pescados, 386 (trezentos e oitenta e seis) unidades de óleo lubrificante e 169 (cento e sessenta e nove) pneus.

Com isso, a Advocacia Geral da União (AGU) garantiu, judicialmente, a validade das penalidades aplicadas pelo IBAMA contra os estabelecimentos que comercializavam seus produtos sem autorização, oferecendo risco ao meio ambiente e aos seus consumidores⁶⁰.

Responsabilização Penal

Pessoas físicas e jurídicas podem responder por crimes ambientais. Para os indivíduos, a Lei n. 9.605/98 estabelece que *“quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la”* (art. 2º).

As pessoas jurídicas serão responsabilizadas criminalmente *“nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”* (art. 3º).

Abaixo, alguns exemplos de tipos penais extraídos da Lei n. 9.605/98 em que, em tese, haveria maior probabilidade de enquadramento de certo empreendedor que não cumpra as determinações fixadas na legislação ambiental:

Art. 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

⁶⁰ Disponível em

http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=161312&id_site=3. Acesso em 19.05.2013.

Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:

Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa.

Na hipótese de comprovação de tráfico de animais silvestres, os tribunais têm sido enérgicos no momento da aplicação da pena, tendo, inclusive, condenado à prisão preventiva: *“É triste que se tenha que prender o homem para sobreviver o animal, mas não se pode olvidar que preservar a fauna é preservar o equilíbrio ecológico e consequentemente a espécie humana, dependente que é de um meio ambiente equilibrado”*⁶¹. Em outros casos, a mercadoria comercializada (confeccionada com pele de jacaré) é apreendida pela fiscalização, em cumprimento ao poder de polícia do órgão ambiental competente⁶².

Conclusões

5.1. O procedimento para o correto exercício da atividade de comercialização de produtos e subprodutos da fauna silvestre brasileira é, em primeiro lugar, o registro junto ao CTF, estando

⁶¹ TRF2 HC/RJ n. 2009.02.01.006972-0, Rel. Des. Fed. Messod Azulay Neto, j. 16.06.2009. Dje 22.06.2009

⁶² Ementa: Apelação em Mandado de Segurança. Restituição de mercadorias confeccionadas com pele de jacaré. Contravenção Penal. Lei n. 5.197/67. Destinação comercial. Apreensão pela fiscalização. Poder de polícia. Direito líquido e certo. Necessidade de comprovação de plano mediante prova pré-constituída. Alegação de boa-fé afastada (TRF3 AMS n. 1999.03.99.036902-4, Rel. Des. Fed. Lisa Taubemblatt, j. 16.07.2008. Dje 25.07.2008).

sujeito ao pagamento de TCFA e a apresentação de relatório anual e, após, o requerimento de autorização de manejo de fauna.

5.2. No caso do empreendedor querer comercializar tais produtos/subprodutos para o mercado externo, poderá aproveitar seu CTF e deverá requerer Licença de Exportação. Se tais produtos/subprodutos estiverem contemplados nos anexos da CITES, deverá observar, as regras contidas também na Convenção.

5.3. O IBAMA é o órgão ambiental competente para emitir toda e qualquer autorização/licença para a correta legalidade da atividade de comércio de produtos ou subprodutos da fauna silvestre.

5.4. O empreendedor que não estiver em consonância com a legislação aplicável a comercialização de produtos/subprodutos da fauna silvestre poderá estar sujeito às responsabilidades no âmbito cível, administrativo e penal.

***Felipe Moretti Laport-Advogado. Pós Graduando em Gestão Executiva em Meio Ambiente pela COPPE/UFRJ. Bacharel em Direito pela PUC-Rio. Membro das Comissões de Direito Ambiental e de Direito Processual Civil do IAB.**

Doutrina

Novas questões de direito imobiliário: diálogo entre o direito imobiliário e o direito registral no âmbito da arbitragem interna⁶³.

"Ius est ars boni et aequi" – Celso citado por Ulpiano no Digesto, 533 d.C. (tradução: "**O direito é arte do bom e do justo**")⁶⁴.

Frederico Price Grechi*

1. Introdução

O Brasil, país pertencente ao agrupamento Brics⁶⁵, é, atualmente, a sexta maior economia do Mundo⁶⁶. No ano 2011, o crescimento e valorização imobiliária no Brasil foi o

⁶³ Este singelo estudo é dedicado ao advogado e Professor Dr. Darcy Bessone (*in memoriam*), ao advogado Dr. J. Nascimento Franco (*in memoriam*) e ao advogado Dr. Carlos Henrique Fróes, todos juristas autênticos que dignificam a advocacia. A locução "jurista autêntico" é aqui empregada na acepção proposta pelo saudoso humanista e processualista Eduardo Juan Couture, *El arte del derecho y otras meditaciones*. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitaria, 2004, p. 286: "Un jurista auténtico, nos es, en último término, sino un hombre que ansí apone ren su trabajo la amplitud de visión del filósofo, la delicadeza del técnico y la eficacia del práctico".

⁶⁴ *Digesto de Justiniano. Liber Primus. Introdução ao Direito Romano*. 6ª ed. Tradução de Hécio Maciel França Madeira. São Paulo: R.T, 2012, p. 19: Équus (termo até preferível, mas de pouco uso na Língua Portuguesa).

⁶⁵ BRICS – Agrupamento Brasil-Rússia-Índia-China-África do Sul. A idéia dos BRICS foi formulado pelo economista-chefe da Goldman Sachs, Jim O'Neil, em estudo de 2001, intitulado "Building Better Global Economic BRICS". Fixou-se como categoria da análise nos meios econômico-financeiros, empresariais, acadêmicos e de comunicação. Em 2006, o conceito deu origem a um agrupamento, propriamente dito, incorporado à política externa de Brasil, Rússia, Índia e China. Em 2011, por ocasião da III Cúpula, a África do Sul passou a fazer parte do agrupamento, que adotou a sigla BRICS. O peso econômico dos BRICS é certamente considerável. Entre 2003 e 2007, o crescimento dos quatro países representou 65% da expansão do PIB mundial. Em paridade de poder de compra, o PIB dos BRICS já supera hoje o dos EUA ou o da União Européia. Para dar uma idéia do ritmo de crescimento desses países, em 2003 os BRICS respondiam por 9% do PIB mundial, e, em 2009, esse valor aumentou para 14%. Em 2010, o PIB conjunto dos cinco países (incluindo a África do Sul), totalizou US\$ 11 trilhões, ou 18% da economia mundial. Considerando o PIB pela paridade de poder de compra, esse índice é ainda maior: US\$ 19 trilhões, ou 25%; <http://www.itamaraty.gov.br/temas/mecanismos-inter-regionais/agrupamentobrics>, em 14/05/2012.

⁶⁶ Brasil: sexta economia do mundo. Segundo a Economist Intelligence Unit (EIU), empresa de consultoria e pesquisa ligada à revista **The Economist**, o Brasil já se tornou, neste ano de 2011, a sexta maior economia do mundo, ou seja, o sexto maior produto interno bruto medido em dólares à taxa de câmbio corrente. <http://www.cartacapital.com.br/economia/brasil-sexta-economia-do-mundo>, em 14/05/2012.

segundo maior (27,82%) do mundo, ficando atrás apenas para a Índia, onde os imóveis ficaram 35,77% mais caros⁶⁷. A valorização imobiliária no Brasil é atribuída, entre outros fatores, ao aumento dos custos de construção, o ciclo de redução das taxas de juros e a valorização do capital.

O investimento na construção civil também aumentou em virtude do programa “Minha Casa, Minha Vida” (PMCMV)⁶⁸, criado para que a população tenha acesso à casa própria, reduzindo, assim, o déficit de moradia (déficit habitacional) e gerando mais empregos e renda, estimulando a realização de parcerias público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios⁶⁹.

Tais fatos sociais, políticos e econômicos apreendidos pela sociologia, geral⁷⁰ e jurídica (especial)⁷¹, contribuem com os seus elementos para o fortalecimento de um espaço público jurídico de debate com a abertura de novas perspectivas⁷².

⁶⁷ Cf. website site Global Property Guide *apud* Sindicato de Habitação no Rio de Janeiro - SECOVI-RJ, <http://www.secovirio.com.br/Noticias/Noticias/Brasil-tem-a-segunda-maior-valorizacao-imobiliaria-do-mundo%2C-segundo-pesquisa-4969.html>, acesso 30 de abril de 2012. Em 2011, a Irlanda foi o país que registrou a maior desvalorização nominal no ano passado, com 15,82%. Em seguida vem a Grécia, onde os imóveis ficaram 7,94% mais baratos. O levantamento atribui o resultado ao fraco crescimento econômico mundial, às preocupações com o endividamento dos países ricos, à baixa confiança do consumidor e aos altos níveis de desemprego.

⁶⁸ Lei n. 12.424/2011, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados nas áreas urbanas. Art. 1º. O Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV tem por finalidade criar mecanismos de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais, para famílias com renda mensal de até R\$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais) e compreende os seguintes subprogramas:

⁶⁹ Lei n. 11.079/2004, institui normas gerais para licitação e contratação de parceira público-privada no âmbito da administração pública. Art. 1º Esta Lei institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Parágrafo único. Esta Lei se aplica aos órgãos da Administração Pública direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

⁷⁰ Beck, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Trad. Jesús Aborés Rey. Siglo XXI: Madrid, 2009; Beck, Ulrich. *O que é Globalização? Equívocos do Globalismo. Respostas à Globalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999; Semprini, Andréa. *Multiculturalismo*. Trad. Laureano Pelegrin. São Paulo: Edusc, 1999; Bauman, Zygmunt. *A sociedade individualizada. Vidas contadas e histórias vividas*. Trad. José Gradel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008; Bauman, Zygmunt. *Confiança e Medo na Cidade*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009; Bauman, Zygmunt. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

⁷¹ Saldanha, Nelson. *Sociologia do Direito*. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 13-26: “O fato é que o pensamento moderno, mormente o pensamento social, se tornou cada vez mais vinculado aos problemas da ciência sistemática sociedade, fosse qual fosse a formação, fosse qual fosse o embasamento que se desse a esta, por filiação metodológica. (...) Uma das divisões mais aceitáveis, e também mais viáveis no sentido didático, é aquela que distingue a sociologia geral e as sociologias especiais”.

⁷² Pereira, Caio Mario da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 24: “Segundo a maior ou menor intensidade da atuação das forças políticas e das forças econômicas, é possível dividir a curva

É, pois, nesse contexto que se insere o desenvolvimento do instituto da arbitragem no país, proporcionado, por um lado, pela transformadora Lei n. 9.307/96 e, de outro lado, por sua aceitação pela sociedade civil⁷³, propiciando ao jurisdicionado maior eficiência⁷⁴ e rapidez à solução de litígios⁷⁵.

histórica do direito de propriedade no Ocidente em três períodos distintos: um primeiro, que abraça um largo tempo decorrido desde a Antiguidade Romana mais remota até o Baixo-Império; um segundo, que se inicia com as grandes invasões e se estende por toda a Idade Média até o XVIII século; um terceiro, que é coetâneo do individualismo liberal até os nossos dias. Quando um jurista moderno encara as transmutações por que passam os conceitos atualmente não pode olvidar que o regime da propriedade as espelha. E se abrem novas perspectivas diante de nós, na propriedade está incrustado o germe da transformação”.

⁷³ Wald, Arnaldo. Martins, Ives Gandra da Silva. *Dez Anos da Lei de Arbitragem*. In Dez Anos da Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 1-2: “Não obstante as resistências que existiam, no passado, em relação à arbitragem, pudemos realizar uma verdadeira revolução cultural, dando maior eficiência e rapidez à solução de litígios recorrendo a especialistas nas questões debatidas. Criou-se um processo ágil e flexível, adaptando-se às necessidades de cada caso, sem prejuízo de manter os princípios básicos do contraditório e do direito à ampla defesa das partes. (...). Pode-se dizer que a nova lei funcionou como um verdadeiro exemplo de ‘destruição criadora’ no campo do direito, para utilizar a terminologia dos economistas. Em dez anos, realizamos uma evolução que em outros países levou quase um século. Tudo mudou no campo da arbitragem. As estatísticas são eloquentes. De um número insignificante de processos arbitrais, em 1996, ano em que foi promulgada a nova lei, passamos para cerca de 4.000 arbitragens realizadas anualmente, das quais cerca de noventa por cento no campo trabalhista e do direito do consumidor e quase dez por cento em questões comerciais, internacionais e domésticas.

⁷⁴ O instituto jurídico da arbitragem aplicado ao direito imobiliário (direito propriedade, direito contratual, responsabilidade civil, direito registral etc.) também comporta análise sobre o prisma da eficiência econômica (análise econômico do direito) e a relação de custo-benefício mais atrativa, por exemplo para os efeitos de um determinado enquadramento jurídico ou, ainda, qual enquadramento jurídico deveria existir? É o caso da disciplina jurídico-econômica do contrato built-to-suit sob a égide da locação de imóvel urbano da Lei n. 8.245/91 ou como um contrato misto atípico (arts. 421, 422 e 425 do Código Civil). Consulte-se, por todos, Rodrigues, Vasco. *Análise Econômica do Direito: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 33-35. Ainda sobre o enfoque da eficiência econômica, cite-se a seguinte passagem de Wald, Arnaldo. Martins, Ives Gandra da Silva. *Op. Cit.*, p. 2: “No plano internacional, a inclusão da convenção de arbitragem nos contratos facilita as relações comerciais atraindo os investimentos e dá maiores garantias aos contratantes, permitindo inclusive a redução dos custos de transação”.

⁷⁵ O custo do processo e a sua duração razoável são significativos entraves à possibilidade de acesso à ordem jurídica justa, conforme lição de Marinoni, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 29-37.

em por isso, registre-se o surgimento de novas entidades (câmaras) arbitrais especializadas e dedicadas à conciliação, mediação e arbitragem, com vista à solução de conflitos⁷⁶, inclusive na área imobiliária⁷⁷.

Nesse passo, pretendemos, inicialmente, discorrer sobre relações entre o direito imobiliário, o direito registral e o direito da arbitragem. Em seguida, teceremos, ainda que brevemente, algumas considerações acerca das situações jurídicas imobiliárias suscetíveis de serem submetidas à arbitragem (interna)e, por fim, cuidaremos das peculiaridades do modo de efetivação da sentença arbitral nacional que resolve os litígios imobiliários.

2. O Direito Imobiliário e a sua relação fundamental com o Direito Registral.

No Brasil⁷⁸, a noção de Direito Imobiliário é concebida por Pontes de Miranda⁷⁹ como parte do direito das coisas, “*que trata das regras jurídicas sobre propriedade dos bens imóveis*”, entendendo que “*direito predial é aquela parte do direito das coisas que se restringe*

⁷⁶Wald, Arnoldo. Martins, Ives Gandra da Silva. *Op. Cit.*, p. 2: “Foram criadas numerosas Câmaras de Arbitragens, sendo que, das cinco principais, três estão sediadas em São Paulo. As Faculdades de Direito também aderiram ao estudo da arbitragem e à formação especializada de advogados interessados em funcionar nessa especialidade”.

⁷⁷Entre outras, cite-se a Câmara Imobiliária de Mediação e Arbitragem – CIMA, instituída por relevantes entidades da área imobiliária, como a Associação Brasileira dos Advogados do Mercado Imobiliário – ABAMI, a Associação Brasileira das Administradoras de Imóveis – ABADI, a Associação de Dirigentes de Empresas do Mercado Imobiliário – ADEMI-RJ, a Federação Internacional das Profissões Imobiliárias – Regional Rio de Janeiro), Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis e dos Condomínios Residenciais e Comerciais do Estado do Rio de Janeiro – SECOVI-RJ, e o Sindicato da Indústria da Construção Civil no Estado do Rio de Janeiro – SINDUSCON-RJ. Posteriormente, o Instituto de Engenharia Legal – IEL, passou a integrar a CIMA, que adota a orientação da Uncitral – United Nations Commission On International Trade Law. <http://www.camaraimobiliaria.com.br>, acesso em 30.04.2012.

⁷⁸No direito comparado as noções de direito imobiliário ora aproximam-se mais do direito das coisas, ora mais de uma dimensão negocial (autonomia da vontade). No direito norte-americano, o direito imobiliário (*real statelaw*) aproxima-se do direito das coisas, notadamente do direito de propriedade, *Black's Law Dictionary*. 6ª ed. St. Paul, Minn. West Publishing Co., 1990, p. 1263: “Real state. Land and anything permanently affixed to the land, such as buildings, such as light fixtures, plumbing and heating fixtures, or other such items which would be personal property if not attached. The term is generally synonymous with real property”. Confira-se, ainda, Bernhardt, Roger. Burkhart, Ann M. *Real Property in a Nut Shell*. 6th. Edition. St. Paul: Thomson Reuters, 2010, p. 1: “Real property (reality) consists of land and objects that are permanently affixed to land, such as trees and buildings. Real property generally is immovable, whereas personal property (personalty) consists of movable objects. Personal property cab be tangible, such as a book or car, or intangible, such as an ideia or the good will of a business. Property law largely consists of issues relating to real property, rather than to personal property. By and large, however, the rules are the same for both”. Já no direito argentino o direito imobiliário ora aproxima-se dos direito reais - Grassi, Cura. *Derechoinmoniliario*. Buenos Aires: La Rocca, 2006, ora do negócio jurídico - Morello, Augusto M., Colina, Pedro Rafel de la. *NegociosInmobiliarios*. La Plata: Platense, 2007.

⁷⁹*Tratado de Direito Privado*. Vol. II, §1.181, pág. 73.

a tratar das regras jurídicas sobre propriedade de prédios, abstraindo-se dos bens imóveis que não sejam prédios".

Emilio Guimarães⁸⁰ aponta que *"são direitos imobiliários: a) a propriedade ou domínio dos imóveis, com todos os direitos em que ele se desdobra, e também a compropriedade; b) todas as propriedades imperfeitas; c) a mera posse; d) o direito do locador de coisa imóvel; e) todas as ações reais, quer possessórias, quer de reivindicação, anulação, evicção, rescisão, revogação, petição de herança, divisão, demarcação, em suma todas as ações conservatórias e persecutórias que versam sobre imóveis"*.

José da Silva Pacheco⁸¹ observa que, na doutrina, focalizou-se restritivamente o tema do direito imobiliário: *"a) quer sob as pegadas dos mestres franco-italianos, a considerar direito imobiliário aquele que, por força de lei, fosse equiparado a imóvel ou b) quer sob a influência dos doutores germânicos, a considera-lo restrito ao direito real sobre imóveis e como este depende do registro, a confundi-lo com o direito registral"*.

Embora não haja um estrito ramo do "direito imobiliário" no ordenamento jurídico, conclui José da Silva Pacheco⁸² que, *"diante da multivariabilidade de normas, quer de direito público, quer de direito privado, que tem por objeto imóveis, não é fora de propósito admitir, não só os 'direitos imobiliários', subjetivamente considerados como também o 'direito imobiliário', no sentido de estudo lógico e sistemático daqueles e das normas do ordenamento jurídico, público ou privado, relativas a imóveis, sem se restringir ao direito real, ao registro imobiliário, aos contratos imobiliários, aos parcelamentos e loteamentos de imóveis assim como ao novo sistema de financiamento imobiliário"*.

A doutrina mais recente inclui os negócios imobiliários na definição de direito imobiliário, senão vejamos: *"os negócios imobiliários, quer os relativos aos bens do domínio público, especialmente do domínio federal, quer os do domínio privado. (...). O Direito*

⁸⁰ Dicionário enciclopédico, n. 5.590 *apud* Pacheco, José da Silva Pacheco. *Questões de Direito Imobiliário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 4-5.

⁸¹ *Op. Cit.*, p. 5.

⁸² *Op. Cit.*, p. 14-15: "Nesse sentido, portanto, têm-se em vista os direitos subjetivos, decorrentes da incidência de regras jurídicas dos mais diversos ramos, que tenham por objeto imóveis ou direitos a eles equiparados. O enfoque doutrinário desses direitos, em determinado sistema, apesar de envolver aspecto interdisciplinar, pode levar à concepção, em sua generalidade, do direito imobiliário. Este, como focalização genérica de normas interdisciplinares relativas a imóvel ou direitos a ele equiparados, pode abranger, livremente, os direitos subjetivos ou as normas tenham aquele objeto. Os direitos subjetivos, relativos a imóveis, quer sejam direitos reais, quer pessoais, podem ser tidos como imobiliários, sem ater-se exclusivamente aos que, tradicionalmente, por influência francesa ou por força do art. 44 do Código Civil [1916] têm caráter imobiliário". Sobre os bens imóveis no Código Civil de 2002: art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente. Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais: I – os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram; II – o direito à sucessão aberta. Art. 81. Não perdem o caráter de imóveis: I – as edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local; II – os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem.

*Imobiliário não é, portanto, constituído somente pela posse, propriedade e direitos reais sobre coisa alheia (direitos reais de uso, gozo e fruição e os direitos reais de garantia), compreende, principalmente, os negócios imobiliários, que são todos aqueles que têm por objeto imóveis, como os de compra e venda, promessa de compra e venda, cessão de direitos, promessa de cessão de direitos, mas também os de locação urbana e arrendamento rural, locação de lojas em shopping center, incorporação imobiliária, condomínio especial, alienação fiduciária em garantia de imóveis e muitos outros”.*⁸³⁸⁴ Ainda segundo a nova doutrina também o direito imobiliário vem sofrendo a intervenção do Estado, ora pela chamada publicização ora pela intitulada constitucionalização⁸⁵.

Para os fins do presente estudo, é possível afirmar que o direito registral⁸⁶ é um traço fundamental no direito imobiliário⁸⁷, embora não se restrinja o direito imobiliário à Lei de registros públicos (Lei n. 6.015/73)⁸⁸, que cuida do registro correspondente ao imóvel⁸⁹.

⁸³Avvad, Pedro Elias. Lima, Rafael Augusto de Mendonça. *Direito Imobiliário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.1-2.

⁸⁴Aghiarian, Hércules. *Curso de Direito Imobiliário*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. xviii: “O Direito Imobiliário, por sua vez, mantém sua natureza essencialmente privada, uma vez que é o ramo que aglutina as diversas relações jurídicas e conflitos que decorrem da propriedade, seja quanto à sua afeição maior, o domínio, seja quanto aos aspectos registrares, de sucessão, de família, de locação, de cerceamento do direito de construir ou ao modo de simplesmente comercializarem-se os bens que a lei ou a tradição consideram imóveis”.

⁸⁵Aghiarian, Hércules. *Op. Cit.*, p.xviii: “Mas como os direitos civis mais puros vêm sofrendo a intervenção do Estado – ora pela chamada publicização ora pela intitulada constitucionalização -, dito de outra forma, também o Direito Imobiliário enfrenta uma composição de interesse público imanente, seja na forma de comercialização, de uso, ou de qual seja a disposição da coisa, no sentido de sua utilidade”.

⁸⁶Pacheco, José da Silva. *Op. Cit.*, p 10: “A Constituição Federal (art. 22, XXV) atribui à União legislar sobre registros públicos, e a Lei n.º 6.015, de 31-12-73 (art. 172), ao dar-lhes normas, confere ao Registro de Imóveis ‘a inscrição e a averbação de títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintivos de direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei *inter vivos* ou *mortis causa*, quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade”.

⁸⁷Oscar Tenório, ao prefaciá-los comentários de Murillo Renault Leite, ressalta que ‘o direito imobiliário é um ramo complexo das ciências jurídicas, cujas linhas de demarcação têm relevância para os conceitos fundamentais’, tendendo a admiti-lo vinculado ao sistema imobiliário brasileiro, que tem o registro como seu traço fundamental *apud* Pacheco, José da Silva. *Op. Cit.*, p. 10. Aghiarian, Hércules. *Op. Cit.*, p.xviii: “Não existe propriedade sem registro, e o direito registral vem de ser vulgarizado pelo mesmo ramo novel. Agora, atentos a isto, não nos descuremos de entender que a propriedade imobiliária e os diversos direitos reais da mesma natureza, têm por paralelo o Direito registral.”

Isto porque, segundo Afranio de Carvalho⁹⁰, a publicidade inerente aos direitos imobiliários é organizada “conforme a eficácia que a legislação lhe pretende atribuir. Essa eficácia varia de escala de poucos graus, entre os quais, porém, a diferença é muito sensível para as relações jurídicas”.⁹¹ O direito brasileiro, desde a Lei Imperial de 1864, adotou o

⁸⁸ Loureiro, Luiz Guilherme. *Registros Públicos: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 199: “O serviço de registro de imóveis, bem como os demais serviços notariais e de registro, tem por objetivo assegurar a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos e negócios jurídicos. O registrador é um profissional do direito, dotado de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade de registro. (...). Historicamente, a finalidade precípua do Registro de Imóveis foi garantir a publicidade das hipotecas. (...). Destarte, por força da legislação então vigente, a transcrição imobiliária tornou-se o espelho fiel das mutações jurídico-reais pelas quais passa a propriedade imóvel, seja por ato *inter vivos*, seja *mortis causa*, seja por força de atos judiciais. Este objetivo foi mantido na Lei n. 6.015, de 31.12.1973, que instituiu o novo sistema de registro imobiliário brasileiro. O novo marco legal erradicou a transcrição e criou um registro imobiliário no qual cada folha do livro de registro de imóveis é atribuída a um determinado imóvel (matrícula ou fôlio real). Na matrícula do imóvel deverão ser registrados todos os atos que implicam constituição, transferência, alteração ou extinção de direitos reais (além de outros que a lei considera relevantes)”.

⁸⁹ José da Silva Pacheco, *Op. Cit.*, p 11: “Há, porém, diversos casos que não se referem a imóveis. Desse modo, não são poucos os que sustentam não haver consistência em restringir o direito imobiliário à lei que cuida do registro correspondente ao imóvel”.

⁹⁰ *Registro de Imóveis*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 15.

⁹¹ São diversas relações jurídicas relacionadas aos serviços registros, conforme notícia Souza, Eduardo Pacheco Ribeiro de. *Os serviços notariais e registrais no Brasil*. <http://jus.com.br/revista/texto/9629>, publicado em 03/2007, atualizado em 10/2006, acesso em 14/05/2012: “Além dos dispositivos constitucionais mencionados [art. 22, XXV, e art. 236] e das Leis 8.935 e 10.169, podemos incluir dentre as principais normas aplicáveis aos serviços notariais e de registro, as seguintes: a) Lei 6.015/73 – dispõe sobre os registros públicos, que nos termos da lei são o registro civil de pessoas naturais, o registro civil de pessoas jurídicas, o registro de títulos e documentos e o registro de imóveis; b) Lei 9.492/97 – regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida; c) Lei 7.433/85 e o Decreto 93.240/86 – dispõem sobre os requisitos para lavratura de escrituras públicas; d) Arts. 108 (a escritura pública é requisito de validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País – anote-se que há exceções) e 215 (estabelece que a escritura é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena, elencando no § 1º requisitos para a sua lavratura) da Lei 10.406/02 (Código Civil); e) Lei 4.591/64 – dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias – devem ser observadas as regras do Código Civil de 2.002 que alteraram a lei em foco; f) Lei 6.766/79 – dispõe sobre o parcelamento do solo urbano; g) Lei 10.257/01 – Estatuto da Cidade – regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal e estabelece diretrizes gerais da política urbana; h) Lei 5.709/71 – regula a aquisição de imóvel rural por estrangeiro residente no país ou pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil; i) leis estaduais (que fixam emolumentos nas unidades da Federação); j) normas administrativas das Corregedorias Gerais da Justiça de cada Estado. O rol apresentado, como asseverado, engloba as principais normas aplicáveis aos serviços notariais e de registro, mas não as esgota. Há diversas outras que devem ser observadas pelos delegatários no exercício de suas funções típicas (dispositivos do Código Civil referentes aos

sistema da dupla eficácia (sistema de publicidade eclético) que combina o título com o modo de adquirir, substituindo a tradição pela publicidade registral, à qual concede o duplo efeito de constituir o direito real e de anunciá-lo a terceiros. De rigor, “antes da publicidade, o ato cria obrigações entre as partes, mas, uma vez efetuada, perfaz a mutação jurídico-real, investindo a propriedade ou direito real na pessoa do adquirente e, ao mesmo tempo, tornando o direito oponível a terceiros”⁹².

Sem embargo, verifica-se, ao longo do tempo, a mitigação do rigor do referido sistema eclético no direito brasileiro, como, por exemplo, a tese do Professor Darcy Bessone⁹³ de que a promessa de compra e venda cria uma relação de crédito, consistente no direito à prestação prometida pelo promitente-vendedor ou devedor, isto é, ao *contrahere* ou contrato definitivo, e, estabelecendo a lei que o registro cria direito real oponível a terceiros quanto às alienações ou onerações posteriores (Dec.-Lei n. 58, de 10/12/1937, art. 5º); tal direito é real de garantia, pois a finalidade é garantir o crédito do promissário em face de alienações a terceiros ou onerações em favor de terceiros que o devedor porventura venha a fazer.

Em sentido semelhante, nas relações entre condôminos no Condomínio Edilício, a jurisprudência evoluiu e, posteriormente, consolidou com o enunciado n. 260 da Súmula do STJ (28/11/2001, DJ 06.02.2002) o entendimento que “a convenção de condomínio aprovada, ainda que sem registro, é eficaz para regular as relações entre os condôminos”. Note-se, contudo, que a eficácia da convenção de condomínio não registrada cinge-se aos condôminos⁹⁴, atuais e futuros⁹⁵, e aos possuidores ou detentores das unidades autônomas⁹⁶,

contratos que são celebrados por instrumento público, normas sobre títulos de crédito que são indispensáveis no exame formal dos documentos apresentados aos tabelionatos de protesto, normas de direito ambiental, etc.)”.

⁹² Carvalho, Afranio. *Op. Cit.*, p. 15-16.

⁹³ *Da Compra e Venda: promessa, reserva de domínio e alienação em garantia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. VIII: “Tal direito real tem a mesma finalidade dos demais direitos reais de garantia (penhor, anticrese e hipoteca): garantir um crédito contra alienações ou onerações posteriores. Se os últimos garantem o crédito correlato à obrigação de contratar, assumida pelo devedor, a diferença é apenas accidental, não é essencial”.

⁹⁴ Condôminos são os proprietários das unidades ou aqueles equiparados por força do art. 1.334, § 2º, do Código Civil: São equiparados aos proprietários, para os fins deste artigo, salvo disposição em contrário, os promitentes compradores e os cessionários de direitos relativos às unidades autônomas.

⁹⁵ CC, Art. 1337. O condômino, ou possuidor, que não cumpre reiteradamente com os seus deveres perante o condomínio poderá, por deliberação de três quartos dos condôminos restantes, ser constrangido a pagar multa correspondente até ao quádruplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade das faltas e a reiteração, independentemente das perdas e danos que se apurem. Parágrafo único. O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento anti-social, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembleia.

não alcançando terceiros⁹⁷. A mitigação do sistema da duplica eficácia do registro imobiliário também se verifica no caso de posse direta do apartamento que torna o compromissário comprador (condômino: proprietário, ou titular de direito à aquisição da unidade imobiliária), por meio de contrato irrevogável e irretratável, o responsável pelas contribuições condominiais, ainda que não tenha sido registrado o contrato ou a escritura⁹⁸.

O ato registral imobiliário⁹⁹ tem, *a priori*, eficácia declaratória e constitutiva (positiva e negativa), como se infere, em apertada síntese, da lição de Luiz Guilherme

⁹⁶ Confira-se, por todos, Lopes, João Batista. *Condomínio*. 9ª ed. São Paulo: R.T., 2006, p. 199: "A convenção, após aprovada e assinada por condôminos que representem, no mínimo, 2/3 das frações ideais, considera-se obrigatória, a teor do art. 1.333 da lei civil. Daí se conclui que o ato existe juridicamente, é válido e produz efeitos em relação aos condôminos, inclusive dissidentes".

⁹⁷ CC, Art. 1.333. A convenção que constitui o condomínio edilício deve ser subscrita pelos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais e torna-se, desde logo, obrigatória para os titulares de direito sobre as unidades, ou para quantos sobre elas tenham posse ou detenção. Parágrafo único. Para ser oponível contra terceiros, a convenção do condomínio deverá ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

⁹⁸ Lei n. 4.591/64, art.12, §4º; CC, art.1.334, §2º e 1.345. Nesse sentido J. Nascimento Franco, *Condomínio*. São Paulo: R.T., 1997, p. 216-217. Confira-se, ainda, a jurisprudência do STJ: PROCESSUAL CIVIL E CIVIL - CONDOMÍNIO - DESPESAS COMUNS. TAXAS CONDOMINIAIS - LEGITIMIDADE PASSIVA - PROMISSÁRIO-COMPRADOR - CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA-E-VENDA EM CARÁTER IRREVOGÁVEL - RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO TAL COMO DEFINIDO NO REGISTRO DO IMÓVEL - IMPOSSIBILIDADE - MULTA MORATÓRIA - PREVISÃO NA CONVENÇÃO CONDOMINIAL - LIMITE DA MULTA PREVISTO NO CDC - INAPLICABILIDADE. 1 - O promitente-vendedor não responde pelos encargos condominiais devidos após a alienação do imóvel feita por meio de promessa de compra-e-venda em caráter irrevogável e irretratável, mesmo que, apesar de transferida a posse, não tenha sido alterado o registro do imóvel. (...) 2 - Recurso não conhecido. (REsp 655.267/SP, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 17/02/2005, DJ 21/03/2005, p. 402). CIVIL. CONDOMÍNIO. PROCEDIMENTO SUMÁRIO. COTAS EM ATRASO. COBRANÇA FEITA AO ANTIGO CONDÔMINO. IMÓVEL ALIENADO MEDIANTE CONTRATO NÃO REGISTRADO. VALORES RELATIVOS A PERÍODO POSTERIOR. RESPONSABILIDADE DOS ATUAIS CONDÔMINOS. LEI N. 4.591/64, ARTS. 4º, 9º E 12º, NA REDAÇÃO DA LEI N. 7.182/84. I. A inexistência de registro do título aquisitivo da unidade residencial não afasta a responsabilidade dos novos adquirentes pelo pagamento das cotas condominiais relativamente ao período posterior à compra, sendo indevida a cobrança feita ao antigo condômino, que deve ser exigido daqueles, contra os quais vinham, inclusive, sendo emitidas as guias de pagamento. II. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. III. Recurso improvido. Ação improcedente. (REsp 243.968/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 02/03/2000, DJ 26/06/2000, p. 181)

⁹⁹ A respeito do ato notarial (função) e do ato registral imobiliário, consulte-se, respectivamente, Brandelli, Leonardo. *Teoria Geral do Direito Notarial*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, e Balbino Filho, Nicolau. *Registro de Imóveis*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Loureiro¹⁰⁰: “O Registro de Imóveis tem por objetivo assegurar ampla publicidade dos direitos reais e da situação jurídica dos imóveis, de forma a garantir a validade e a eficácia desses direitos. Nos atos entre vivos, o registro constitui propriedade e outros direitos reais imobiliários. Nos atos causa mortis, o registro tem natureza declaratória: informam a ocorrência da modificação na titularidade do imóvel ou na sua situação jurídica”.¹⁰¹

As lides que têm por objeto os imóveis situados no Brasil são, a rigor, submetidas à autoridade brasileira, por força do Código de Processo Civil de 1973. Trata-se de relevante questão pertinente ao tema da arbitragem (interna e internacional) que merece ser investigada em razão da limitação *prima facie* à eficácia das decisões proferidas em Tribunal estrangeiro a respeito da natureza do objeto litigioso, de modo que não seria homologada pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁰² e, por conseguinte, não produziria efeito em nosso território¹⁰³.

¹⁰⁰*Op. Cit.*, p. 202: “Logo, de um sistema que visava à publicidade da hipoteca, progrediu-se, no decorrer de aproximadamente um século, para um sistema que tem por objetivo tornar públicos os direitos reais incidentes sobre bens imóveis por natureza, de forma a assegurar sua validade e eficácia perante terceiros”.

¹⁰¹Sobre os efeitos do registro imobiliário, veja-se a lição de Souza, Eduardo Pacheco Ribeiro de. *Os serviços notariais e registrais no Brasil*. <http://jus.com.br/revista/texto/9629>, publicado em 03/2007, atualizado em 10/2006, acesso em 14/05/2012: “São efeitos do registro imobiliário: a) constitutivos – quando o registro é formalidade essencial, indispensável à aquisição do direito. No direito pátrio adquire-se a propriedade imóvel entre vivos pelo registro (princípio da inscrição- art. 1.245 do Código Civil); b) comprobatórios – o registro prova a existência e a veracidade do ato ao qual se reporta; c) publicitários – o ato é acessível a todos. Em se tratando de aquisição de imóvel *causa mortis* o registro é declaratório, e seus efeitos publicitários asseguram o conhecimento de todos e a disponibilidade do bem, com observância do princípio da continuidade”.

¹⁰² HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. INVENTÁRIO E PARTILHA. RENÚNCIA DE HERDEIRA. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA AUTORIDADE JUDICIAL BRASILEIRA. PRECEDENTE.1.A jurisprudência desta Corte e do STF autoriza a homologação de sentença estrangeira que, decretando o divórcio, convalida acordo celebrado pelos ex-cônjuges quanto à partilha de bens situados no Brasil, assim como na hipótese em que a decisão alienígena cumpre a vontade última manifestada pelo de cujus e transmite bens também localizados no território nacional à pessoa indicada no testamento.2. No caso que se examina, o testamento legou bens única e exclusivamente à filha do falecido a qual, por sua vez, renunciou à herança sem ressalvas. 3. Diante disto, a autoridade judicial helvética promoveu a liquidação da herança conforme as normas jurídicas estrangeiras e, na sequência, cedeu ao ora requerente bens deixados pelo de cujus em troca do valor de CHF 20.000,00 (vinte mil francos suíços).4. A situação estampada nos autos não se confunde com a mera transmissão de bens em virtude de desejo manifestado em testamento, já que, recusada a herança pela pessoa indicada pelo falecido, a autoridade judiciária estrangeira transferiu de forma onerosa a propriedade de bem localizado no Brasil a terceiro totalmente estranho à última vontade do de cujus, isto é, dispôs sobre bem situado em território nacional em processo relativo à sucessão mortis causa, o que vai de encontro ao art. 89, II, do Código de Processo Civil-CPC.5. Pedido de homologação indeferido.(SEC 3.532/EX, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/06/2011, DJe 01/08/2011); HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. DISSOLUÇÃO DE CASAMENTO. EC 66, DE 2010. DISPOSIÇÕES ACERCA DA GUARDA, VISITAÇÃO E ALIMENTOS DEVIDOS AOS FILHOS. PARTILHA DE BENS. IMÓVEL SITUADO NO BRASIL. DECISÃO PROLATADA POR AUTORIDADE JUDICIÁRIA BRASILEIRA. OFENSA À SOBERANIA NACIONAL. 1. A sentença estrangeira encontra-se apta à homologação, quando atendidos os requisitos dos arts. 5º e 6º da Resolução STJ n.º 9/2005: (i) a sua prolação por autoridade competente; (ii) a devida ciência do réu nos autos da decisão homologanda; (iii) o seu trânsito em julgado; (iv) a chancela consular brasileira acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado; (v) a ausência de

3. Competência (reserva de jurisdição) da autoridade brasileira para conhecer de litígios de imóveis situados no Brasil (CPC/1973 e LICC/1942).

ofensa à soberania ou à ordem pública. 2. A nova redação dada pela EC 66, de 2010, ao § 6º do art. 226 da CF/88 tornou prescindível a comprovação do preenchimento do requisito temporal outrora previsto para fins de obtenção do divórcio. 3. Afronta a homologabilidade da sentença estrangeira de dissolução de casamento a ofensa à soberania nacional, nos termos do art. 6º da Resolução n.º 9, de 2005, ante a existência de decisão prolatada por autoridade judiciária brasileira a respeito das mesmas questões tratadas na sentença homologanda. 4. A exclusividade de jurisdição relativamente a imóveis situados no Brasil, prevista no art. 89, I, do CPC, afasta a homologação de sentença estrangeira na parte em que incluiu bem dessa natureza como ativo conjugal sujeito à partilha. 5. Pedido de homologação de sentença estrangeira parcialmente deferido, tão somente para os efeitos de dissolução do casamento e da partilha de bens do casal, com exclusão do imóvel situado no Brasil. (SEC 5.302/EX, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 12/05/2011, DJe 07/06/2011); SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. HOMOLOGAÇÃO REQUERIDA PELO RÉU NO PROCESSO ORIGINAL. CITAÇÃO VÁLIDA. COMPROVAÇÃO DISPENSADA. CARIMBO DE ARQUIVAMENTO. PROVA DO TRÂNSITO EM JULGADO. AUTENTICAÇÃO CONSULAR. REQUISITO ATENDIDO. APRECIÇÃO DO MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. BENS IMÓVEIS SITUADOS NO BRASIL. HOMOLOGAÇÃO COM RESSALVA. I - Dispensa-se a comprovação da citação válida quando é o próprio réu no processo original que requer a homologação da sentença estrangeira. Ademais, ambas as partes se manifestaram no processo, por meio de advogado, e foram ouvidas em juízo. Nesse sentido: SEC 2259/CA, Corte Especial, Rel. Min. José Delgado, DJe 30/06/2008, e SEC 3535/IT, Corte Especial, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 16/2/2011. II - O carimbo que atesta o arquivamento dos autos comprova o trânsito em julgado da decisão homologanda. Precedente: AgRg na SE 2598/US, Corte Especial, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJe 28/09/2009. III - Atende o requisito constante do art. 5º, inciso IV, da Resolução STJ n. 9/2005, a autenticação do Consulado-Geral do Brasil em Nova Iorque, em conformidade com o que estabelecem as Normas de Serviço Consular e Jurídico - NSCJ, expedidas pelo Ministério das Relações Exteriores. Precedente: SEC 587/CH, Corte Especial, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 03/03/2008. IV - Incabível a análise do mérito da sentença que se pretende homologar, uma vez que o ato homologatório está adstrito ao exame dos seus requisitos formais. Precedentes: SEC 269/RU, Corte Especial, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe 10/06/2010 e SEC 1.043/AR, Corte Especial, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 25/06/2009. V - A partilha de bens imóveis situados no território brasileiro é da competência exclusiva da Justiça pátria, nos termos dos arts. 89, I, do Código de Processo Civil, e 12, § 1º, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil). Nesse sentido: SEC 7209/IT Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 29-09-2006. Homologação deferida parcialmente, afastada a divisão de bens imóveis situados no Brasil. (SEC 5.270/EX, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 12/05/2011, DJe 14/06/2011)

¹⁰³ Neves, Daniel Amorim Assumpção. *Competência no Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 90: "A temática da chamada 'competência internacional', na verdade, encontra-se com nome inadequado. As regras do art. 89 do CPC, em especial, que criam as hipóteses de competência exclusiva do juízo brasileiro, não retiram propriamente a competência do juízo estrangeiro, mas sim sua jurisdição. As limitações impostas pelos arts. 88 e 89 do CPC traçam objetivamente os limites da jurisdição dos tribunais brasileiros, e não tão somente sua competência. Significa dizer que as decisões proferidas em Tribunal estrangeiro a respeito dessas matérias serão encaradas pelo direito nacional como juridicamente inexistentes, jamais podendo gerar qualquer efeito em nosso território, o que se evitará com a não homologação pelo Superior Tribunal de Justiça de tal sentença estrangeira".

De rigor, o inciso I do art. 89 do Código de Processo Civil brasileiro estabelece que “*competete à autoridade brasileira, com exclusão de qualquer outra conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil*”¹⁰⁴.

Este critério de fixação de competência também é consentâneo com a ideia de soberania¹⁰⁵, de modo que o “*Estado-Juiz não pode transpor as fronteiras de seus limites especiais*”, fixando-se, em primeiro lugar, a competência internacional da justiça brasileira¹⁰⁶. Trata-se de competência interna exclusiva conferida à autoridade brasileira¹⁰⁷. A competência

¹⁰⁴ CPC, Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando: I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; III - a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil. Parágrafo único. Para o fim do disposto no nº I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal. Art. 89. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: I - conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil; II - proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional. Art. 90. A ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas.

¹⁰⁵ As situações previstas nos artigos 88 e 89 do CPC não exaurem a exclusividade da autoridade brasileira. A título de ilustração, veja-se a hipótese do indeferimento da homologação de sentença estrangeira falimentar (insolvência) pelo Superior Tribunal de Justiça: “SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. FALÊNCIA (INSOLVÊNCIA CIVIL). JUSTIÇA PORTUGUESA. HOMOLOGAÇÃO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 1.030 DO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE. BENS E ATIVIDADES ATUAIS DO FALIDO NO BRASIL. DECRETAÇÃO EXCLUSIVA PELA JUSTIÇA BRASILEIRA. NÃO ATENDIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. INDEFERIMENTO. I - Impõe-se a homologação da sentença estrangeira quando atendidos os requisitos indispensáveis ao pedido, bem como constatada a ausência de ofensa à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes (arts. 5º, incisos I a IV e 6º da Resolução n.º 9/STJ, c/c art. 17 da LICC). II - In casu, busca o requerente, no Brasil, a homologação de sentença de falência (insolvência civil) proferida pela autoridade portuguesa em desfavor do requerido, com quem mantém sociedade empresária, para fins do disposto no parágrafo único do artigo 1.030 do novo Código Civil (exclusão de sócio declarado falido). III - Ocorre, não obstante, que a legislação pátria aplicável prescreve que a declaração de falência está restrita, como regra, ao juízo do local onde o devedor possui o centro de suas atividades, haja vista o princípio da universalidade (artigo 3º da Lei n.º 11.101/2005). IV - Nesse sentido, incabível a homologação de sentença estrangeira para os fins pretendidos pelo requerente, uma vez que a declaração de falência é de competência exclusiva da justiça brasileira, sob pena de ofensa à soberania nacional e à ordem pública. Pedido indeferido. (SEC 1.734/PT, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Rel. p/ Acórdão Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/09/2010, DJe 16/02/2011)

¹⁰⁶ Cf. Fux, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 78-79: “A competência é a repartição da jurisdição entre os diversos órgãos encarregados da prestação jurisdicional segundo os critérios estabelecidos na lei. Isto porque, nas sociedades modernas, não é concebível um ‘juízo único’, em razão da quantidade da população, da extensão territorial e da natureza múltipla dos litígios. A competência é, portanto, um imperativo da divisão de trabalho. A limitação legal implica em que a competência seja uma medida da jurisdição em confronto com o caso concreto”.

¹⁰⁷ Fadel, Sergio Sahione. *Código de Processo Civil Comentado*. Vol. 1. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1974, p. 185: “A Constituição Federal do Brasil [1967/1969], no §33 do art. 153, diz que ‘a sucessão de bens de estrangeiros situados no Brasil será regulada pela lei brasileira, em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não

interna exclusiva da autoridade brasileira¹⁰⁸, que diz respeito à soberania do País, define a exclusividade da jurisdição brasileira, e não propriamente regra de competência¹⁰⁹¹¹⁰.

Paulo Cezar Aragão¹¹¹ faz o seguinte comentário ao inciso I do art. 89 do CPC, antes do advento da Lei n. 9.307/96: *"Dos dois casos de competência exclusiva relacionados no art. 89 do CPC, sobre um já tivemos a oportunidade de falar, qual seja o referente a sentença de partilha estrangeiras de bens situados no Brasil, restando a fazer uma breve menção ao contrato, das ações relativos a imóveis aqui localizadas. Desde logo, fica claro que*

lhes seja mais favorável a lei pessoal do de cujos'. Esse princípio está também contemplado na Lei de Introdução ao Código Civil (art. 10, §1º e art. 12, §1º) inclusive quando dispõe que só à autoridade brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil. A primeira norma, relativa à lei que regula a sucessão de bens de estrangeiros situados no Brasil, é facultativa, porquanto, sendo a lei pessoal do de cujus mais favorável, esta é a aplicável. A segunda, todavia, é imperativa, no concernente à competência exclusiva do juiz brasileiro, para, qualquer que seja a lei aplicável, conhecer das ações que digam respeito a imóveis situados no território nacional. (...) É o princípio da *lex loci rei sitae*, ou seja, da lei do país da situação da coisa, que rege as ações a elas relativas, com prevalência sobre a *lex soli*, isto é, a lei do país do nascimento da pessoa e à *lex loci domicillii*, lei do lugar do domicílio".

¹⁰⁸EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO REGIMENTAL NA SENTENÇA ESTRANGEIRA. HOMOLOGAÇÃO. LIMITES. BENS IMOVÉIS SITUADOS EM TERRITÓRIO NACIONAL. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA JUSTIÇA BRASILEIRA. 1. Sentença proferida na República do Paraguai, em que se declara a nulidade de instrumento procuratório e a transferência de imóvel localizado no Brasil. 2. Recurso interposto contra decisão que limitou a homologação da sentença estrangeira à parte referente à outorga de mandato, não abrangendo os atos que, por força dele, foram praticados e que importaram na alteração subjetiva da matrícula do imóvel. 3. O Judiciário brasileiro tem competência exclusiva e absoluta para conhecer de ações nas quais estejam envolvidos bens imóveis que se encontrem em território pátrio (CPC, artigo 89, I). Agravo regimental em agravo regimental em sentença estrangeira a que se nega provimento. (SE 7101 AgR-AgR, Relator Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 15/10/2003, DJ 14-11-2003 PP-00012 EMENT VOL-02132-13 PP-02505).

¹⁰⁹ Alvim, Arruda. Assis, Araken de. Alvim, Eduardo Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: G.Z., 2012, p. 171.

¹¹⁰Buenno, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 2, Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 18: "O tema é tratado pelos arts. 88 a 90, que rende, em geral, classificação consistente em 'competência internacional', e 'competência interna', isto é, a competência que diz respeito aos órgãos jurisdicionais estrangeiros e brasileiros respectivamente. Os referidos dispositivos, contudo, ocupam-se não de competência mas, mais ampla e tecnicamente, de jurisdição. Eles se referem àqueles casos em que as autoridades judiciárias brasileiras podem e devem conhecer de alguns casos e em que medida o direito brasileiro não tolera que juízes ou juízos de outros ordenamentos jurídicos apreciem certas questões. Quando menos, em que os efeitos de decisões proferidas por órgãos jurisdicionais estrangeiros não podem ser sentidos no território brasileiro".

¹¹¹*Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V, 2ª ed. São Paulo: R.T., 1988, p. 198.

a reserva jurisdicional não se restringe às chamadas ações reais, abrangendo, ao contrário, todas aquelas atinentes não apenas à própria coisa, mas a qualquer direito a ela diretamente concernente. Não há, assim, pela necessidade de preservar a jurisdição brasileira, a perfeita correspondência que já se quis ver entre o art. 12, §1º, da LICC, antecedente direto do art. 89, I, do novo CPC, e o art. 136 do CPC de 1939, norma de competência interna, certa feita já tida como inaplicável em caso de ação ordinária de nulidade de transação referente a bem imóvel. O novo preceito, ao inverso, neste e em qualquer outro caso de direito relativo a imóvel, faz, com exclusão de qualquer outra, competente a autoridade judiciária brasileira¹¹².

A título de ilustração, tomemos como exemplo um contrato de locação não residencial (comercial) de bem imóvel urbano, situado na cidade do Rio de Janeiro (RJ) e também celebrado (local) no Rio de Janeiro (Brasil). Neste caso seria, pois, aplicável a legislação interna brasileira¹¹³, sendo certo, ademais, que seria competente a autoridade judiciária brasileira para dirimir eventuais conflitos¹¹⁴.

¹¹² CPC/1939, art. 135. O fôro do domicílio do de cujus será o competente para o inventário, a partilha e todas as ações relativas à herança. § 1º Se o óbito houver ocorrido no estrangeiro, será competente o fôro do último domicílio do de cujus no Brasil. §2º Na falta de domicílio certo, será competente o fôro da situação do imóvel deixado pelo de cujus e, na falta, o do lugar do falecimento, se ocorrido no Brasil. art. 136. Nas ações relativas a imóvel, será competente o fôro da sua situação, salvo o disposto no artigo anterior. Parágrafo único. Quando o imóvel, sobre que versar a lide, fôr situado em território estrangeiro, será competente o fôro do domicílio do réu. Sobre o disposto no art. 136 do CPC/39, ensina Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo II. 2ª ed. Rio de Janeiro: 1958, p. 313-315: “*Forum rei sitae*, reduzido no art. 136 ao bem imóvel, com a prevalência, no parágrafo único, do domicílio no Brasil, se o imóvel é situado no estrangeiro. (...). O art. 135 é derrogação ao princípio do art. 136, que estabelece o *forum rei sitae*, derrogação porque a inclusão da referência a imóvel deixado pelo decujo (art. 135. §2º) faz o fôro do imóvel só subsidiário. Daí a parte final do art. 136: ‘salvo o disposto no artigo anterior’. (...) Tem-se caído em demasiada simplificação quando se consideram as ações de que trata o art. 136. Porque a ação de despejo pode ser por inadimplemento de obrigação de alugueres, têm-se excluído as ações de despejo, posto que se incluam as ações possessórias. (...). Ações relativas a imóvel, diz o art. 136. Não é o mesmo que ações ‘que versarem sobre bens imóveis, ou sobre direitos a eles relativos’ (art. 81), ou ‘que versarem sobre imóveis, ou direitos a eles relativos’ (art. 192, V). Nos arts. 81 e 192, V, só se cogita dos direitos reais, ilimitados ou limitados. Não, por exemplo, da locação do prédio. No art. 136, sim: a regra jurídica de competência concernente às ações reais, às ações de despejo e à ação do promitente comprador contra o promitente vendedor. A competência é, aí, determinada pelo *situs*, como se dá com o arresto, a penhora, o sequestro”.

¹¹³No Brasil, a Lei do Inquilinato, promulgada no dia 18.10.1991, dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a ela pertinentes. A propósito do âmbito de aplicação da referida Lei do Inquilinato e da proteção dispensada às suas disposições normativas cogentes (obrigatórias), cite-se a lição de Arnaldo Wald, *verbis*: “A lei sistematizou melhor a matéria, começando pelas Disposições gerais, aplicáveis a todas as locações de imóveis urbanos, passando para as especiais, com a locação residencial e a não-residencial e cuida da parte processual, em que trouxe inovações quanto às ações de despejo, consignação, revisional e renovatória, alterando e extinguindo a Lei de Luvas e outras leis especiais (art. 90). (...). Tal como o fazia a lei anterior, a atual também impõe nulidade às cláusulas contratuais que visem a elidir os objetivos da lei, notadamente as que proíbam a prorrogação prevista no art. 47, ou que afastem o direito à renovação ou que imponham obrigações pecuniárias para tanto” (*Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. II. Obrigações e Contratos. 13ª ed. São Paulo: R.T., 1998, p. 349 e 380).

¹¹⁴ Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei 4.657/42), Art. 8º Para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados. § 1º Aplicar-se-á a lei do país em que for

Destarte, a indicação da legislação estrangeira para regular o referido contrato de locação não residencial (comercial) de imóvel urbano situado no Rio de Janeiro (Brasil) representaria, em última análise, uma tentativa de fraude à lei interna (brasileira) cogente (obrigatória), no tocante às normas imperativas da Lei do Inquilinato (Lei n. 8.245/91, art. 47).

Acerca da doutrina da fraude à lei, que pode ser equiparada ao abuso de direito (art. 187 do Código Civil de 2002; art. 160, I, do Código Civil de 1916)¹¹⁵, ou, ainda, à reserva de ordem pública (art. 17 da LICC)¹¹⁶, confira-se a lição de José Maria Rossani Garcez¹¹⁷, *verbis*: “A fraude à lei representa a realização de atos, que devem ser anulados ou neutralizados segundo os princípios do DIPr aplicáveis e independentemente da sistemática de solução de conflitos. A intenção dos atos de fraude à lei em DIPr é a de afastar a aplicação da lei interna, pela escolha e aplicação artificiosa da lei material estrangeira em casos em que a

domiciliado o proprietário, quanto aos bens moveis que ele trouxer ou se destinarem a transporte para outros lugares. Art. 12. É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação. Nesse sentido, confira-se, ainda, NADIA DE ARAUJO, *Direito Internacional Privado. Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 316-317: “A regra geral para a lei aplicável é a do local da constituição da obrigação. Repetiu-se a Introdução ao Código Civil de 1917. A única modificação foi a supressão da expressão ‘salvo estipulação em contrário’, que acarretou a proibição à autonomia da vontade. O *caput* do artigo 9º cuida da lei aplicável à validade substancial, ou aos chamados aspectos intrínsecos ou de fundo do contrato, para os contratos celebrados entre presentes”.

¹¹⁵ Garcez, José Maria Rossani, *Curso de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 85: “Não contemplando nosso sistema de DIPr expressamente a fraude à lei, entendem alguns que estaria, neste sentido, incluída na barreira da ordem pública, nos termos a que alude o art. 17 do LICC. (...). Tem razão o douto Professor Dolinger, que traz em reforço de sua posição a síntese do mestre argentino Werner Goldschmidt: ‘a fraude à lei consiste em um duplo abuso de direito; a pessoa fraudadora abusa de im direito para burlar a finalidade de outra norma jurídica”.

¹¹⁶ GARCEZ, José Maria Rossani, *Op. Cit.*, p. 89: “A reserva de ordem pública se encontra frequentemente mencionada nas legislações dos Estados. Esta é também uma área de vastas investigações e pesquisas científicas, ressaltando-se, desde logo, a dificuldade da conceituação propriamente dita do que seja ordem pública, além de seu valor transitório, uma vez que representa uma posição social, política e cultural do ordenamento jurídico do Estado adotada e modificada ao longo do tempo. Convém lembrar que o aspecto da excludente ditada pela ordem pública ocupa posição de máximo relevo, em especial quanto à sentença arbitral estrangeira. Encontra-se na Lei de Introdução ao Código Civil (art. 17), onde agrega a seu texto o conceito de ‘soberania nacional’, dispondo tal artigo não terem eficácia no Brasil as leis, atos [contratos] e sentenças ou declarações de vontade de outro país que ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes. Da mesma forma, dispõe o art. 216 do Regimento Interno do STF que não será homologada pelo Supremo sentença estrangeira que ofenda a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”. LICC, Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

¹¹⁷ *Op. Cit.*, p. 84 e 86.

lei interna aplicável ao caso não permitiria ou obstacularizaria a obtenção de determinados efeitos pretendidos pelo agente. A fraude à lei representaria, assim, a alteração evasiva procedida pelo agente quanto ao elemento de conexão que indicaria a lei aplicável, para, em seu lugar, aplicar outra lei, estrangeira, que lhe pareça melhor atender a seus interesses. (...). Como se disse anteriormente, a fraude à lei em DIPr pressupõe uma utilização artificial e maliciosa de uma regra de conflitos, em realidade uma manipulação sobre a conexão da mesma regra, com o objeto de internacionalizar uma situação que, sem esta manobra, seria tratada pela norma de direito nacional aplicável”.

Por fim, no tocante à competência da autoridade judiciária para dirimir os conflitos relativos aos direitos envolvendo imóveis situados no Brasil, ensina, ainda, José Maria Rossani Garcez¹¹⁸, *verbis*: “Da mesma forma estaria em confronto com a ordem pública nacional uma questão decidida no exterior em questão envolvendo direitos relativos a imóveis situados no Brasil, dado a que, nessa matéria, se aplicam as regras de competência internacional previstas no art. 12, §1º, da LICC e no art. 89 do CPC, que dispõem ser de exclusiva competência da autoridade judiciária brasileira conhecer de ações relativas a imóveis aqui situados. Assim, tal sentença arbitral proferida no exterior não seria aqui homologada pelo STF”.

Com efeito, o respeito à ordem pública e o exame da competência do juízo estrangeiro são pressupostos substanciais da sentença estrangeira homologanda, segundo Paulo Cezar Aragão¹¹⁹, *verbis*: “De todos os requisitos indispensáveis à homologabilidade das sentenças, nenhum desempenha papel de tanto destaque como a sua origem de juiz ou tribunal competente, nem tampouco deu lugar a tantas divergências, decorrentes da absoluta diversidade entre as normas sobre competência aceitas por cada Estado, (...). Não é, evidentemente, qualquer decisão que pode ser recebida no sistema jurídico nacional, pois, se o poder de julgar deriva da soberania mesma, seria incongruente que aceitássemos a sentença de um juiz estrangeiro ofensiva às nossas próprias normas sobre competência, ou melhor, às regras de competência que, de um modo ou de outro, reconhecimentos”. Prossegue Paulo Cezar Aragão¹²⁰, *verbis*: “Estabelecida, de um lado, a lei que há de reger a apuração da competência geral (ou internacional) dos juízes e tribunais do país a que pertence o juiz prolator da sentença estrangeira, faz-se mister determinar se também a competência especial (ou interna) há de ser objeto de exame, isto é, se a competência específica do próprio juiz, ou

¹¹⁸*Op. Cit.*, p. 91.

¹¹⁹*Op. Cit.*, p. 193.

¹²⁰*Op. Cit.*, p. 196-197.

tribunal, autor da decisão homologanda, pelos critérios do Direito interno estrangeiro, também está sujeita à verificação quando apresentada para reconhecimento”.

De rigor, fora o resguardo da competência internacional exclusiva brasileira nos casos de reserva jurisdicional, taxativamente previstos no Código de Processo Civil ou em leis extravagantes, conclui Paulo Cezar Aragão¹²¹ que *“princípio da autonomia da vontade teria precedência, e desde que a parte, que por um dos critérios de competência internacional concorrente, como ter seu domicílio no Brasil, ser o nosso País o local de cumprimento da obrigação por ela assumia, ou ainda originar-se a ação de ato por ela praticado ou fato ocasionado no Brasil (CPC, art. 88, I a III), poderia aqui se ver acionada, aceite a jurisdição estrangeira concorrente, lá comparecendo e oferecendo, de meritis, sua defesa, a posterior sentença poderá ser homologada”.*

Percebe-se, ainda, a mitigação do rigor do disposto no art. 89 do CPC - que visa tutelar, em última análise, a ordem pública e a soberania brasileiras -, em atenção aos princípios da efetividade¹²², da submissão¹²³, da igualdade material¹²⁴, da autonomia da

¹²¹*Op. Cit.*, p. 199: “Reina, porém, certa divergência a respeito de a voluntária submissão das partes valer, de per si, como título atributivo de jurisdição a um dado Estado, ante a inexistência de qualquer outro elementos de conexão preexistente e objetivo. No terreno obrigacional, tende-se a considerar, corretamente, que o negócio jurídico de aceitação do foro estrangeiro vale quase que como um pacto suplementar, seja expresso (declaração na defesa do réu ou mesmo eleição contratual do foro), seja tácito (ausência de oferecimento da *declinatoria fori*)”.

¹²² DIREITO PROCESSUAL E DIREITO INTERNACIONAL. PROPOSITURA, POR FRANCÊS NATURALIZADO BRASILEIRO, DE AÇÃO EM FACE DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA VISANDO A RECEBER INDENIZAÇÃO PELOS DANOS SOFRIDOS POR ELE E POR SUA FAMÍLIA, DE ETNIA JUDAICA, DURANTE A OCUPAÇÃO DO TERRITÓRIO FRANCES NA A SEGUNDA GUERRA MUNDIAL. SENTENÇA DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE EXTINGUIRA O PROCESSO POR SER, A AUTORIDADE JUDICIÁRIA BRASILEIRA, INTERNACIONALMENTE INCOMPETENTE PARA O JULGAMENTO DA CAUSA. REFORMA DA SENTENÇA RECORRIDA. - A competência (jurisdição) internacional da autoridade brasileira não se esgota pela mera análise dos arts. 88 e 89 do CPC, cujo rol não é exaustivo. Assim, pode haver processos que não se encontram na relação contida nessas normas, e que, não obstante, são passíveis de julgamento no Brasil. Deve-se analisar a existência de interesse da autoridade judiciária brasileira no julgamento da causa, na possibilidade de execução da respectiva sentença (princípio da efetividade) e na concordância, em algumas hipóteses, pelas partes envolvidas, em submeter o litígio à jurisdição nacional (princípio da submissão). - Há interesse da jurisdição brasileira em atuar na repressão dos ilícitos descritos na petição inicial. Em primeiro lugar, a existência de representações diplomáticas do Estado Estrangeiro no Brasil autoriza a aplicação, à hipótese, da regra do art. 88, I, do CPC. Em segundo lugar, é princípio constitucional basilar da República Federativa do Brasil o respeito à dignidade da pessoa humana. Esse princípio se espalha por todo o texto constitucional. No plano internacional, especificamente, há expresso compromisso do país com a prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos e o repúdio ao terrorismo e ao racismo. Disso decorre que a repressão de atos de racismo e de eugenia tão graves como os praticados pela Alemanha durante o regime nazista, nas hipóteses em que dirigidos contra brasileiros, mesmo naturalizados, interessam à República Federativa do Brasil e podem, portanto, ser aqui julgados. - A imunidade de jurisdição não representa uma regra que automaticamente deva ser aplicada aos processos judiciais movidos contra um Estado Estrangeiro. Trata-se de um direito que pode, ou não, ser exercido por esse Estado. Assim, não há motivos para que, de plano, seja extinta a presente ação. Justifica-se a citação do Estado Estrangeiro para que, querendo, alegue seu interesse de não se submeter à jurisdição brasileira, demonstrando se tratar, a hipótese, de prática de atos de império que autorizariam a invocação desse princípio. Recurso ordinário conhecido e provido. (RO . 64/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/05/2008, DJe 23/06/2008).

¹²³Conforme assinala Daniel Amorim Assunção Neves, *Op. Cit.*, p. 90: “O Superior Tribunal de Justiça, no enfrentamento do tema, já teve a oportunidade de decidir que a competência do juízo brasileiro não se exaure nas previsões contidas nos arts. 88 e 89 do CPC, devendo se analisar no caso concreto ‘a existência de interesse da autoridade judiciária brasileira no julgamento da causa, na possibilidade de execução da respectiva sentença (princípio da efetividade) e na concordância, em algumas hipóteses das partes envolvidas, em submeter o litígio à jurisdição nacional (princípio da submissão)”. Além dos princípios da efetividade e do princípio de submissão, citem-se os princípios da imunidade da jurisdição, proibição de denegação de justiça e autonomia da vontade. Sobre a

vontade¹²⁵, permitindo a homologação de sentença estrangeira sobre imóvel localizado no Brasil. Atualmente, após o advento da Constituição Federal da República de 1988 e da Lei n. 9.307/96¹²⁶, entendemos ser possível a conciliação da sobredita reversa de jurisdição brasileira

relativização da imunidade de jurisdição, trazemos à colação os seguintes precedentes do STJ: INTERNACIONAL, CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO MOVIDA CONTRA OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA DO NORTE. INTERVENÇÃO DE CARÁTER POLÍTICO E MILITAR EM APOIO À DEPOSIÇÃO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA DO BRASIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. DEMANDA MOVIDA PERANTE A JUSTIÇA FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. ATO DE IMPÉRIO. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO, POR VONTADE SOBERANA DO ESTADO ALIENÍGENA. PREMATURA EXTINÇÃO DO PROCESSO AB INITIO. DESCABIMENTO. RETORNO DOS AUTOS À VARA DE ORIGEM PARA QUE, PREVIAMENTE, SE OPORTUNIZE AO ESTADO SUPPLICADO A EVENTUAL RENÚNCIA À IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. I. Enquadrada a situação na hipótese do art. 88, I, e parágrafo único, do CPC, é de se ter como possivelmente competente a Justiça brasileira para a ação de indenização em virtude de danos morais e materiais alegadamente causados a cidadãos nacionais por Estado estrangeiro em seu território, decorrentes de ato de império, desde que o réu voluntariamente renuncie à imunidade de jurisdição que lhe é reconhecida. II. Caso em que se verifica precipitada a extinção do processo de pronto decretada pelo juízo singular, sem que antes se oportunize ao Estado alienígena a manifestação sobre o eventual desejo de abrir mão de tal prerrogativa e ser demandado perante a Justiça Federal brasileira, nos termos do art. 109, II, da Carta Política. III. Precedentes do STJ. IV. Recurso ordinário parcialmente provido, determinado o retorno dos autos à Vara de origem, para os fins acima. (RO . 57/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2008, DJe 14/09/2009).; Direito processual e direito internacional. Propositura, por brasileiro, de ação em face do Estado da Nova Zelândia visando a receber indenização por danos morais e materiais, decorrentes da proibição de entrada naquele país, apesar da anterior concessão de visto de turismo. Sentença que extinguiu o processo, por inépcia da inicial. Possibilidade de citação do Estado estrangeiro. - A imunidade de jurisdição não representa uma regra que automaticamente deva ser aplicada aos processos judiciais movidos contra um Estado Estrangeiro. Trata-se de um direito que pode, ou não, ser exercido por esse Estado. Assim, não há motivos para que, de plano, seja extinta a presente ação. Justifica-se a citação do Estado Estrangeiro para que, querendo, alegue seu interesse em não se submeter à jurisdição brasileira, demonstrando que a hipótese reproduz prática de ato de império que autoriza a invocação desse princípio. Recurso ordinário conhecido e provido. (RO. 70/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/05/2008, DJe 23/06/2008).

¹²⁴CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. RELAÇÃO EMPRESARIAL. NÃO INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. I - É válida cláusula de eleição de foro consensualmente estipulada pelas partes em relação tipicamente empresarial, mormente quando se trata de produtores rurais que desenvolvem atividades de grande porte e contratam em igualdades de condições. Agravo Regimental improvido. (AgRg no CC 68.062/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/10/2010, DJe 27/10/2010).

¹²⁵SENTENÇA ESTRANGEIRA. DIVÓRCIO. HOMOLOGAÇÃO. DEFERIMENTO. PARTILHA DE BENS. IMÓVEL SITUADO NO BRASIL. OFENSA À SOBERANIA NACIONAL. INEXISTÊNCIA. SEPARAÇÃO DE FATO. NOME. ALTERAÇÃO. QUESTÃO NÃO DECIDIDA NA DECISÃO HOMOLOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIACÃO. I - Impõe-se a homologação da sentença estrangeira quando atendidos todos os requisitos indispensáveis ao pedido, bem como constatada a ausência de ofensa à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes. II - Não contraria a ordem pública a sentença estrangeira que ratifica acordo das partes acerca de imóvel localizado em território brasileiro. Precedentes. III - A sentença homologanda informa que as partes estavam separadas de fato há mais de dois anos, sem terem retornado à vida comum, o que atende ao disposto no art. 226, § 6º, da Constituição Federal de 1988. IV - Impossibilidade de se apreciar a questão referente à eventual conservação do nome de casada da requerente, uma vez que a homologação da sentença estrangeira não pode abranger e nem estender-se a tópicos, acordos ou cláusulas que não se achem formalmente incorporados ao texto da decisão homologanda. Precedentes do c. Supremo Tribunal Federal. Homologação deferida (SEC .421/BO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/05/2007, DJ 03/09/2007, p. 110); SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. IMÓVEL SITUADO NO BRASIL. ACORDO ENTRE AS PARTES. POSSIBILIDADE. MATÉRIAS OBJETO DE CONTESTAÇÃO. ART. 9º DA RESOLUÇÃO Nº 9 DO STJ. TRÂNSITO EM JULGADO. CARIMBO ATESTANDO ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. - Não fere a soberania nacional, como reiteradamente decidido pelo STF e STJ, a sentença estrangeira que ratifica acordo das partes sobre imóvel localizado no Brasil. - As matérias passíveis de contestação na homologação da sentença estrangeira são aquelas elencadas no art. 9º da Resolução nº 9 do STJ.- A aposição de carimbo atestando o arquivamento dos autos comprova o trânsito em julgado da sentença.- Homologação da sentença estrangeira deferida.(SEC 1.397/US, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/08/2007, DJ 03/09/2007, p. 111); SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. IMÓVEL SITUADO NO BRASIL. ACORDO. ART. 89 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 1. Não representa contrariedade à ordem pública (art. 89 do Código de Processo Civil), como reiteradamente decidido pelo Supremo Tribunal Federal (SE 3.408 e SEC 7.146-1) a sentença estrangeira que ratifica acordo das partes sobre imóvel localizado no Brasil.2. Pedido de homologação deferida. (SEC.979/US, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/08/2005, DJ 29/08/2005, p. 134).

¹²⁶Direito Civil e Direito Processual Civil. Contrato. Cláusula compromissória. Lei n.º 9.307/96. Irretroatividade. I - A Lei n.º 9.307/96, sejam considerados os dispositivos de direito material, sejam os de direito processual, não pode retroagir para atingir os efeitos do negócio jurídico perfeito. Não se aplica, pois, aos contratos celebrados antes do prazo de seu art. 43. II - Recurso especial conhecido, mas desprovido. (REsp 238.174/SP, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/05/2003, DJ 16/06/2003, p. 333); RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. QUESTÕES SUCESSÓRIAS. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS E LIVROS COMERCIAIS A NÃO SÓCIO. CARÊNCIA DE AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA OU ARBITRAL. SENTENÇA ANTERIOR AO ADVENTO DA LEI 9.307/96. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE

com a cláusula arbitral (cláusula compromissória e o compromisso arbitral) numa perspectiva (pós) moderna do Processo Civil¹²⁷ e do acesso à justiça em um mundo globalizado que promove a internacionalização das relações humanas e comerciais¹²⁸.

INSTAURAÇÃO DA ARBITRAGEM. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (...) 3. Quanto à força da cláusula compromissória ou arbitral prevista no ajuste, tem-se que a presente ação foi proposta em dezembro de 1990 e os réus argüiram, em preliminar de contestação, a existência de cláusula arbitral (ou compromissória), em março de 1991. A sentença, por sua vez, foi prolatada em abril de 1993. Como se vê, ao contrário do que se deu no precedente referente ao REsp 712.566/RJ, a matéria aqui foi trazida aos autos antes da entrada em vigor da Lei 9.307/96 e, portanto, antes da alteração que referida Lei (art.41) promoveu na redação do art. 267 do Código de Processo Civil, autorizando a extinção do processo sem julgamento de mérito por convenção de arbitragem (gênero do qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral). 4. Nesse contexto, não havia obrigatoriedade, na época, da instauração da arbitragem em vista de cláusula compromissória e, portanto, inexistia causa suficiente para extinção do processo sem julgamento de mérito, o que, então, somente se daria caso existisse compromisso arbitral. 5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido (REsp 270.169/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 17/11/2011, DJe 24/11/2011)

¹²⁷ A propósito dos modos de conclusão do processo e meios para a solução dos litígios, confira-se a seguinte passagem de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*. 3ª ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, p. 75-76 "Las relaciones entre jurisdicción, conciliación, mediación, autocomposición y arbitraje, en torno a las que gira este número de la obra, cabe establecerlas así: A) Las três primeiras y el arbitraje, que desde mi punto de vista reabsorben la jurisdicción, coinciden en dos extremos: 1º, persiguen la solución de litígios inminentes o presentes (en este aspecto concuerda asimismo con la solución de autocomposición), e 2º, funcionan a tal fin a base de dos partes y un tercero imparcial. Pero discrepan en que mientras el juzgador se encuentra supra partes y, por tanto, impone una solución, el conciliador, que formalmente se halla entre partes, aunque materialmente esté infra partes, lo mismo que el mediador, se limita a proponer una o más soluciones. (...). 1) Mediador: Pro-pone una o más soluciones; 2) Autocomponedor: Dis-pone de la solución; 3) Juzgador: Im-poner la solución".

¹²⁸ DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE IMAGEM EM SÍTIO ELETRÔNICO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PARA EMPRESA ESPANHOLA. CONTRATO COM CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO NO EXTERIOR. 1. A evolução dos sistemas relacionados à informática proporciona a internacionalização das relações humanas, relativiza as distâncias geográficas e enseja múltiplas e instantâneas interações entre indivíduos. (...) 4. A questão principal relaciona-se à possibilidade de pessoa física, com domicílio no Brasil, invocar a jurisdição brasileira, em caso envolvendo contrato de prestação de serviço contendo cláusula de foro na Espanha. A autora, percebendo que sua imagem está sendo utilizada indevidamente por intermédio de sítio eletrônico veiculado no exterior, mas acessível pela rede mundial de computadores, ajuíza ação pleiteando ressarcimento por danos material e moral. 5. Os artigos 100, inciso IV, alíneas "b" e "c" c/c art. 12, incisos VII e VIII, ambos do CPC, devem receber interpretação extensiva, pois quando a legislação menciona a perspectiva de citação de pessoa jurídica estabelecida por meio de agência, filial ou sucursal, está se referindo à existência de estabelecimento de pessoa jurídica estrangeira no Brasil, qualquer que seja o nome e a situação jurídica desse estabelecimento. (...) 7. O exercício da jurisdição, função estatal que busca composição de conflitos de interesse, deve observar certos princípios, decorrentes da própria organização do Estado moderno, que se constituem em elementos essenciais para a concretude do exercício jurisdicional, sendo que dentre eles avultam: inevitabilidade, investidura, indelegabilidade, inércia, unicidade, inafastabilidade e aderência. No tocante ao princípio da aderência, especificamente, este pressupõe que, para que a jurisdição seja exercida, deve haver correlação com um território. Assim, para as lesões a direitos ocorridos no âmbito do território brasileiro, em linha de princípio, a autoridade judiciária nacional detém competência para processar e julgar o litígio. 8. O Art. 88 do CPC, mitigando o princípio da aderência, cuida das hipóteses de jurisdição concorrente (cumulativa), sendo que a jurisdição do Poder Judiciário Brasileiro não exclui a de outro Estado, competente a justiça brasileira apenas por razões de viabilidade e efetividade da prestação jurisdicional, estas corroboradas pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, que imprime ao Estado a obrigação de solucionar as lides que lhe são apresentadas, com vistas à consecução da paz social. 9. A comunicação global via computadores pulverizou as fronteiras territoriais e criou um novo mecanismo de comunicação humana, porém não subverteu a possibilidade e a credibilidade da aplicação da lei baseada nas fronteiras geográficas, motivo pelo qual a inexistência de legislação internacional que regule a jurisdição no ciberespaço abre a possibilidade de admissão da jurisdição do domicílio dos usuários da internet para a análise e processamento de demandas envolvendo eventuais condutas indevidas realizadas no espaço virtual. 10. Com o desenvolvimento da tecnologia, passa a existir um novo conceito de privacidade, sendo o consentimento do interessado o ponto de referência de todo o sistema de tutela da privacidade, direito que toda pessoa tem de dispor com exclusividade sobre as próprias informações, nelas incluindo o direito à imagem. (...) 12. A cláusula de eleição de foro existente em contrato de prestação de serviços no exterior, portanto, não afasta a jurisdição brasileira. (...) 14. Quando a alegada atividade ilícita tiver sido praticada pela internet,

4. Acesso à Justiça: Arbitragem na Constituição de 1988, na Lei 9.307/96, na reforma do CPC e no Direito Imobiliário.

As Constituições de 1946, 1967 e 1969 foram, pois, silentes sobre a arbitragem, o que não impediu que o Código de Processo Civil (Lei n. 5.869/73) consagrasse o juízo arbitral¹²⁹, disciplinado no Livro IV ("Dos procedimentos especiais"), Título I ("Dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa"), Capítulo XIV ("Do juízo arbitral")¹³⁰.

A Constituição de 1988, no Capítulo III ("Do Poder Judiciário"), Seção V ("Dos tribunais e juízes do trabalho")¹³¹, prevê expressamente arbitragem (e não mais o juízo arbitral) como meio alternativo de solução de conflitos, seguindo a mais moderna filosofia sobre o instituto, em consonância com o princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF), desde que observadas as premissas de igualdade e autonomia materiais (art. 5º, *caput*, e II, da CF) e efetividade¹³².

independentemente de foro previsto no contrato de prestação de serviço, ainda que no exterior, é competente a autoridade judiciária brasileira caso acionada para dirimir o conflito, pois aqui tem domicílio a autora e é o local onde houve acesso ao sítio eletrônico onde a informação foi veiculada, interpretando-se como ato praticado no Brasil, aplicando-se à hipótese o disposto no artigo 88, III, do CPC. 15. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1168547/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJe 07/02/2011).

¹²⁹CPC/1973, arts. 1.072 a 1.102 (juízo arbitral); CC/1916, arts. 1.037 a 1.048 (do compromisso).

¹³⁰ Alvim, J. E. Carreira. *Comentários à Lei de Arbitragem*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 5.

¹³¹Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; II as ações que envolvam exercício do direito de greve; III as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; (...) § 1º - Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente

¹³² Galdino, Flávio. *A Evolução das Idéias de Acesso à Justiça*. In Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torre / Daniel Sarmiento, Flávio Galdino (orgs.) – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 465: "Embora moldado a partir de várias premissas diferentes, verificou-se uma construção consistente do princípio do acesso à justiça, que funciona hoje como matriz metodológica da ciência processual, com base constitucional no art. 5º, XXXV, da CF. A partir dessas premissas, igualdade material e efetividade, a jurisdição passa a ocupar o pólo central da teoria geral do processo, influenciando de modo determinante os vários setores do processo civil, em conjugação com os meios alternativos de solução de controvérsias. (...). A verdade é que nem todas as situações da vida são passíveis de serem submetidas ao controle do Poder Judiciário ou têm solução a partir de decisões judiciais, bem mesmo as situações internas aos processos. Nem sempre a identificação de parâmetros jurídicos para uma determinada situação ou litígio é suficiente para que ele seja solucionado judicialmente. Na verdade, nem todas as injustiças podem ser corrigidas pela via judiciária – a maior das injustiças legais, por exemplo. Nesse sentido, em conclusão, o presente estudo pretende sustentar a necessidade de identificação dos parâmetros que melhor delimitam as situações jurídicas justiciáveis, construindo os legítimos limites à atuação do Poder Judiciário".

Deveras, o avançado modelo de arbitragem voluntária (facultativo), instituído pela Lei n. 9.307/96, exige, como requisitos fundamentais *prima facie*, a capacidade dos contratantes (arbitrabilidade subjetiva: art. 1º da Lei n. 9.307/96)¹³³, sem o que não pode ser firmada a convenção de arbitragem, e que a controvérsia diga respeito a direito patrimonial disponível (arbitrabilidade objetiva: art. 2º da Lei n. 9.307/96), ou seja, *“as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem”*.¹³⁴

No tocante aos litígios relacionados ao direito imobiliário, é preciso verificar se haveria limitação para submetê-lo à arbitragem em razão de competência exclusiva da jurisdição estatal (art. 89 do CPC)¹³⁵.

Para Flávia Savio C.S. Cristofaro, *“deve-se ter em mente o momento histórico em que foi editada a norma do art. 5º, XXXV da CF/88. Tal norma surgiu na Constituição de 1946 (art. 141, §3), com a intenção de impedir que a lei excluísse determinadas questões lesivas aos direitos individuais da apreciação do Judiciário, e não que as partes, de comum acordo, pactuassem outra forma de solucionar suas controvérsias. O referido dispositivo constitucional representa uma garantia ao direito das partes, e não uma imposição. Dessa forma, não haveria qualquer justificativa para se impedir que as partes submetessem determinada*

¹³³ Carmona, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 37: “A capacidade jurídica consiste – como lembro Angelo Favata – ‘na aptidão de tornar-se sujeito de direitos e de deveres’, sendo tal capacidade o pressuposto de todos os direitos e obrigações(...). Considerando-se que a instituição do juízo arbitral pressupõe a disponibilidade do direito, não podem instaurar processo arbitral aqueles que tenham apenas poderes de administração, bem como os incapazes (ainda que representados ou assistidos). Isto significa que o inventariante do Espólio e o síndico do condomínio, não podem, sem permissão, submeter demanda a julgamento arbitral; havendo, porém, autorização (judicial, no caso do inventariante e do síndico da falência, ou da assembleia de condôminos, no que diz respeito ao condomínio), poderá ser celebrada a convenção de arbitragem. Sem autorização, será nula a cláusula ou o compromisso arbitral”.

¹³⁴ Carmona, Carlos Alberto. *Op.Cit.*, p. 38-39: “Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugar, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante capacidade jurídica para tanto. (...). Pode-se continuar a dizer, na esteira do que dispunha o Código de Processo Civil (art. 1.072, revogado), que são arbitráveis as controvérsias a cujo respeito os litigantes podem transigir”.

¹³⁵ Kroetz, Tarcísio Araújo. *Arbitragem: conceito e pressupostos de validade*. São Paulo: R.T., 1997, p. 102: “O conteúdo de determinadas relações jurídicas tem como foro competente a jurisdição estatal, impedindo que por consequência estas matérias sejam objeto da convenção de arbitragem”.

controvérsia envolvendo imóvel situado no Brasil (art. 89, I, do CPC) à arbitragem, e não à jurisdição estatal, da mesma forma como poderiam ter decidido transacionar acerca de tal litígio sem recorrer à jurisdição estatal ou arbitral. (...). Por outro lado, o eventual entendimento de que o art. 89 do CPC, exigiria que a matéria nele prevista só pudesse ser conhecida em arbitragem realizada no Brasil esbarraria no fato de que a Lei n. 9.307/96 (que, ressalte-se, é posterior ao CPC e é lei especial) não faz qualquer distinção de competência entre árbitros no Brasil e no exterior, exigindo apenas que o objeto do litígio seja matéria patrimonial disponível”.

Além dos argumentos expendidos alhures relacionados ao conflito aparente de normas (LICC, arts. 2º)¹³⁶ e a autonomia da vontade das partes interessadas na opção pela arbitragem (arts. 5º, *caput*, II, da CF; arts. 1º, 2º e 3º da Lei n. 9.307/96)¹³⁷, cumpre acrescentar que, sob os prismas estrutural e funcional conciliatórios com a dimensão (pós) moderna dos princípios do acesso à justiça e da efetividade (adequação e duração razoável) do processo (arts. 5º, XXXV e LXXVIII, da CF), parece-me razoável afirmar que não há reserva de “jurisdição” em favor de “autoridade brasileira”, por força das seguintes proposições: (i) a arbitragem é, entre nós, de cunho jurisdicional, possuindo a sentença arbitral a mesma eficácia que a ordem jurídica reconhece à sentença judicial brasileira¹³⁸; (ii) a natureza da

¹³⁶ LICC, Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. § 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

¹³⁷ Nesse sentido, confira-se a lição de Verde, Giovanni. *Lineamenti di Diritto Dell'Arbitrato*. Terza edizione. Torino: G. Giappichelli, 2010, p. 3-4: “La Corte ha posto in evidenza che l'art. 24 Cost. m quando prevede che ‘tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi’, obbliga lo Stato ad apprestare l'organizzazione giudiziaria indispensabile per garantire tal diritto, secondo le modalità previste negli artt. 101 ss. Cost., ma non obbliga il cittadino a farvi ricorso. Quest'ultimo, come può decidere di non tutelare i propri diritti, così può decidere di tutelarli diversamente e, quindi, senza ricorrere al giudice dello Stato. Il fondamento dell'arbitrato, quindi, dal punto di vista negativo, è nell'art. 24 e, dal punto di vista positivo, è nell'autonomia privata e nella sua rinuncia a tale autonomia, là dove si muova dentro i confini della possibilità”.

¹³⁸ Lei n. 9.307/96, Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário; Art. 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. Alvim, José Eduardo Carreira. *Op. Cit.*, p. 31: “A verdadeira natureza jurídica da arbitragem é, entre nós, de cunho jurisdicional, possuindo a sentença arbitral a mesma eficácia que a ordem jurídica reconhece à sentença judicial (art. 31, LA)”. Rocha, José de Albuquerque. *A Lei de Arbitragem: uma avaliação crítica*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 115-116: “Sentença arbitral é a decisão pela qual o árbitro ou o tribunal arbitral, com base nos poderes que lhes confere a convenção de arbitragem, resolvem as questões litigiosas civis sobre direitos patrimoniais disponíveis que lhes são submetidas pelas partes. É o ato final do procedimento arbitral, através do qual os árbitros esgotam sua função jurisdicional, salvo o poder de corrigir, esclarecer ou integrar a sentença. Dispõe o art. 31 da Lei de arbitragem que 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. O artigo equipara a eficácia da sentença arbitral à sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário, conferindo-lhe, inclusive, a categoria, de título executivo

sentença arbitral é de título executivo judicial, sendo a mesma apta a deflagrar o cumprimento de sentença¹³⁹; (iii) a dupla natureza, material e processual, da convenção de arbitragem¹⁴⁰ (modalidade peculiar de contrato¹⁴¹ e pressuposto processual negativo de validade processual¹⁴²); e, por fim, (iv) a eficácia imediata da sentença de instituição da arbitragem em decorrência da obrigatoriedade da convenção arbitral (cláusula compromissória)¹⁴³.

judicial. A sentença arbitral é, pois, ato jurisdicional, como afirmamos no capítulo II sobre a natureza jurídica da arbitragem. Assim, sentença arbitral e sentença dos órgãos do Poder Judiciário têm a mesma essência jurídica: ambas são declarações de vontade do Estado, no caso concreto, formuladas pelo magistrados judiciais ou pelos árbitros, estes últimos agentes privados no exercício da função jurisdicional". Na Espanha, Ferrándiz, Leonardo Pietro-Castro, *Derecho Procesal Civil*. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1989, p. 423: "A nuestro modo de ver, el arbitraje es, en su origen, de derecho privado, como creación de la voluntad de los particulares, pero procesa por las sujeciones y limitaciones a que esta voluntad se somete, justamente para que se produzcan efectos de esta clase y, en particular, efecto declarativo vinculante y ejecutivo (em su caso) del laudo de los árbitros. Pues la institución del arbitraje se compone de varios elementos: voluntad de los interesados de someterse a la decisión de los árbitros (manifestada en el compromiso), entrega y aceptación del encargo de conocer y resolver por los árbitros (receptum arbitrii); actuación cognitoria y decisoria de los mismos (procedimiento arbitral), y ejecución oficial del laudo (en su caso)".

¹³⁹CPC, Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: IV – a sentença arbitral; Art. 475-P. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante: (...); III – o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral ou de sentença estrangeira.

¹⁴⁰ CPC, Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...); VII - pela convenção de arbitragem; Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: (...); IX - convenção de arbitragem; § 4º Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo. Garcez, José Maria Rossani. *Técnicas de Negociação, Resolução Alternativa de Conflitos: ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 85: "A existência de uma cláusula compromissória válida é suficiente para justificar a prejudicial de exclusão da via judicial a ser alegada pela outra parte caso uma delas se 'esqueça' e inobstante o particular da existência da cláusula compromissória, resolva ingressar em juízo. Este conceito já existe refletido em muitas decisões judiciais, a que os interessados poderão ter acesso ao consultar repertórios jurisprudenciais disponíveis". Carmona, Carlos Alberto. *Op.Cit.*, p. 485-486: "Quis o legislador fortalecer claramente a cláusula compromissória, por reconhecer que essa modalidade de pacto arbitral provavelmente acabará suplantando o compromisso como fórmula introdutória do juízo arbitral. Assim, juntado aos autos pelo demandante um documento que contenha cláusula compromissória, o juiz não estará obrigado a esperar a apresentação de contestação, com arguição de preliminar, para extinguir o feito, podendo desde logo proferir sentença de extinção do processo sem julgamento do mérito. O mesmo não sucederá, porém, com relação ao compromisso arbitral, pois este continua a reger-se pelo regime da dispositividade, o que significa que o réu tem o ônus de alegar em preliminar de contestação a existência de compromisso arbitral sob pena de, não o fazendo, concordar tacitamente com sua revogação".

¹⁴¹ Martins, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 62: "Registre-se que a convenção de arbitragem é de natureza consensual e afirma interesses comuns das partes. Não lança direitos contrapostos, ao contrário, o objetivo é de via única. É da índole dos contratos plurilaterais onde os direitos e as obrigações são voltados para um único e comum objetivo, qual seja, solucionar a controvérsia, futura ou presente, pela via da arbitragem, com a consequente exclusão da jurisdição estatal. Trata-se de uma modalidade peculiar de contrato e que foge à tradicional normatividade a que se sujeitam os contratos em geral".

¹⁴² Cuida-se de embargos declaratórios interpostos por ESPAL REPRESENTAÇÕES E CONTA PRÓPRIA LTDA, contra acórdão assim ementado: "Processual civil. Recurso especial. Cláusula arbitral. Lei de Arbitragem. Aplicação imediata. Extinção do processo sem julgamento de mérito. Contrato internacional. Protocolo de Genebra de 1923. - Com a alteração do art. 267, VII, do CPC pela Lei de Arbitragem, a pactuação tanto do compromisso como da cláusula arbitral passou a ser considerada hipótese de extinção do processo sem julgamento do mérito. - Impõe-se a extinção

Entre os demais requisitos de validade¹⁴⁴ (v.g., os elementos obrigatórios do compromisso arbitral constantes do art. 10 da Lei n. 9.307/96) e de eficácia (v.g. cláusula compromissória nos contrato de adesão, prevista no art.4º, §2º, da Lei n. 9.307/96) da convenção de arbitragem, gênero que alberga as espécies cláusula compromissória¹⁴⁵ e compromisso arbitral (art. 4º da Lei n. 9.307/96), insta salientar que a livre escolha do árbitro, capaz e de confiança das partes, assume especial importância no âmbito das controvérsias imobiliárias, em apreço aos princípios da igualdade material¹⁴⁶ e da autonomia (formal e material) das partes. Ressalte-se, por oportuno, a relevância da função do árbitro, eis que caberá ao mesmo decidir, por requerimento ou de ofício, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha cláusula compromissória (art. 8º, parágrafo único, da Lei n. 9.307/96)¹⁴⁷.

Pois bem. Os conflitos (v.g. despejo, pretensão renovatória, revisional de aluguel, reintegração de posse etc.) oriundos das locações urbanas, reguladas pela Lei n. 8.245/91,

do processo sem julgamento do mérito se, quando invocada a existência de cláusula arbitral, já vigorava a Lei de Arbitragem, ainda que o contrato tenha sido celebrado em data anterior à sua vigência, pois, as normas processuais têm aplicação imediata. - Pelo Protocolo de Genebra de 1923, subscrito pelo Brasil, a eleição de compromisso ou cláusula arbitral imprime às partes contratantes a obrigação de submeter eventuais conflitos à arbitragem, ficando afastada a solução judicial. - Nos contratos internacionais, devem prevalecer os princípios gerais de direito internacional em detrimento da normatização específica de cada país, o que justifica a análise da cláusula arbitral sob a ótica do Protocolo de Genebra de 1923. Precedentes. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido" (fls. 375). (STJ, 3ª Turma, EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 712.566 - RJ (2004/0180930-0); Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgamento de 27/09/2 005).

¹⁴³ CPC, Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem. Art. 521. Recebida a apelação em ambos os efeitos, o juiz não poderá inovar no processo; recebida só no efeito devolutivo, o apelado poderá promover, desde logo, a execução provisória da sentença, extraindo a respectiva carta.

¹⁴⁴ Sobre os pressupostos de validade na perspectiva material, confira-se Kroetz, Tarcísio Araújo. *Op. Cit.*, p. 81-112.

¹⁴⁵ Lei n. 9.307/96, Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

¹⁴⁶ CONTRATO DE ADESÃO - ELEIÇÃO DE FORO - POSSIBILIDADE - ARTIGO 111 DO CPC - SÚMULA Nº 335 DO STF. Não há contrato de adesão quando as partes contratantes, sendo economicamente iguais, livres e conscientes assinam contrato concordando com a eleição do foro. Recurso provido. (REsp 161.548/SP, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/05/1998, DJ 10/08/1998, p. 29)

¹⁴⁷ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO DE ADESÃO. VEDAÇÃO DE IMPOSIÇÃO COMPULSÓRIA DE CLÁUSULA ARBITRAL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ALEGAÇÃO DE LIVRE PACTUAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO. CONCLUSÃO DE UTILIZAÇÃO OBRIGATÓRIA PELO TRIBUNAL A QUO. DESLINDE DA CONTROVÉRSIA RECAI EM REEXAME DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 5, DESTA CORTE. I. Vedada a imposição compulsória de cláusula arbitral em contratos de adesão firmados sob a vigência do código de defesa do consumidor. II. Acórdão recorrido que conclui pela utilização compulsória da cláusula arbitral, por parte da recorrente, não pode ser desconstituído nesta Corte sem o necessário reexame de cláusulas contratuais, hipótese vedada pela Súmula n. 5-STJ. III. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg nos EDcl no Ag 1101015/RJ, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 23/03/2011)

pelo Código Civil e pelas leis especiais¹⁴⁸, também podem ser solucionados por meio da arbitragem.

Com efeito, a solução arbitral coaduna-se com as disposições legais cogentes da Lei n. 8.245/91¹⁴⁹, pois, segundo Luiz Antonio Scavone Junior¹⁵⁰, a aplicação da Lei n. 9.307/96 não visa elidir os objetivos cogentes da Lei do Inquilinato, de maneira que *prima facie* é válida

¹⁴⁸ Lei n. 8.245/91, art. 1º, tais como as locações de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos; de espaços destinados à publicidade; em apart-hotéis, hotéis-residência ou equiparados, assim considerados aqueles que prestam serviços regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar; o arrendamento mercantil, em qualquer de suas modalidades.

¹⁴⁹ Art. 45. São nulas de pleno direito as cláusulas do contrato de locação que visem a elidir os objetivos da presente lei, notadamente as que proíbam a prorrogação prevista no art. 47, ou que afastem o direito à renovação, na hipótese do art. 51, ou que imponham obrigações pecuniárias para tanto. Art. 47. Quando ajustada verbalmente ou por escrito e como prazo inferior a trinta meses, findo o prazo estabelecido, a locação prorroga - se automaticamente, por prazo indeterminado, somente podendo ser retomado o imóvel: I - Nos casos do art. 9º; II - em decorrência de extinção do contrato de trabalho, se a ocupação do imóvel pelo locatário relacionada com o seu emprego; III - se for pedido para uso próprio, de seu cônjuge ou companheiro, ou para uso residencial de ascendente ou descendente que não disponha, assim como seu cônjuge ou companheiro, de imóvel residencial próprio; IV - se for pedido para demolição e edificação licenciada ou para a realização de obras aprovadas pelo Poder Público, que aumentem a área construída, em, no mínimo, vinte por cento ou, se o imóvel for destinado a exploração de hotel ou pensão, em cinquenta por cento; V - se a vigência ininterrupta da locação ultrapassar cinco anos. § 1º Na hipótese do inciso III, a necessidade deverá ser judicialmente demonstrada, se: a) O retomante, alegando necessidade de usar o imóvel, estiver ocupando, com a mesma finalidade, outro de sua propriedade situado nas mesma localidade ou, residindo ou utilizando imóvel alheio, já tiver retomado o imóvel anteriormente; b) o ascendente ou descendente, beneficiário da retomada, residir em imóvel próprio. § 2º Nas hipóteses dos incisos III e IV, o retomante deverá comprovar ser proprietário, promissário comprador ou promissário cessionário, em caráter irrevogável, com imissão na posse do imóvel e título registrado junto à matrícula do mesmo. Art. 51. Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito a renovação do contrato, por igual prazo, desde que, cumulativamente: I - o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado; II - o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de cinco anos; III - o locatário esteja explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos. § 1º O direito assegurado neste artigo poderá ser exercido pelos cessionários ou sucessores da locação; no caso de sublocação total do imóvel, o direito a renovação somente poderá ser exercido pelo sublocatário. § 2º Quando o contrato autorizar que o locatário utilize o imóvel para as atividades de sociedade de que faça parte e que a esta passe a pertencer o fundo de comércio, o direito a renovação poderá ser exercido pelo locatário ou pela sociedade. § 3º Dissolvida a sociedade comercial por morte de um dos sócios, o sócio sobrevivente fica sub - rogado no direito a renovação, desde que continue no mesmo ramo. § 4º O direito a renovação do contrato estende - se às locações celebradas por indústrias e sociedades civis com fim lucrativo, regularmente constituídas, desde que ocorrentes os pressupostos previstos neste artigo. § 5º Do direito a renovação decai aquele que não propuser a ação no interregno de um ano, no máximo, até seis meses, no mínimo, anteriores à data da finalização do prazo do contrato em vigor.

¹⁵⁰ Manual de Arbitragem. 3ª ed. São Paulo: R.T., 2009, p. 42.

a cláusula ou o compromisso arbitral e aplicação da própria Lei n. 8.245/91, no seu aspecto de direito material, para solução de conflitos¹⁵¹.

Deveras, a locação admite a cláusula e o compromisso arbitral indistintamente, atuando o árbitro nas diversas modalidades de pretensões locatícias, aplicando materialmente a Lei do Inquilinato, sendo certo que a execução do julgado (v.g. desalijo, enfim, efetivação das medidas executivas, diretas e indiretas) será feita pelo Poder Judiciário, quando necessária¹⁵².

Como visto alhures, em caso de contrato locatício de adesão, a cláusula compromissória, estipulada por escrita, inserida no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira, terá a sua eficácia condicionada à iniciativa do aderente para instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.¹⁵³

¹⁵¹ SCAVONE Júnior, Luiz Antonio. *Op. Cit.*, p. 43: "Nesse sentido, afirmou o Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação 1066629-0/9 (26ª Câmara, rel. Des. Renato Sartorelli, j. 17.12.2007): 'Bem por isso, não há que se cogitar de nulidade da cláusula compromissória instituída no pacto, que é cogente e obriga as partes por força do princípio da liberdade contratual que regula a relação locatícia'. Já se decidiu em sentido contrário. O julgado está assim ementado: Prestação de serviços – Ação anulatória de sentença arbitral e cláusulas compromissórias – Presença dos requisitos para antecipação de tutela – Cláusulas elaboradas no interesse de imobiliária, e não nos interesses dos locatários e da locadora – Lei do Inquilinato, ademais, que se reveste de caráter de ordem pública, com regras que não se submetem à arbitragem – Recurso provido. Tendo as cláusulas compromissórias, firmadas pelas partes, sido elaboradas no interesse da imobiliária, e não da titular do domínio do imóvel a ser administrado, bem dos agravados, e levando-se em conta que a Lei do Inquilinato tem caráter de lei de ordem pública, cabe a tutela antecipada para o fim de serem anuladas essas cláusulas, já que se encontram presentes os requisitos para tanto (TJSP, 29ª Câmara, Agravo de Instrumento 1114160-0/3, rel. Des. Luis de Carvalho). Tratava-se de convenção de arbitragem firmada em benefício de terceiro, ou seja, de imobiliária que administrava e intermediava a relação entre locador e locatário. Pensamos que houve confusão entre o caráter cogente dos dispositivos de natureza material da Lei 8.245/91 (Lei do Inquilinato) com a indisponibilidade do direito. Vimos que os direitos que decorrem da locação não são, em hipótese alguma, indisponíveis, posto que evidentemente admitem transação. Melhor seria, no caso, justificativa diversa, em razão do excesso cometido, do conflito de interesses ou consequente vício do consentimento (erro ou dolo)".

¹⁵² SCAVONE Júnior, Luiz Antonio. *Op. Cit.*, p. 42: "No caso de renovatória ou revisional de aluguéis, sequer haverá esta necessidade, de tal sorte que a sentença arbitral já declarará a renovação compulsória e o novo aluguel, respectivamente".

¹⁵³ SCAVONE Júnior, Luiz Antonio. *Op. Cit.*, p. 43: "Apenas, se do contrato de locação decorrer um contrato de adesão, mister se faz que a cláusula arbitram esteja redigida em destaque (no mínimo negrito) ou em documento apartado e que contenha visto ou assinatura específica".

Discute-se, em sede doutrinária¹⁵⁴ e jurisprudencial ¹⁵⁵, a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações locatícias disciplinadas pela Lei n. 8.245/91. De qualquer sorte, recomenda-se cuidadosa avaliação das tratativas preliminares (v.g. redação da convenção de arbitragem, escolha do árbitro etc.) entre as partes por ocasião da celebração do contrato de locação e a instituição da cláusula compromissória, em observância à autonomia da vontade das partes e a boa-fé objetiva (arts. 1º e 2º, §1º, da Lei n. 9.307/96; arts. 113, 187 e 422 do CC; arts. 4º, III, IV e VI, 6º, 7º e 51, IV, da Lei n. 8.078/90)¹⁵⁶.

¹⁵⁴ SCAVONE Júnior, Luiz Antonio. *Op. Cit.*, p. 42-43: "Mas poder-se-ia redarguir, questionando se nas locações há ou não relação de consumo. (...). Portanto, se não há relação de consumo, tampouco, como vimos, existe a vedação da cláusula arbitral".

¹⁵⁵ SCAVONE Júnior, Luiz Antonio. *Op. Cit.*, p. 42: "Locação – Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor – Fiador. 1. Esta Corte firmou compreensão no sentido de que o Código de Consumidor não aplicável aos contratos locativos. 2. Se há disposição contratual específica prevendo a responsabilidade dos fiadores, no caso de renovação de contrato de locação por prazo indeterminado, até a entrega das chaves, não será hipótese de interpretação, mas de simples aplicação da cláusula. 3. Recurso não conhecido (6ª T. REsp. 329.067/MG, rel. Min. Paulo Gallotti, j. 18.12.2002, DJ 02.08.2004, p. 576)". "Ação civil pública. Legitimidade do Ministério Público. Locação predial urbana. Inexistência de relação de consumo. 1. De acordo com precedente da Corte Especial, o Ministério Público está legitimado para defender direitos individuais homogêneos que tenham repercussão no interesse público. 2. A Lei nº 8.078/90 – Cód. de Defesa do Consumidor – não se aplica às locações de imóveis urbanos, regidas pela Lei nº 8.245/91. Jurisprudência da 5ª e 6ª Turmas. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 590.802/RS, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 30/05/2006, DJ 14/08/2006, p. 340); "LOCAÇÃO. LEI 8.245/91. RETENÇÃO E INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEI 8.078/90. INAPLICABILIDADE. Não é nula, nos contratos de locação urbana, a cláusula que estabelece a renúncia ao direito de retenção ou indenização por benfeitorias. Não se aplica às relações regidas pela Lei 8.245/91, porquanto lei específica, o Código do Consumidor." Recurso conhecido e provido. (REsp 575.020/RS, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/10/2004, DJ 08/11/2004, p. 273)

¹⁵⁶ SOUZA, Sylvio Capanema de. *Da locação do imóvel urbano: direito e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 9-10: "A Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, dispõe sobre a proteção do consumidor, é um pouco anterior à Lei do Inquilinato. Até hoje se discute, sem que se chegue a um consenso, se a relação de locação traduz uma operação de consumo, devendo subsumir-se ao regime geral do Código de Defesa do Consumidor. Para uns seria o locatário o destinatário final do serviço que lhe presta o locador. Os que assim se posicionam invocam a definição constante do art. 3º, §2º, da Lei n. 8.078/90, segundo o qual serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, que, no caso da locação, traduzir-se-ia pelo aluguel. Outros, entretanto, vislumbram no contrato apenas a transmissão da posse direta de uma coisa não fungível, por um certo tempo, mediante contraprestação não se comprometendo o locador a prestar ao locatário qualquer serviço, salvo nas hipóteses de locações em apart-hotéis ou assemelhados, que, por isso mesmo, não se incluem no âmbito de incidência da Lei do Inquilinato. Preferimos seguir esta última orientação, o que nem de longe significa dizer que muitos dos princípios éticos emanam do Código de Defesa do Consumidor não se possam aplicar, com real proveito, ao contrato de locação do imóvel urbano. Assim, por exemplo, a idéia salutar da vedação das cláusulas abusivas não é exclusiva das relações de consumo, bem como as regras de hermenêutica, que devem sempre favorecer o locatário, em caso de dúvida, na

No caso de incorporação imobiliária, disciplinada pela Lei n. 4.591/64, todavia, incidindo, ademais, as disposições do Código de Defesa do Consumidor no contrato de promessa de compra e venda celebrado com o promissário comprador (adquirente)¹⁵⁷, as controvérsias oriundas entre o incorporador e o adquirente podem ser submetidas à arbitragem, desde que observados os requisitos do art. 4ª, §2º, da Lei n. 9.307/96¹⁵⁸, não se admitindo *a priori* a imposição (compulsoriedade) da convenção de arbitragem (cláusula compromissória)¹⁵⁹.

No condomínio edilício¹⁶⁰, Hamilton Quirino Câmara¹⁶¹ defende que “a cláusula compromissória poderá figurar na convenção, ou outro documento subscrito pelos condôminos,

interpretação de uma das cláusulas do contrato. O princípio da boa-fé, tão fortalecido e resgatado, pelo Código de Defesa do Consumidor, deve também inspirar a aplicação da Lei do Inquilinato, preservando seu equilíbrio econômico”.

¹⁵⁷PROMESSA DE COMPRA E VENDA. Empresa imobiliária. incidência do Código de Defesa do Consumidor. Rege-se pela Lei 4.591/64, no que tem de específico para a incorporação e construção de imóveis, e pelo CDC o contrato de promessa de compra e venda celebrado entre a companhia imobiliária e o promissário comprador. Recurso conhecido e provido. (REsp 299.445/PR, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 17/05/2001, DJ 20/08/2001, p. 477); CDC, Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código; III - transfiram responsabilidades a terceiros; IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; (...); VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem; VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

¹⁵⁸ Lei n. 9.307/96, Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. § 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. § 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

¹⁵⁹PROMESSA COMPRA E VENDA IMÓVEL. NULIDADE SENTENÇA. INEXISTENTE. CLÁUSULA DE ARBITRAGEM. ABUSIVIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULAS 5 E 7.- A extinção do processo por falta de complementação de custas processuais só pode ser decretada após a intimação pessoal da parte. Precedentes.- É nula a clausula de convenção de arbitragem inserta em contrato de adesão, celebrado na vigência do Código de Defesa do Consumidor.- Não se considera força maior o inadimplemento pelo atraso na entrega da obra pela empresa devido a inadimplemento dos outros promitentes compradores.- O inadimplemento de outros compradores não constitui força maior para justificar atraso na entrega de imóvel a comprador em dia com a amortização do preço.(REsp 819.519/PE, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/10/2007, DJ 05/11/2007, p. 264).

¹⁶⁰No direito italiano, consulte-se Alberto Celeste, *L'impugnazione dele delibere deldonominio*. Seconda edizione. Milano: Grupo24ore, 2010, p. 241: “Oramai il contenzioso condominiale – intendendo per tal sopratutto le controversie inerenti ai rapporti tra condomini, che si traducono il più delle volte in giudizi di impugnazione dele delibere assembleari, ma anche tra i partecipanti al condominio, coletivamente considerati, e i terzi – costituisce una

com esse fim”, sendo, pois, “importante definir se os condôminos concordaram (na convenção ou em outro documento) com a adoção da arbitragem, para, então ficarem sujeitos às deliberações que vierem a ser tomadas”.

A arbitragem também tem aplicação nas situações jurídicas da Lei n. 9.514/97, que dispõe sobre o sistema de financiamento imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel, conforme o disposto no seu art. 34, *verbis*: “Os contratos relativos ao financiamento imobiliário em geral poderão estipular que litígios ou controvérsias entre as partes sejam dirimidos mediante arbitragem, nos termos do disposto na Lei n. 9.307, de 24 de setembro de 1996”. A alienação fiduciária, contratada por pessoa física ou jurídica, é negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com a finalidade de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel. O devedor transfere ao credor a propriedade da coisa imóvel, permanecendo na posse direta do bem, sob condição resolutiva, até saldar a sua dívida (obrigação pecuniária) junto ao credor. Além da propriedade plena, o objeto do contrato de alienação fiduciária poderá versar sobre bens enfitêuticos¹⁶², o direito de uso especial para fins de moradia, o direito real de uso sendo suscetível de alienação e a propriedade fiduciária¹⁶³. Note-se que os atos e contratos atinentes à Lei n. 9.514/97 ou resultantes da sua aplicação, mesmo aqueles que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre bens imóveis, poderão ser celebrados por

grande ‘fetta’, dele cause civilemente quotidianamente affollano i nostriuffici giuziari”. No direito português, veja-se Almeida, L. P. Moutinho de, *Propriedade Horizontal*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, p. 173: “Os litígios entre condôminos ou entre um condômino e o administrador, desde que digam, direta ou indiretamente, respeito ao condomínio, são resolvidos por Tribunal Arbitral, que julgará exaequet bono. Já na forma do artigo 1.434 do Código Civil português, até mesmo a assembleia poderá estabelecer a obrigação do compromisso arbitral. A assembleia pode estabelecer a obrigatoriedade da celebração de compromissos arbitrais para a resolução de litígios entre condôminos, ou entre condôminos, ou entre condôminos e o administrador, e fixa penas pecuniárias para a inobservância das disposições deste código, das deliberações da assembleia ou das decisões do administrador”.

¹⁶¹ Condomínio Edilício. *Manual Prático com Perguntas e Respostas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 428: “Assim, para o pagamento de custas, taxas e honorários ao órgão de arbitragem, será necessário que os condôminos tenham previamente concordado com a adoção de arbitragem, e as condições constantes do regulamento e normas de cobrança da entidade encarregada da arbitragem”.

¹⁶² Hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário.

¹⁶³ Os direitos real de uso e a propriedade fiduciária ficam limitadas à duração da concessão ou direito de superfície, caso tenham sido transferidos por período determinado.

escritura pública ou por instrumento particular com efeitos de escritura pública (art. 38)¹⁶⁴. A Lei n. 9.514/97, afirma MelhimNamemChalhub¹⁶⁵, ao tipificar a alienação fiduciária de bens imóveis, dispõe que pelo negócio de alienação se contrata a transferência da propriedade de um imóvel, para efeito de garantia (art. 22), mas é pelo registro que se constitui a propriedade fiduciária (art. 23)". Os litígios relacionados à propriedade fiduciária em garantia de bem imóvel que podem ser submetidos à arbitragem visam "*dar eficácia ao direito do credor-fiduciário, notadamente a de reintegração de posse, e as que visam assegurar os direitos do devedor-fiduciante, como a execução por obrigação de fazer, em face do fiduciário que se negar a lhe dar quitação, e as ações [pretensões] possessórias em face de quem ameaçar a posse direta que o fiduciante estiver exercendo em razão da lei e do contrato*".¹⁶⁶

6. A classificação da sentença arbitral (nacional) e sua efetividade no Direito Imobiliário e no Direito Registral:

A semelhança do provimento judicial sentencial, a sentença arbitral, que acolhe ou rejeita a pretensão das partes, pode ser: a) meramente declaratória (positiva ou negativa); b) constitutiva (positiva ou negativa); c) condenatória; d) mandamental; e) executiva *lato sensu*.¹⁶⁷

¹⁶⁴Na Lei n. 6.015/73 (LRP) foram acrescentados nos incisos I e II do art. 167 os seguintes itens, 35) registro da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel, e 17) averbação do Termo de Securitização de créditos imobiliários, quando submetidos a regime fiduciário.

¹⁶⁵Negócio Fiduciário. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 289.

¹⁶⁶Chalhub, MelhimNamem, Op. Cit., p. 273.

¹⁶⁷ Adotamos a classificação de Pontes de Miranda, Tratado das Ações. Tomo 1. Campinas: Booksekker, 1988, p. 210-225. Nesse sentido, confira-se, também, Silva. Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil. Vol. 1. 4º ed. São Paulo: R.T., 1998, p.407: "Como esta tarefa já foi cumprida por nós, quando tratamos das ações no processo de conhecimento, nada mais poderíamos neste momento fazer senão repetir o que antes dissemos, reafirmando que as sentenças (de procedência) serão, conforme a espécie de pretensão posta em causa pelo autor, declaratórias, constitutivas, condenatórias, executivas ou mandamentais". Registre-se, por oportuno, a tendência doutrinária na aceitação das cinco espécies de ações, conforme Wambier, Luiz Rodrigues, Talamini, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. Vol. 1. 12ª ed. São Paulo: R.T., 2011, p. 179: "Neste tópica, o que se propõe, inicialmente, é que se faça a apreciação, com mais vagar, da matéria relativa à classificação das ações, segundo critério eminentemente processual, considerando-se a espécie de tutela jurisdicional invocada através do exercício do direito de ação. Há, hoje, no direito processual civil brasileiro, duas fortes correntes doutrinárias, que discutem a classificação das ações no processo de conhecimento (na verdade, a classificação das sentenças proferidas em processo de conhecimento). A classificação tradicional, que antes prevalecia na doutrina, tratava as ações de conhecimento como declaratórias, constitutivas e condenatórias. Nos últimos anos, nota-se – cada vez acentuadamente – clara tendência doutrinária no sentido de se adotar classificação que comporte, diferentemente do que ocorre com a outra proposta de classificação, antes referida, cinco espécies de ações de conhecimento, considerando-se, além das três categorias antes indicadas, também as mandamentais e as executivas *lato sensu*".

Nos litígios relacionados ao direito imobiliário, teremos situações jurídicas que refletem a pretensão das partes correspondentes às sobreditas espécies de provimento sentencial arbitral, como, por exemplo, o provimento constitutivo que acolhe a ação revisional de aluguel, a ação renovatória da locação, rescisão de contrato de *joint venture* de empreendimento imobiliário¹⁶⁸ etc.

A propósito, Francisco José Cahali¹⁶⁹ tece as seguintes considerações: *"Assim, por exemplo, se passar a ser inadimplente o inquilino, a execução do aluguel se fará com base no contrato inovado pela sentença arbitral, ou seja, com o valor novo arbitrado em ação revisional ou renovatória processada no juízo arbitral. Igualmente, prorrogado o contrato por arbitragem, descabe denúncia vazia enquanto não vencido o novo termo estabelecido. Desfeito pela arbitragem o acordo de quotista, ou declarado nulo, o exercício dos direitos de voto dos sócios será realizado nos termos da situação jurídica anterior ao ajuste questionado. Ainda, considerada inválida uma cláusula de não concorrência, a parte vencedora estará livre para exercer a atividade desejada; declarado nulo ou rescindido o contrato particular de venda e compra, o titular do domínio, se já na posse do bem, está prontamente liberado para ceder a plenitude de seus direitos a terceiros. Enfim, nestas situações retratadas, nada mais precisará ser feito fora do plano teórico para garantir na prática a eficácia do provimento arbitral"*.

Nos provimentos sentenciais arbitrais condenatórios (v.g. pagamento de alugueres e encargos da locação, indenização por danos devidos ao promitente-adquirente de unidade autônoma em condomínio edilício pelo incorporador etc.), mandamentais (v.g. tutela inibitória contra ato nocivo de condômino, manutenção possessória etc.), e executivos *lato sensu* (v.g. despejo ou desocupação forçada, reintegração de posse etc.) havendo recalcitrância da parte vencida em cumpri-los, é preciso buscar a necessária coercitividade para impor o efeito

¹⁶⁸SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA CONTESTADA. PRETENSÃO HOMOLOGATÓRIA A SER DEFERIDA EM PARTE. REQUISITOS DA LEI ATENDIDOS. VÍCIOS DE NEGAÇÃO INEXISTENTES. AMPLA COMPETÊNCIA PARA DIRIMIR CONFLITOS ENTRE OS CONTRATANTES DE JOINT VENTURE. Sendo lícito o negócio jurídico realizado no Brasil, por partes de legítimo contrato de joint venture, não se lhe pode extrair as consequências jurídicas da quebra do acordado. Por mais razão, não se pode afastar a convenção arbitral nele instituída por meio de cláusula compromissória ampla, em que se regulou o Juízo competente para resolver todas as controvérsias das partes, incluindo aí a extensão dos temas debatidos, sob a alegação de renúncia tácita ou de suposta substituição do avençado. Uma vez expressada a vontade de estatuir, em contrato, cláusula compromissória ampla, a sua destituição deve vir através de igual declaração expressa das partes, não servindo, para tanto, mera alusão a atos ou a acordos que não tinham o condão de afastar a convenção das partes. Ademais, o próprio sentido do contrato de joint venture assinado pelas partes elimina o argumento de que uma delas quis abdicar da instituição de juízo arbitral no estrangeiro. A revelia não importa em falta de citação, mas, ao contrário, a pressupõe. O laudo arbitral lavrado por Corte previamente prevista na cláusula compromissória obedece aos requisitos para sua internalização em território pátrio, máxime porque não ofende os ditames dos arts. 3º, 5º e 6º da Resolução n.º 9 desta Corte, devendo, por isso, ser homologado. Havendo a Justiça brasileira, definitivamente, resolvido controvérsia quanto a um dos temas do pedido de homologação da sentença arbitral, deve a pretensão ser negada quanto a isso por obediência à coisa julgada. Homologação deferida em parte, com a exclusão dos itens 7 e 10 da decisão arbitral. (SEC.1/EX, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/10/2011, DJe 01/02/2012).

¹⁶⁹*Curso de Arbitragem*. São Paulo: R.T., 2011, p. 278.

inerente ao comando decisório arbitral por meio de cooperação com o Judiciário (art. 22, §4º, da Lei n. 9.307/96)¹⁷⁰.

Em regra, os provimentos sentençiais arbitrais declaratórios e constitutivos serão *“bastante em si mesmos para se realizar entre as partes, sem a necessidade de outro ato ou providência, podendo entre os envolvidos ser exigido reciprocamente eventual cumprimento da obrigação, se o caso, na forma decidida”*.¹⁷¹ Em virtude do sobredito sistema (ecclético) da dupla eficácia do direito registral brasileiro, faz-se necessária a efetivação e a publicidade da sentença arbitral no competente registro de imóveis.¹⁷²

¹⁷⁰ Cahali, Francisco José. *Op. Cit.*, p. 282: “Não será, repita-se, um novo processo, agora judicial, de cumprimento de sentença condenatória em geral, cuja forma de instauração se verá adiante, e no qual se desencadeia uma série de medidas coercitivas, mas sim a materialização direta da sentença executiva lato sensu, por solicitação do árbitro, cuja natureza e características, dispensam a formação do procedimento próprio de execução de sentença arbitral considerada título judicial. Embora o resultado seja o mesmo, concretizar o comando contido na sentença arbitral, a técnica de sujeição do vencido, mas desobediente, é totalmente diverso. Dito de outra forma, não se leva ao judiciário uma sentença enquanto título executivo judicial, para instauração de uma relação jurídica processual na qual uma série de atos processuais será desencadeada de acordo com a necessidade e conteúdo da obrigação descumprida. Quando a lei assim estabelece, a imposição do cumprimento de um provimento executivo lato sensu, se faz na forma prevista no Direito Positivo que lhe deu esta característica, com uma providência específica decorrente da resistência do vencido”.

¹⁷¹ Cahali, Francisco José. *Op. Cit.*, p. 278-279: “Mesmo eficaz de imediato aos envolvidos diretamente (contratantes), em dada situação, de acordo com as suas particularidades, excepcionalmente pode acontecer de o provimento deferido reclamar alguma providência ‘externa’ à própria vontade das partes, por vezes para dar a necessária publicidade ao ato. (...). Da mesma forma se fará com a adjudicação do imóvel, quando assim decidido, buscados como resultado a efetivação e publicidade necessária da transferência imobiliária contida na sentença. Significa dizer que, perante o registro de imóveis, a sentença arbitral tem eficácia idêntica à sentença judicial, inclusive quando transfere domínio, e o expediente a ser utilizado será similar àquele disponível ao juízo estatal”.

¹⁷² Cahali, Francisco José. *Op. Cit.*, p. 279-280: “Nesse sentido, veja-se correta decisão da 1ª Vara de Registros Públicos de São Paulo [Procedimento Administrativa de Dúvida Registral n. 000.05.032549-3, São Paulo, j. 06.06.2005], com a seguinte menta: ‘Juízo Arbitral. Divisão amigável de condomínio por indiviso. Extinção. Carta de sentença. Qualificação registrária. Possibilidade. ITBI. Título. Instrumento Público x Privado. Colhe-se desta decisão: ‘assim, da mesma forma que um Formal de Partilha; a Carta de Adjudicação expedida em processo expropriatório; a Carta de Arrematação; a Carta de Sentença expedida em processo de separação judicial ou uma Carta de Sentença em processo de divisão, a ‘carta de sentença’ expedida pelo juízo arbitral, tem força para acessar o fôlio real, conquistando a devida qualificação registrária. Com o mesmo raciocínio, poderá ser expedido ofício pelo árbitro a qualquer órgão público de registro de propriedade de bens móveis, como por exemplo, Detran, quando não bastar a apresentação de sentença pela parte interessada. Nestes casos, repita-se, não há coerção ou execução forçada, mas apenas comunicação, ou formalização para se alterar o estado de uma relação jurídica, não possível de obtenção pela iniciativa direta das partes”.

Anote-se que o provimento decisório arbitral será efetivado no âmbito do competente registro de imóveis (matrícula) por meio de instrumento equivalente à carta de sentença judicial, conforme sugere Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza¹⁷³ (...): *"Com efeito, não há como negar o ingresso no fôlio real das sentenças arbitrais que decidem questões referentes a direitos patrimoniais relativos a imóveis. Tendo e produzindo os mesmos efeitos da sentença judicial, não pode ser vedado o acesso ao registro das sentenças arbitrais. (...). Equiparada à carta de sentença judicial, está a carta de sentença arbitral, assim como aquela e todo e qualquer título apresentado a registro (em sentido lato), sujeito à qualificação registral. Vale a advertência de Álvaro Pinto de Arruda, ao se referir à qualificação dos títulos: 'todos eles estão sujeitos à obediência aos mesmos princípios e ao cumprimento de idênticas cautelas'. (...) Merecendo o título (carta de sentença arbitral) qualificação positiva, o ato será prático, cabendo ressaltar que ao registrador não se permite ingressar no mérito da decisão arbitral quando do exame. (...). O título a ser apresentado ao serviço de registro de imóveis deve ser a carta de sentença, pois os demais títulos judiciais (formais de partilha, certidões e mandados) não podem ser expedidos pelos árbitros. Não têm os árbitros poder para: extrair mandados, que são ordens judiciais; certidões, que são atos administrativos, ou seja, emanam do serviço público; ou formais de partilha, que decorrem de inventário judicial"*.

Por derradeiro, parece-me, também, possível o registro na matrícula do competente registro de imóveis do ato de instituição da arbitragem¹⁷⁴, o qual é equivalente, *mutatis mutandis*, à citação nas ações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis¹⁷⁵, na medida em que ambas as situações jurídico-processuais (processo arbitral *versus* processo judicial) representam, em última análise, a "angularização da relação jurídico-processual"¹⁷⁶.

São estas as minhas breves considerações acerca do tema proposto, *sub censura*.

* * * * *

¹⁷³ Nocções fundamentais de direito registral e notarial. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 263-265.

¹⁷⁴ Lei n. 9.307/96, Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários. Parágrafo único. Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, um adendo, firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

¹⁷⁵ Lei n. 6.015/73, Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos. I - o registro: (...); 21) das citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis;

¹⁷⁶ Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo IV. 3ª ed. Revista e aumentada, atualização legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 22: "Somente quando for citado se iniciará a demanda, estabelecendo-se a angularidade: autor, Estado; Estado, réu. (...). A relação jurídica processual (autor-Estado) inicia-se com o despacho e o Código de 1973 fez dependente da citação a demanda, a eficácia quanto ao réu; portanto, a angularidade".

***Frederico Price Grechi: Advogado e Professor. Doutor em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Cursou o Mestrado em Direito Processual Civil na PUC/SP. Pós-Graduado em Direito do Estado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Pós-Graduado em Direito Financeiro e Tributário pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Pós-Graduando em Filosofia do Direito pela PUC/MG. Bacharel em Direito pela Universidade Cândido Mendes. Membro do IAB - Presidente da Comissão de Direito Agrário. Membro das Comissões de Arbitragem, de Direito Ambiental e de Direito Imobiliário da OAB/RJ.**

Doutrina

Notas sobre a legislação falimentar canadense: uma breve comparação com o sistema brasileiro no tocante às alienações de estabelecimentos comerciais

Pedro Marcos Nunes Barbosa

1) Introdução; 2) Célere Ótica do BIA Canadense; 3) A Alienação de Estabelecimento Comercial Como Forma de Prestígio da Preservação da Empresa; 4) Rápida Comparação Entre a Legislação Brasileira e Canadense quanto ao Trespasse no Ambiente de Crise Econômica; 5) Conclusão; 6) Bibliografia

01.07.2013

1) INTRODUÇÃO

O direito falimentar no Brasil ainda sente os efeitos de sua *novel* legislação dos idos de 2005, que, em diversas partes, modificou parâmetros estabilizados da vetusta, porém funcional, fonte legislativa do Decreto-Lei 7.661 de 1945. Como qualquer modificação textual, esta leva pelo menos uma década até que os Tribunais (inclusive os superiores) possam, de julgado em julgado, formar sua jurisprudência, suas consolidações interpretativas sobre os diversos assuntos que as prescrições, em abstrato, não revelam imediatamente¹⁷⁷.

E se uma análise pueril pode levar a conclusão de que a reforma *formal* do diploma (dos anos quarenta) seria um corolário lógico do hiato temporal dos seus setenta anos de idade, de fato as imperfeições legislativas já haviam sido devidamente mitigadas pelos aperfeiçoamentos *materiais* da jurisprudência¹⁷⁸.

¹⁷⁷ "Ora si deve aggiungere che il diritto, quando esce dalla officina legislativa, non e senz'altro un prodotto unito; al contrario, per servire al consumo deve essere sottoposto a una ulteriore lavorazione. Cosa fanno, in verità, i giudici se non qualcosa che può essere efficacemente paragonato alla tessitura della lana filata o cardata? Se bastassero le leggi, non ci sarebbe bisogno dei giudici, no?" em CARNELUTTI, Francesco. *Come Nasce Il Diritto*. Torino: Rai, Radiotelevisione Italiana, 1954, p. 6.

¹⁷⁸ "Ainda nos países mais adiantados quase nada têm feito as leis neste particular. O direito judiciário é que as tem suprido, mas envolvendo e mudando a passo igual com a expansão econômica de cada nacionalidade; e esse desenvolvimento é o que opera a variação progressiva no rumo dos julgados. Os próprios tribunais o reconhecem, e confessam, admitindo que as suas decisões não obedecem a textos legais, mas à influência natural do estado econômico de cada povo sobre a maneira de interpretar e executar os contratos, nesse gênero de relações individuais" em BARBOSA, Rui. *As cessões de clientela*.

De outra monta, o Brasil não foi o único país de relevante economia que passou por uma *vicissitude* legislativa no âmbito falimentar, tendo diversos Estados mundo afora perpassado pelos idênticos processos legiferantes de mudanças.

Entretanto, ao contrário de seus *pares soberanos* na América do Norte e no velho Continente, não foi uma forte crise econômica que catalisou a revogação do diploma normativo de 1945 no Brasil, mas o espírito de que era imperativa a reforma para a adequação do estágio econômico nacional. Não obstante, uma maior abertura negocial entre os interessados, um sistema de incentivos, além do *geist* de preservação da empresa foram alguns dos valores priorizados¹⁷⁹ nesta *revolução* textual-legislativa.

Neste sentido, pode-se afirmar que a legislação falimentar nacional visa a promoção da estabilidade do *mercado*¹⁸⁰, induzindo a previsibilidade de extirpação, modificação, ou cessão das atividades empresariais deficitárias, em prol de um ambiente de segurança jurídica.

Por sua vez, na América do Norte, o Canadá também foi impactado com recentes modificações em seu BIA (Bankruptcy and Insolvency Act), pela derradeira vez emendado no ano de 2009, em direta resposta às crises internacionais hodiernas. Entretanto, as mudanças proeminentes na legislação canadense foram direcionadas à conhecida *falência* consumerista, bem como visada a proporcionar o soerguimento daqueles *superendividados*, em especial no mercado dos cartões de crédito.

No presente artigo, realizar-se-a breve análise comparativa das legislações canadense e brasileira (respectivamente a 11ª e a 6ª Economias do mundo¹⁸¹), com ênfase no trespasse do estabelecimento comercial, no intuito de produzir um resultado que possa enfatizar as similitudes e disparidades – no tópico – de cada *sistema normativo*.

Obras Completas de Rui Barbosa – Vol. XL. Tomo I, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1913, p. 15.

¹⁷⁹ LISBOA, Marcos de Barros. DAMASO, Otávio Ribeiro. SANTOS, Bruno Carazza dos. COSTA, Ana Carla Abrão. *A racionalidade econômica da Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. em PAIVA, Luiz Fernando Valente. Org. *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.42

¹⁸⁰ “Como o mercado é instituição jurídica, constituída pelo direito posto pelo Estado, deste se reclama, a um tempo só, que garanta a liberdade econômica e, concomitantemente, opere a sua regulamentação [=regulação]. Sendo atividade, as *regras do mercado* consubstanciam o seu substrato” em GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14ª Edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2010, p. 34.

¹⁸¹ Conforme dados obtidos junto ao sítio eletrônico do Banco Mundial, tomando como base os PIBs de cada país, derradeiramente mensurado no ano de 2011: <http://data.worldbank.org/data-catalog/GDP-ranking-table>, acessado em 15.06.2013.

Para tanto, expor-se-a uma síntese acerca da legislação de recuperação e falências canadense, de modo a possibilitar um panorama geral acerca da fonte normativa de *quebras* daquele país.

Em seguida, o presente artigo tangencia a alienação de estabelecimentos comerciais como forma de *conservação*¹⁸² empresarial, e, no capítulo subsequente enfatiza as prescrições legais de ambos os países, no tocante a este instituto.

Por derradeiro, à guisa de conclusão foram dirimidos e analisadas as idiossincrasias da legislação canadense e da brasileira, contemplando as críticas positivas e negativas de cada fonte normativa.

2) UMA CÉLERE ÓTICA DO BIA CANADENSE

O Sistema Falimentar canadense é composto, em suma, pelo *Bankruptcy and Insolvency Act* – BIA – de 1919 (objeto de emendas em 32, 49, 66, 92, 1997, 2005, e 2009), voltado à todas pessoas físicas e jurídicas (empresárias ou não), e pelo *Winding-up and Restructuring Act* – WURA – destinado, especificamente às Instituições financeiras e seguradoras. No que toca ao presente trabalho, contudo, apenas o BIA será objeto de análise específica.

Ou seja, *ab initio* é possível verificar uma preocupação sistemática de unir, num único diploma legislativo, a regulamentação para as crises econômicas dos entes empresariais e das pessoas físicas não-empresarias, bem distinto do que ocorre no Brasil¹⁸³.

No tocante à seu estilo redacional, a BIA é dotada de cunho analítico e preciso, com mais de 280 artigos (*section*), inúmeras subdivisões, além de um introito voltada a precisão de conceitos jurígenos (em especial as *sections* 2 a 4) que deixam pouca margem para *arbitrariedades* jurisdicionais.

¹⁸² “A manutenção da atividade empresarial guarda interesse social acentuado, como polo produtivo da economia. Era fundamental que fosse entranhada no pensamento jurídico a ideia de “personalização” da empresa, no sentido de sua institucionalização. Frederico Simionato (p. 143) adverte que a norma que diz respeito a aspectos societários deveria sempre consagrar, em primeiro lugar, o interesse da empresa em si, colocando em segundo plano as relações infra ou intersocietárias, vendo a empresa como verdadeira instituição social” em BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e falência*. 8ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 46.

¹⁸³ No preâmbulo da Lei 11.101/2005, por exclusão, já fica claro que as pessoas físicas e consumidores ficam excluídos da incidência da LREF: Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

Insta ressaltar, por oportuno que o Canadá tem um sistema judicial, predominantemente, de *common law* com alta normatividade advinda dos precedentes judiciais, o que faz com que a legislação escrita seja utilizada com esteio de subsunção.

De outro lado, tendo em vista a incompletude ínsita à qualquer legislação, a BIA também é recheada de cláusulas gerais¹⁸⁴ que autorizam o magistrado, diante do caso em concreto, interpretar e qualificar a *fattispecie* de acordo com o espírito legislativo¹⁸⁵.

Entre os sujeitos que ganham ênfase nas previsões legais canadenses estão o *superintendent* (previsto nas *sections* 5 a 11), o *inspector* (previsto, esparsamente, nas *sections* 15, 36, 56, 66, 116 e seguintes) e o *trustee* (previsto nas *sections* 13 a 41).

O *superintendent* é figura *sui generis* no ordenamento jurídico brasileiro, e opera como uma espécie de *ombudsman* do sistema falimentar canadense. Ele é um órgão estatal responsável pela supervisão dos profissionais que atuam como *trustees*; tem a condução dos bens da massa; funciona como ouvidor dos credores; outorga instruções normativas vinculantes aos procedimentos administrativos falimentares, e fiscaliza prestação de contas do *trustee*¹⁸⁶.

O *superintendent* não necessariamente atua nos processos individuais de falência, mas serve como ente regulador da profissão do *trustee*, detém o múnus público de manter atualizado um banco de dados sobre o panorama macro-econômico das falências e recuperações no país; e, portanto, auxilia no conhecimento estrutural do sistema falimentar.

Este órgão fiscalizador¹⁸⁷, portanto, possui certas proximidades com a função do Ministério Público no Brasil, mas tem o prevalente condão de atuar como *vigilante* do agente fiduciário que conduzirá o processo falimentar.

¹⁸⁴ “Na verdade, as lacunas da lei primeiro referidas são uma falha pesada; também muitas normas em branco nada mais representam do que uma desagradável solução de embaraço; mas por outro lado as cláusulas gerais <<carecidas de concretização>> têm frequentemente uma função totalmente legítima e opõem-se a uma generalização demasiado rígida, facultando a penetração da <<equidade>> no sentido da justiça do caso concreto” em CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. tradução por CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. 3ª Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 240.

¹⁸⁵ Um dos exemplos de cláusula geral é o chamado “arm’s length” tido como imperativo nos negócios jurídicos pretéritos à falência como critério aberto que implica em boa-fé, imparcial, um parâmetro de mercado. Qualquer negócio pretérito ao estágio de insolvência efetuado sem tal critério, será tido como nulo, vide section 96.3.

¹⁸⁶ Interessante notar que o *superintendent* tem a prerrogativa do exame dos dados bancários do *trustee*, mesmo sem ordem judicial.

¹⁸⁷ “Entre todos os ofícios judiciários, o mais árduo parece-me o do acusador público, o qual, como sustentador da acusação, deveria ser tão parcial quanto um advogado e, como guardião da lei, tão imparcial quanto um juiz. Advogado sem paixão, juiz sem imparcialidade: este é o absurdo psicológico

Por sua vez, o *inspector* é órgão facultativo na falência, muito próximo a figura do comitê de credores no Brasil, e pode atuar como fiscal ou como parte na falência. Este tem a faculdade de promover investigações versando sobre algum ilícito falimentar, além pode requerer a cessação de pagamentos pela massa. O *inspector* pode ser nomeado para a fiscalização intra-processual do *trustee* na falência, ou do próprio devedor que permanecer na condução dos negócios durante a recuperação.

Por fim, afora as partes e o magistrado, ganha especial atenção a figura *fiduciária*, auxiliar do juízo, que é o *trustee*, *mutatis mutandi*, semelhante à figura do administrador judicial existente no ordenamento nacional. Os *trustees* são profissionais devidamente licenciados (após investigação) pelo *superintendent*, são obrigadas a terem patrimônio hígido, e não podem ter condenações relacionadas à crimes financeiros. Como trata-se de uma profissão extremamente regulamentada.

Como é um ente¹⁸⁸ central no sistema falimentar, além de ser imbuído da confiança ao gerir o patrimônio alheio, no verdadeiro exercício de um poder¹⁸⁹ jurídico, têm sua atuação extremamente regulamentada pelo BIA.

Entre os principais deveres do *trustee* estão: a) a vedação de atuação àqueles que tiveram vínculos pretéritos com o devedor, ou tem qualquer hipótese de conflito de interesses; b) prestar informações sobre a habilitação de credores; c) emitir pareceres sobre a massa,

em que o representante do Ministério Público, se não tiver um senso de equilíbrio especial, correrá o risco de perder a cada instante, por amor à serenidade, a generosa combatividade do defensor ou, por amor à polêmica, a desapaixionada objetividade do magistrado” em CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juízes, Vistos por um Advogado*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1995, p. 58.

¹⁸⁸ No tocante à função dos *trustee's*: “O *trustee*, portanto, deve se abster da prática de qualquer ato que o coloque em situação de conflito de interesses em relação ao encargo que possui, vale dizer, no que tange ao seu dever de atuar exclusivamente com vistas ao alcance da finalidade para a qual foi constituído o *trust*. Deste modo, deve o *trustee* privar-se de efetuar empréstimo de recursos do *trust* para si próprio ou para entidade de que faça parte, bem como não pode perceber lucros incidentais, isto é, aqueles não incluídos na remuneração estipulada pelo *settlor*. Além disso, o *trustee* não pode ficar inerte, sendo-lhe atribuído não só o poder, mas também o dever de gerir o patrimônio especial. Isso porque a titularidade que possui em relação ao patrimônio destinado é funcionalizada à realização do escopo da afetação, de tal sorte que deve atuar positivamente no sentido de promover, da melhor forma possível, a finalidade do *trust*. Deve o *trustee*, ainda, conservar o patrimônio segregado não só materialmente, mas também juridicamente, adotando, sempre que necessárias à proteção dos direitos em *trust*, as medidas judiciais cabíveis, interrompendo prescrições, enfim, praticando todos os atos necessários à preservação das situações ativas em *trust*” em OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio Separado*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2009, p 360.

¹⁸⁹ “Se o poder não pode ser confiado, indistintamente, a todos os membros do corpo social, ele deve, em qualquer hipótese, ser exercido em benefício de todos, e não apenas de alguns; muito menos em proveito exclusivo dos detentores do poder” em COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1976, p. 48.

guardar contabilidade (sujeita à verificação dos credores ou superintendente, à qualquer tempo) sobre os negócios do falido (*section* 26 (3); d) realizar um depósito ou caução, tendo em vista que regerá a circulação de capital e bens de terceiros; além de realizar seguro sobre o patrimônio do falido (*section* 16 e 24); e) alienar bens perecíveis, bem como adotar medidas de conservação dos bens, além de continuar a administração dos negócios do falido; f) vedação de transferir valores do acervo patrimonial do falido para contas pessoais (*section* 25.3)

Ressalte-se que o *trustee* fica sob o jugo dos credores que podem, *ad nutum*, substituí-lo por outro profissional. Tal previsão acaba por forçar o agente fiduciário a laborar com um bom nível de eficiência, minimizando custos e maximizando a receita na liquidação patrimonial. De outro lado, no Brasil, não será a eficiência *stricto sensu* que norteará as questões de nomeação/destituição, visto que o administrador judicial, a priori, só seria destituído nas hipóteses de descumprimento dos deveres legais.

Além dos deveres, o *trustee* tem uma série de poderes para adequadamente liquidar o patrimônio, e bem gerir o acervo econômico do falido, entre os quais merecem destaque: a) a possibilidade de alienação de parte da totalidade dos bens do acervo, inclusive o *goodwill* objetivo, ou mesmo alugá-los (*section* 30); b) gerir a continuidade dos *negócios* do falido, se tal conduta for beneficiária aos credores (*section* 39, (3)); c) mover pretensão ou defender o acervo contra ações; d) contrair mútuos feneratícios, constituir direitos reais de garantia, constituir ou extinguir obrigações contratuais.

Insta destacar, por oportuno, que ainda que o agente fiduciário conduza algum ato que extrapole seus poderes legais, este não será objeto de nulidade se repercutir na esfera jurídica de terceiros de boa-fé (*section* 14.07); o que demonstra se afastar da teoria do *ultra vires*¹⁹⁰.

¹⁹⁰ "Com efeito, o contrato social devia obrigatoriamente conter, entre os elementos essenciais, a "designação específica do objeto da sociedade" (art. 302, al. 4, Cód. Com.)³⁰, isto é, o negócio para cuja consecução foi criada a sociedade. Portanto, no regime do Código Comercial, sendo a firma social usada em negócio compatível com o objeto da sociedade, embora fosse particular do gerente ou de outrem, obrigava a sociedade e a todos os sócios. O credor não tinha elementos, no caso, para saber se o negócio era da sociedade, do gerente ou de terceiro. A presunção era de que fosse negócio da sociedade, pois a natureza deste coincidia com a da finalidade social. Se tal ocorresse, e o negócio fosse particular, a sociedade estaria vinculada. Quando, porém, a firma fosse usada em negócios ostensivamente diferentes do objeto da sociedade, como, por exemplo, a compra de cereais em uma sociedade destinada ao comércio de tecidos, o terceiro não poderia alegar boa-fé, e a firma não obrigaria a sociedade. Houve abuso da razão social e o ato seria *ultra vires*. O Supremo Tribunal Federal declarou que "a firma social não se obriga perante terceiros pelos compromissos tomados em negócios estranhos à sociedade" (Rec. Extr. nº 361, Rev. de Jurisp. do STF, vol. I, pág. 217; Rec. Extr. nº 68.104, de 23-9-1969). Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal acentuou esse entendimento, decidindo que, "embora contrariando o contrato, eis que firmado por um só dos seus diretores, é válido o aval dado a terceiro de boa-fé, em nome da sociedade anônima. Ainda que o desvio da finalidade da firma ou a infração do seu

Neste tópico, facilita a averiguação sobre a boa-fé do terceiro que negociou com o *trustee*, quando o último ultrapassara seus *poderes* legais, o uso obrigatório de um *signo distintivo* próprio quanto no empenho do mister. Recebe nomeação para publicizar a atividade de “The Trustee of the Estate of ____ (falido), ou “The Trustee acting *in re* the proposal of ____” (insolvente), conforme prescrição legal (*section* 15).

Entretanto, por ser dotado de função fiduciária e gozar de certa autonomia decisória, os atos do *trustee* são sujeitos ao controle judicial, bem como passíveis de impugnação pelo devedor, credor, ou qualquer terceiro com legítimo interesse (*section* 38 (4)).

No tocante à sua remuneração, esta é objeto de deliberação pelos próprios credores (não superando o total de 7,5% da massa, conforme dita a *section* 39), ao contrário do que ocorre no Brasil, eis que aqui a fixação dos honorários é arbitrada pelo juízo (art. 22, parágrafo 1º, da Lei 11.101/2005).

Outro sujeito que ganha larga regulamentação na legislação canadense é o próprio falido. Muito além de uma ânsia sancionadora daquele que se encontra em crise econômica, o BIA determina que o *falido* aja proativamente no processo falimentar. Factualmente, este é responsável por fazer o inventário dos bens, entregar livros de contabilidade e cartões de crédito ao *trustee*, comparecer às reuniões dos credores, auxiliar na realização do crédito (conforme a *section* 158).

Ou seja, o papel do devedor é de auxiliar os interessados na satisfação de seus créditos, e a legislação, de fato, parte da correta premissa que muitos dos detalhes do *metier* econômico do falido só são conhecidos pelo próprio. Destarte, ao invés de isolá-lo do processo falimentar, a legislação canadense o integra como *sujeito* “ativo” para cooperar com os credores.

Note-se que nesta ótica solidária, ao falido não é destinado o papel de *inimigo*, mas de parceiro procedimental no caminho da realização creditícia.

Por sinal, distante de legislações punitivas, o falido será desonerado de tal *condição*, entre nove ou 21 meses após o decreto (se não houver impugnações), desde que não tenha antecedentes falimentares (*section* 168.1). Ou seja, ato contínuo a desoneração, este poderá retomar seu veio *empresarial* – caso se trate de falência de tal mister – se assim desejar.

Registre-se, aliás, que o hiato temporal de *suspensão* das plenas liberdades mercantis depende da análise de conduta prescrita pelo *trustee*, de acordo com seus atos que desencadearam na *crise* (como também na cooperação pós crise), de acordo com a seguinte ordem: (i) azar com os negócios, (ii) inexperiência, (iii) incompetência, (iv) negligência, (v)

contrato social resulte de ato de uma única pessoa dirigente da mesma, o abuso por ela cometido não exonera a sociedade da responsabilidade em face de terceiro de boa-fé” em REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 31ª, Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 541.

megalomania na expansão dos negócios, (vi) especulação, (vii) grave negligência, (viii) fraude, ou (ix) outra causa.

Por óbvio que a evolução da conduta, na escala avaliativa, impacta em possíveis crimes falimentares, além de diretamente intervir no lapso temporal para a “baixa” da condição de falido.

Por sua vez, a legislação canadense – tal como a brasileira – lista as condutas do devedor que serão enquadrados como atos de falência, tais como i) atos de disposição de patrimônio com intuito de fraude, ii) evadir-se para retardar pagamento ou evitá-lo, iii) não nomear bens a penhora em ação executiva, e iv) se demonstra insolvência, suspensão ou iminência na suspensão de pagamentos. Destaque-se, aliás, que o rol é meramente exemplificativo, visto que qualquer ato de disposição patrimonial não prescrito em Lei gera a nulidade do negócio jurídico.

Quanto ao pedido de falência em si, qualquer credor de quantia superior a \$1.000,00 (dólares canadenses), pode ajuizar pretensão se o devedor praticar algum ato de falência nos seis meses pretéritos ao pedido. Dessa forma, vislumbra-se que o filtro legal canadense, neste ponto, é bem menos rígido do que a legislação nacional que demanda pelo menos os quarenta salários mínimos para a promoção do pedido de falência. Entretanto, fazendeiros, pescadores, ou assalariados de até \$2.500 dólares canadenses ao ano, que não sejam empresários, estão excluídos do sistema falimentar.

Outro ponto que merece destaque é o tratamento aos credores com privilégio¹⁹¹ real, que, a priori, ficam excluídos do procedimento concursal. Caso desejem utilizar do processo falimentar, devem abdicar de tal privilégio (tornando-se credor ordinário), ou pleitear apenas a

¹⁹¹ “Sobre o ponto, Pontes de Miranda adverte a errônea de utilizar a palavra “preferência” indistintamente com relação aos direitos reais e aos privilégios, posto que o “Direito real existe gravado no bem independente da insuficiência dos bens do devedor, dono ou titular de outro direito real sobre o bem. A tutela jurídica não tem de examinar o Direito para preferir este ou aquele...” O gravame e sobre o bem já existe antes que surja qualquer situação oriunda da insolvabilidade dos devedores. Já isto não é o que ocorre com o privilégio. O tratamento especial que lhe é atribuído somente surge por ocasião da constatação da insolvabilidade do devedor. No privilégio, o que se tem em vista aqui é a causa, a origem de determinados direitos de crédito, legitimando-se sejam merecedores de tutela especial, quando do concurso, em vez de concorrer com todos os demais credores. Com este teor, somente a lei pode criar privilégios, vedado à convenção privada criar outros que não os previstos na lei. O que não significa que a vontade das partes não possa erigir, dentre os privilégios estabelecidos pela lei, um destinado à satisfação de determinado crédito. Fala-se aqui em privilégio convencional. Mas a causa, a origem, é sempre legal. Os privilégios têm sempre função de prioridade na solução da obrigação, uma espécie de garantia e, sob este aspecto, apresentam-se como acessórios do direito de crédito. A par disto, são sempre de interpretação estrita, posto decorrerem de norma exceptiva (que contraria o princípio a *par conditio*) e que, a assim ser, não comporta interpretação extensiva” em FRANCO, Vera Helena de Mello. SZTAJN, Rachel. *Falência e Recuperação da Empresa em Crise*. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2008, p. 45.

diferença entre o valor garantido pelo bem e o sobressalente. Tal se dá, visto que ao credor real já é atribuída a segurança jurídica da força executiva sobre um bem determinado, facilidade esta não detida pelos demais tipos de credores; e que, por óbvio, minimiza o interesse no sistema falimentar.

Tal como ocorre no Brasil, de acordo com a regra geral do art. 333, I, do CPC, no Canadá o ônus da prova dos atos de falência é do Credor, e isto ocorre pela impossibilidade fática da demonstração de fatos negativos. Não obstante, também a própria condição de credor deverá ser cabalmente demonstrada (*section 124*), podendo o pleito falimentar ser movido, inclusive contra o espólio do falido (*section 44*).

Além da falência em si, o BIA canadense prevê a incidência da *proposal* que, *mutatis mutandi*, se aproxima da noção brasileira de recuperação¹⁹² judicial. Nela, o credor – ainda na esfera extra-judicial – poderá fazer uso de um sistema de notificação de possível pedido de recuperação futuro (*section 50.4 (1)*), ou mesmo ajuizar, diretamente, o pedido da *proposal*.

O pedido de recuperação pode ser realizado pelo insolvente (não empresário), pelo depositário, pelo liquidante, pelo falido, e pelo *trustee* designado ao patrimônio de uma sociedade que passa por um processo falimentar. Note-se que a *proposal* pode ser dirigida a todos os tipos de credores, ou à, especificamente, apenas uma classe.

Uma vez requerida a *proposal*, o *trustee* será nomeado e investigará as causas da dificuldade financeira/econômica (*section 50 (6)*). Neste tópico é importante frisar a cautela da legislação falimentar canadense, não só com os efeitos (eventualmente daninhos da crise econômica), com a causa do evento. Este cuidado, aliás, mostra-se útil a alimentação do banco público de dados falimentares acautelado pelo *superintendente*, bem como mostra-se hábil a sanção (ou não) do falido pelos crimes que possa ter praticado.

Caso perpassadas as exigências de uma análise judicial preventiva (*section 50 (12)*), os credores serão devidamente convocados pelo *trustee* (*section 51*), e, havendo a aprovação de 2/3 no total dos créditos, e por maioria em cada classe (*section 54, (2) d*), tal resultará no acolhimento do plano de recuperação.

¹⁹² "Tal tentativa de recuperação prende-se, como já lembrado acima, ao valor social da empresa em funcionamento, que deve ser preservado não só pelo incremento da produção, como, principalmente, pela manutenção do emprego, elemento de paz social. Por isso mesmo, a Lei, não por acaso, estabelece uma ordem de prioridade nas finalidades que diz perseguir, colocando como primeiro objetivo a "manutenção da fonte produtora", ou seja, a manutenção da atividade empresarial em sua plenitude tanto quanto possível, com o que haverá possibilidade de manter também o "emprego dos trabalhadores". Mantida a atividade empresarial e o trabalho dos empregados, será possível então satisfazer os "interesses dos credores" em BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e falência*. 8ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 137.

Fato interessante prescrito na Lei canadense é que, em respeito ao princípio da celeridade e da efetividade, o próprio Tribunal pode recusar o pedido de recuperação, antes da deliberação dos credores, se: i) o devedor não estiver de boa-fé, ii) a proposta, provavelmente, seria rejeitada; iii) se a proposta prejudicaria os credores como um todo (*section 50 (12)*).

Ressalte-se que o devedor poderá fazer uso da esfera extra-judicial preventiva, através da chamada *notice of intente* (ou seja, notificação de provável pedido) para a *proposal*, no qual aquele que enfrenta a crise tem 30 dias (prorrogáveis) para apresentar uma proposta concreta (*section 50.4 (9)*).

Uma crítica que pode ser realizada ao sistema canadense da *proposal*, e que também cabe ao ordenamento brasileiro, é o da baixa cooperação do fisco para com o ente em crise. Pela previsão canadense, não será acatada a *proposal*, salvo autorização expressa da Coroa, se não prever o pagamento dos impostos de renda e da tributação relevante à pensão para trabalhadores (*section 60 (1.1)*). No mesmo sentido é a restrição da aprovação da *proposal* ao empregador que não pagar aos trabalhadores credores de quantias até \$2.000,00 (dólares canadenses).

A *proposal* pode ser ajuizada, inclusive, durante um procedimento de falência, e, nesta hipótese, se aceita, acarreta a nulidade do decreto falimentar (*section 61*). Uma vez aprovada, sujeita os administradores do devedor à remoção caso pleiteado por qualquer um dos credores, e tem o condão de impedir seus contratantes de rescindirem vínculo pela mera tramitação de uma *proposal*; ou seja, não cabe rescisão imotivada (*section 65.1*).

Um efeito direto da *proposal* ou da *intente* é que a partir de sua publicização, tal como ocorre na falência brasileira (com exceção do fisco) os credores têm suas pretensões suspensas contra o devedor.

Outra consequência favorável ao sujeito em dificuldades econômicas, é que a *proposal* atribui ao favorecido o direito de suspender ou rescindir contratos (*section 65.11*), com exceção daqueles relevantes à propriedade intelectual (7), quando a contraparte continuará no exercício dos direitos advindos do negócio jurídico até seu termo. Também não é possível o exercício de tal prerrogativa e a) contratos coletivos, b) mútuos com instituições bancárias, c) aluguel de bens imóveis não comerciais.

De outra monta, qualquer suspensão ou extinção contratual que prejudicar a contraparte estará sujeita ao exercício de pretensão compensatória, o que é conforme o princípio da reparabilidade integral dos danos.

Outro efeito direto da *proposal*, é que tal via processual *retira* a plena disponibilidade dos bens do devedor, com exceção daqueles comuns da rotina empresarial, salvo pretérita autorização judicial (*section 65.13*).

Uma vantagem notável do sistema canadense, que ora se encontra sob debates em diversos projetos legislativos no Brasil¹⁹³, é o chamado *consumer proposal*, ou medida recuperatória ao consumidor que abre uma possibilidade de uma recuperação às pessoas físicas, que constituíram débitos de até \$250.000,00 dólares canadenses (excluídos aqueles relevantes às hipotecas) (*section* 66.12). Se de um lado o crivo mínimo para o pleito falimentar é deveras baixo, por outro, o teto para o exercício de um plano de recuperação para pessoas físicas não-empresarias é surpreendentemente alto.

A legislação canadense, entretanto, estipula uma limitação de 5 anos para o final de sua execução (*section* 66.12 (5)), que é realizada com assistência efetiva do administrador (que não precisa ser *trustee* licenciado).

Com a mera distribuição da *proposal* há a cessação dos juros de mora, além do comum abatimento de parcela da dívida. Em geral, há uma larga aceitação de tais planos por parte dos credores pela predileção de receberem, ao menos, uma parte do crédito.

Nesta esteira, também é notável a celeridade com a qual o procedimento da *proposal* tramita, pois haverá uma deliberação dos credores até 45 dias após a distribuição do pedido. E, neste contexto, a falta de quorum ou a ausência dos credores resultará na aprovação automática do pedido (*section* 66.18).

Quanto à sua execução, é facultado o pagamento de parcelas dos débitos em períodos, máximos, de até 3 meses (*section* 66.25), e traz a benesse da escusa do consumidor favorecido ser demitido de seu emprego se não houver justa causa (*section* 66.36). Destarte, a legislação canadense percebe que as crises creditórias costumam ir – bem além – de um problema pontual, e se acautela em assegurar a manutenção, *equitativa*, do consumidor junto a sua maior fonte de renda que é o labor.

Na comparação entre os créditos preferenciais, há uma série de similitudes entre os sistemas canadense e brasileiro. No entanto, mister considerar algumas das peculiaridades mais interessantes, como o fato de que os créditos oriundos de danos ambientais, terão os mesmos efeitos de um direito real de garantia, mas serão preferenciais aos últimos (*section* 14.06 (6)).

Outra característica do BIA é o alto prestígio aos créditos financeiros, que têm a prioridade junto aos créditos sujeitos a direitos reais de garantia (*section* 88). No tocante a ordem das preferencias, insta destacar que o BIA estabelece o discernimento entre o credores *superprioritários*, os credores assegurados, os credores preferenciais, os credores não-segurados, e os credores subordinados (*section* 136).

¹⁹³ Neste sentido, há conhecida frente capitaneada pela Professora Claudia Lima Marques e o Ministro do STJ Herman Benjamin, na atualização da Lei 8.078/90, com inclusão de dispositivos que versem sobre o superendividamento consumerista.

Na categoria *super prioritária*, constam os salários, comissões e compensações devidas a cada empregado, no montante de até \$2,000 (dólares canadenses). Tal valor demonstra a disparidade com o sistema nacional que prestigia a preferência dos credores trabalhistas de até 100 salários mínimos.

Entre os credores segurados, constará a preferência por ordem da constituição dos direitos reais, e pelo montante que supere a quantia garantida ainda não objeto de realização.

Em seguida a ordem de prioridade consigna os chamados credores preferenciais, categoria esta que abrange as despesas e honorários do *trustee*, os custos judiciais, a contribuição devida ao *superintendente*, salários comissões, compensação de vendedores, a diferença entre o que os credores segurados deveriam receber para com o que realmente receberam.

Na mesma categoria ingressam os débitos de prestações alimentares, os tributos municipais devidos dos últimos dois anos, os créditos a título de alugueres não pagos nos últimos três meses, entre outros.

Em penúltimo lugar na escala das prioridades consta os credores “não-segurados”, categoria constituída entre os credores não prescritos nas ordens precedentes, bem como não deflagrados como credores subordinados. Ou seja, de fato cuida de uma categoria intermediária, que antecede, em geral, os credores de negócios jurídicos suspeitos (mas não necessariamente fraudulentos), sócios etc.

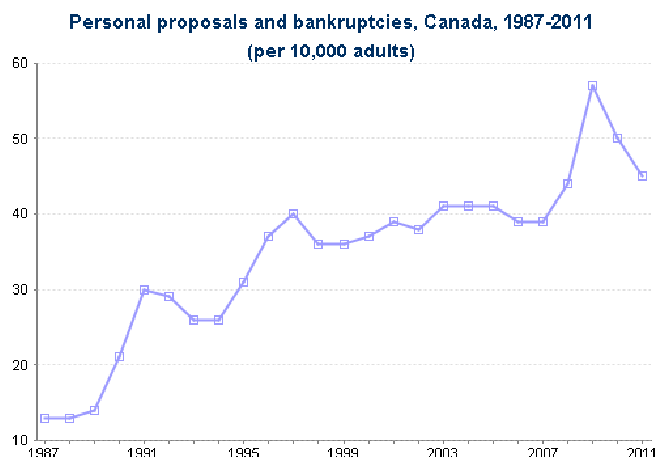
Por ultimo na “hierarquia” preferencial há os créditos cognominados de “retardados”, categoria composta por credores que realizaram negócios jurídicos não equânimes (sem *arm's length*) com o devedor, sócios ocultos, e os salaries comissões e restituições devidas aos diretores da empresa.

Uma vez resumidas algumas das principais prescrições do BIA canadense, mister perquirir seus impactos diretos na economia local, uma vez que as legislações falimentares devem ser pragmáticas, e auxiliares do momento econômico nacional. Para tanto, decidiu-se tomar alguns dos gráficos que, estatisticamente, demonstram a evolução na utência do BIA, com o passar dos anos.

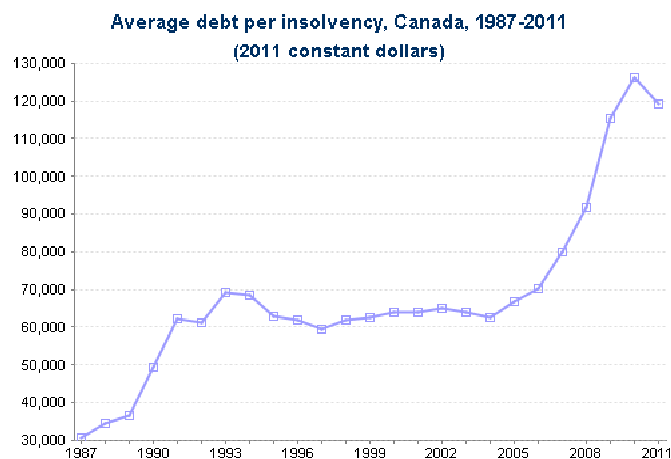
O primeiro dos gráficos¹⁹⁴ destaca o número de recuperações judiciais e falências que tramitaram nos juízos especializados locais, entre os anos de 1987 e 2011. Nele, resta patente que o ápice da crise financeira-econômica canadense se deu no próprio ano da última grande

¹⁹⁴ Source: HRSDC calculations based on the data of the Office of the Superintendent of Bankruptcy Canada. *Insolvency Statistics in Canada 2011*. Ottawa: An agency of Industry Canada, 2012. Statistics Canada. *Estimates of population, by age group and sex for July 1, Canada, provinces and territories, annual*. (CANSIM table 051-0001). Ottawa: Statistics Canada, 2012.

modificação que sofreu o BIA, bem como ter a legislação certo impacto positivo para a minoração da incidência da *fattispecie* falimentar.



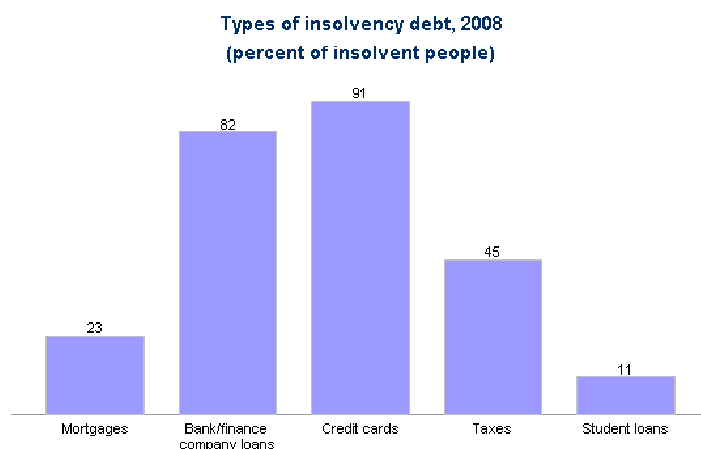
Por sua vez, o segundo gráfico¹⁹⁵ é focado no montante econômico havido como bojo de cada devedor, quando o último fez uso de alguma das previsões do BIA. Em situação símile a demonstrada no gráfico pretérito, houve um célere nível de endividamento para cada empresa em recuperação ou falida, tendo havido o ápice de quase \$130.000,00 dólares canadenses no ano de 2010.



Se a proximidade do término da pesquisa com o momento do advento da modificação do BIA não permite auferir que este solucionou a essência dos problemas, de outro lado é possível constatar que o mesmo não está a atrapalhar a recuperação das empresas canadenses em crise.

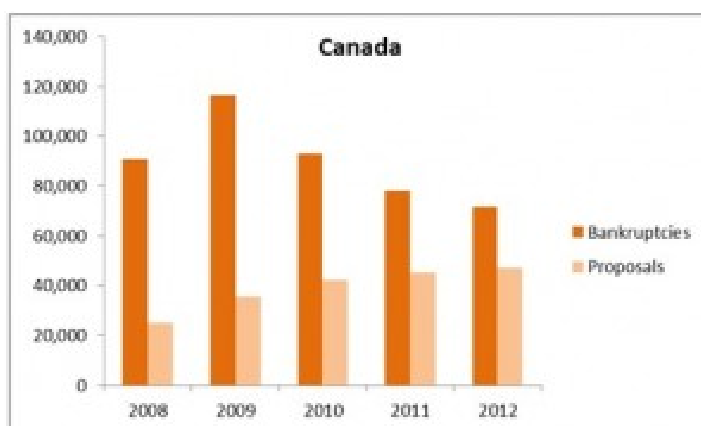
¹⁹⁵ HRSDC calculations based on the data of the Office of the Superintendent of Bankruptcy Canada. *Insolvency Statistics in Canada 2011*. Ottawa: An agency of Industry Canada, 2012. Statistics Canada. *Consumer Price Index (CPI), 2009 basket*. (CANSIM table 326-0021). Ottawa: Statistics Canada, 2012.

O terceiro gráfico¹⁹⁶, direcionado – tão somente – ao ano de 2008, traz um interessante seccionamento dos fatos geradores debitórios, entre as principais fontes econômicas que originaram as ulteriores insolvências.



Por sua vez, o derradeiro gráfico (que não deixa de ser uma variação do primeiro) discrimina o número de falências e recuperações judiciais havidas, demonstrando ter havido uma queda no número de *quebras* a partir de 2010.

De outro lado, há um crescente número de *proposals* o que revela uma quantidade considerável de empresas e pessoas físicas que passam por crises financeiras e econômicas, ainda que sejam remediáveis.



Uma vez apurados certas estatísticas estampadas nos gráficos, é possível corroborar um efeito positivo da legislação canadense no delicado momento pós crise internacional. Não obstante tal consideração, houve uma majoração significativa no número de *recuperações*

¹⁹⁶ Source: HRSDC calculations based on the data of the Office of the Superintendent of Bankruptcy Canada. *Insolvency Statistics in Canada 2011*. Ottawa: An agency of Industry Canada, 2012. Statistics Canada. *Consumer Price Index (CPI), 2009 basket*. (CANSIM table 326-0021). Ottawa: Statistics Canada, 2012.

consumeristas de 2011 para 2012, tendo sido registrado tal maximização em 4,2% num momento ulterior a 2009¹⁹⁷.

Em suma, pode-se afirmar ser o BIA uma legislação extremamente preocupada com o crédito hipotecário e financeiro, além de ser uma fonte normativa mais abrangente e minuciosa que a brasileira, avançando acerca do sobre-endividamento consumerista.

No tocante ao teor geral da legislação canadense, é possível perquirir sua índole recuperatória ao invés de uma sanha punitiva, e que tem resultado na minora das falências, e prestígio da *proposal*.

3) A ALIENAÇÃO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL COMO UMA FORMA DE PRESTÍGIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

O estabelecimento comercial é apontado pela doutrina como um complexo de submissão à incidência das normas jurídicas, destinado a determinada e específica atividade empresarial, compondo uma universalidade de bens¹⁹⁸ (móveis, e para alguns autores imóveis também, materiais e imateriais)¹⁹⁹. Em sua seara econômica, por sua vez, os experts conceituam tal instituto "*como um organismo unitário resultante da organização concreta dos fatores da produção dirigida para uma determinada atividade produtiva*"²⁰⁰.

¹⁹⁷ <http://strategis.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/eng/br03042.html>, acessado em 22.06.2013.

¹⁹⁸ "O direito de empreender uma atividade não comporta necessariamente a titularidade do fundo de comércio (*azienda*), a qual poderia ser constituída por capitais obtidos mediante mútuo, por imóveis e máquinas alugadas. Apesar disso, estes fazem parte daquele patrimônio com destinação econômica que é o fundo de comércio" em PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 220.

¹⁹⁹ "A fazenda constitui um conjunto de bens, e, mais exatamente de bens que podem ser objeto, como recordamos, de direitos diversos. Está composta dos bens diversos (móveis ou imóveis, materiais e imateriais): cada um destes-" conserva sua individualidade; segue submetida a própria lei de circulação (vid art. 2.556 *in fine*); por isso se deverá recorrer para cada bem às normas que foram dispostas para sua circulação, já se trate de transferência isolada, ou sejam transmitidos como integrantes de uma fazenda; se deverá recorrer às diversas normas ditadas para a venda, arrendamento, doação, etc., segundo o negócio que tenha tido por objeto a circulação do bem (...) A fazenda (constitui a assim um conjunto cuja unidade é se há dito exatamente) funcional ou instrumental; sua função é precisamente a de coordenar bens para a produção e o intercâmbio de determinados produtos (de tal modo que está acostumado a destacar-se o aspecto dinâmico, falando-se incluso, às vezes, com uma linguagem metafórica, o que evidentemente não é exato, de "organismo vivente", podendo induzir a equívocos)" em ASCARELLI, Tullio. *Iniciação ao Estudo do Direito Mercantil*. São Paulo: Ed. Minelli, 2007, p. 346 - 247.

²⁰⁰ BARRETO Filho, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial – fundo do comércio ou fazenda mercantil*. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 63.

Por sinal, uma das características mais interessantes da *azienda*, fazenda, ou *estabelecimento* é sua mutabilidade, sua intercambialidade nos elementos isolados que compõem o plexo da universalidade. E tal se dá, em primeiro lugar, pelo fato de que as operações comerciais irão importar na alienação de elementos da universalidade, e visto que os consumidores, permeados por inúmeras fontes possíveis para ofertarem produtos e serviços, buscarão e demandarão a *modernidade* de quem oferta.

Outro importante fator da *azienda* é a sua dependência da atividade empresarial. Como *instrumento* da empresa, o estabelecimento depende do exercício factual da atividade comercial para ter valor econômico. Noutras palavras, não há que se falar em estabelecimento comercial num momento pretérito a inauguração de determinada atividade mercantil, como também haveria diminuta eficácia no estabelecimento de uma sociedade falida e cerrada.

Ou seja, uma vez ingressa em crise, a atividade empresarial decrescente, ou tímida, poderá importar na *perda do valor econômico* do estabelecimento comercial, além da redução na reputação e na cognoscibilidade relativa dos signos distintivos (em especial a marca) ostentados pelo agente. Em certos casos, tal poderá significar a extinção completa do direito (e/ou de sua apreciação econômica-mercantil), como, por exemplo, na hipótese da caducidade do signo²⁰¹.

Não é por outra razão que Oscar Barreto Filho²⁰² averba a predominância jurídica dos elementos objetivos do estabelecimento comercial, uma vez que este pode prevalecer independentemente do *sujeito* que reja a batuta da coordenação mercantil.

Portanto, no que é relevante para a temática do presente artigo, no ambiente falimentar e da recuperação de uma atividade mercantil, a mutação subjetiva hábil a

²⁰¹ “La cessazione (indipendentemente dal trasferimento del marchio) definitiva (73) da parte del titolare della produzione o del commercio dei prodotti ai quali il marchio si riferisce [v. art. 43, n. 2, 1. marchi; non importa però necessariamente cessazione definitiva, la dichiarazione di fallimento (74)], provoca (75), a sua volta, l'estinzione del diritto e forse più esattamente del bene, dato il venir meno di una connessione con un genere di prodotti al quale dovrebbe riferirsi l'efficacia distintiva. In quest'ultima ipotesi può domandarsi se il segno non possa poi da altri essere adottato come marchio e, come già per l'analogia questione in tema di ditta (e v. dei resto l'orientamento già ricordato dell'art. 100, 1. d. aut. in tema di testata del periodico), inclinerei a rispondere che ciò è possibile quando, pel decorso del tempo, il segno abbia riacquistato efficacia distintiva, abbia cioè perso la connessione con i prodotti che precedentemente indicava” em ASCARELLI, Tullio. *Teoria della concorrenza e dei Beni immateriali*. 2º Edição, Milão: Editore Giuffrè, 1960, p. 439

²⁰² BARRETO Filho, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial – fundo do comércio ou fazenda mercantil*. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 147.

manutenção, e, quiçá, crescimento, da *azienda* deve ser prestigiado como propugnador da função social do nicho comercial²⁰³.

Muitos séculos após o predomínio da teoria personalista clássica, desenvolvida por Aubry e Rau²⁰⁴, na qual pessoa e patrimônio eram confundidos, uma atividade empresarial moribunda não deve *falecer* junto com seu sujeito condutor. As novas teorias jurídicas desde a década de 1960, prevalecem no sentido de que a *função* de um instituto ultrapassa o relevo jurídico de sua *estrutura*, o que, no caso em concreto, leva a conclusão de que a atividade – o perfil objetivo – é *socialmente*²⁰⁵ mais relevante do que a pessoa que a intitula – o perfil subjetivo.

Neste sentido, seria possível, inclusive, extrair do significado constitucional da função social das propriedades (em especial a titularidade empresária dos meios de produção), dispositivo estampado no art. 5º, XXIII, da Lei Maior, de enfoque nitidamente objetivo. Noutros termos: ao sentir do constituinte, não é o sujeito que comanda a organização empresarial o foco de maior preocupação do Direito, mas se o teor mercantil está em funcionamento. Por tal razão é que a Carta Magna consigna a função social *da propriedade*, e não aquela *empenhada pelo proprietário*²⁰⁶.

²⁰³ SALLES, Paulo Fernando Campos. POPPA, Bruno. *UPI e Estabelecimento: uma visão crítica*. SALLES DE TOLEDO. SATIRO, Francisco. *Direito das Empresas em Crise: problemas e soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 273.

²⁰⁴ “Marcadamente subjetivista, na medida em que associa o patrimônio à noção de personalidade com intensidade tal que chega a considerá-lo emanção desta. Na concepção dos autores, “a ideia de patrimônio se deduz diretamente daquela de personalidade”. Note-se que esta assertiva não quer simplesmente dizer que todo patrimônio pressupõe um sujeito de direito que o titularize. Aubry e Rau não se limitam a conferir suporte personalista ao patrimônio, mas vão muito além, deduzindo a disciplina deste diretamente dos caracteres próprios da personalidade. Dito diversamente, Aubry e Rau reputam haver íntima relação entre patrimônio e personalidade, não se reduzindo esta à mera *conditio juris* daquele” OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio Separado*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2009, p. 13.

²⁰⁵ “Se isso pode ser dito da propriedade em geral, com muito mais razão cabe ser aplicado à empresa, verdadeira célula de produção econômica, em torno da qual começa a organizar-se a própria vida econômica e profissional. Pelo que representa de organismo produtivo, pelos serviços que presta à coletividade (embora mediante o lucro, é claro), pelo emprego que dá a seus servidores, dos quais dependem os familiares destes, tudo isto basta para ressaltar a inequívoca função social que desempenha a empresa, em qualquer regime político: corporativo, capitalista ou comunista” em MORAES FILHO, Evaristo de. *Sucessão nas Obrigações e a Teoria da Empresa*. Vol 2. Rio de Janeiro: Forense, 1960, 181 – 182.

²⁰⁶ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *O Direito Civil da Propriedade Intelectual: O Caso da Usucapião de Patentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 160.

Destarte, quando a liame existente entre o sujeito (empresário), a atividade (empresa) e o objeto (estabelecimento) cessar de ser simbiótica²⁰⁷, e passar a ser deficitária; a partir de uma crise insanável, uma das providências mais recomendáveis é a alienação²⁰⁸ da *azienda*.

Contudo, como qualquer negócio jurídico realizado num momento de crise empresarial, a análise judicial sobre a licitude da alienação deve ser pautada por critérios objetivos – tal qual o *arm's lenght* descrito na Lei canadense, de modo a evitar a prática de fraudes e outros resultados lesivos aos credores.

Por tais razões, a Lei 11.101/2005 (numa leitura sistemática com o Código Civil) estabelece dois requisitos para a promoção da eficácia jurídica aos terceiros, quando da realização de um *traspasse*, consubstanciados na averbação do contrato no RPEM (art. 1.144 do Código Civil) e o pagamento de todos os credores, ou do consentimento dos últimos (art. 1.145 do Código Civil)²⁰⁹.

²⁰⁷ “Certo é no entanto inexistir a empresa sem o estabelecimento; e isso é indubitável. Na impossibilidade de distinguir nitidamente a *azienda*, a que imprimiu existência e corpo perfeitamente organizado, da *impresa*, que é conceito esvoaçante e exprime apenas atividade, no Código Civil italiano se operou a simbiose da *impresa* com o *imprenditore*, que configurou e pôs em movimento no cenário jurídico e no mundo dos negócios” em FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. Vol 6. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 75 – 76.

²⁰⁸ “O empresário individual ou a sociedade empresária, na condição de proprietários do fundo de empresa, podem aliená-lo ou transferi-lo. Entretanto, por funcionar como garantia a seus credores, o ato de transmissão deverá obedecer a certas condições estabelecidas em lei. Será eficaz o seu *traspasse* se o transmitente ficar com bens suficientes ao pagamento de seus credores à época existentes. Se-lo-á, também, se houver o pagamento de todos estes credores ou o consentimento dos mesmos. O consentimento poderá ser expresso ou tácito. Tácito será aquele que resultar do silêncio dos mencionados credores após o vencimento do prazo de trinta dias, contado de suas respectivas interpelações, que podem se fazer por via judicial ou por intermédio do oficial do registro de títulos e documentos (Lei nº 11.101/2005, artigo 94, inciso III, alínea 'c' c/c artigo 129, inciso VI, e Código Civil, artigo 1.145)” em CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de Empresa: O Novo Regime da Insolvência empresarial*. 6a Edição, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2012, p. 285.

²⁰⁹ “O inciso VI, o artigo 129 declara ser ineficaz a venda ou transferência de estabelecimento feita sem o consentimento expresso ou o pagamento de todos os credores, a esse tempo existentes, não tendo restado ao devedor bens suficientes para solver o seu passivo, salvo se, no prazo de 30 (trinta) dias, não houver oposição dos credores, após serem devidamente notificados, judicialmente ou pelo oficial do registro de títulos e documentos”. Como alardeado por toda a doutrina, o estabelecimento constitui-se na principal garantia aos credores do devedor. A sua transferência só pode ocorrer em respeito a esse direito. Na alienação ou cessão de seu estabelecimento terá o empresário que ficar com bens ou recursos suficientes ao pagamento de suas dívidas ao tempo existentes, caso não resolva promover o pagamento integral, quitando todas elas, ou não obtenha a anuência expressa ou tácita de seus credores. Em outras palavras, será ineficaz em relação à massa falida o *traspasse* sem o consentimento, expresso ou tácito, de todos os credores ou seu pagamento, salvo se ficou o devedor com bens capazes de atender o passivo existente à época do ato. A hipótese sob a rubrica legal não se confunde com a venda isolada de alguns

Neste sentido, é clara a ponderação legal entre a função social²¹⁰ na manutenção da atividade empresarial, através do trespasse, com a segurança jurídica, o dever de informar²¹¹, e a boa-fé objetiva no tocante aos credores. Portanto, é possível asseverar que a Lei de Recuperação de Empresas e Falências nacional valoriza a alienação²¹² do estabelecimento comercial, quando este é de acordo com outros núcleos de interesse *afora* o próprio devedor, bem como quando tal medida atende à função social da atividade empresarial.

4) UMA RÁPIDA COMPARAÇÃO ENTRE A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A CANADENSE QUANTO AO TRESPASSE NO AMBIENTE DE CRISE ECONÔMICA

Tal como sinalizado no capítulo precedente, o trespasse²¹³ em muitos casos torna-se a melhor opção para o proprietário, seus credores, e até os empregados em relação a realização

bens ou componentes que integram o estabelecimento empresarial, sem que isso comprometa a sua higidez. O fato punível é a venda ou cessão que desmantele, que inutilize o estabelecimento como instrumento da atividade empresarial, provocando o seu evidente enfraquecimento. Veda-se não só a alienação do estabelecimento como um todo, mas também de bens ou bem essencial à sua configuração” em CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de Empresa: O Novo Regime da Insolvência empresarial*. 6a Edição, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2012, p. 388.

²¹⁰ “A propriedade individual deve ser compreendida como um fato contingente, produto momentâneo da evolução social; e o direito do proprietário, como justificado e ao mesmo tempo limitado pela missão social que lhe incumbe em consequência da situação particular em que se encontra” em DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Ed. Servanda, 2008, p. 27.

²¹¹ “O art. 1145 do Código Civil estabelece que é condição de EFICÁCIA perante terceiros, a anuência dos credores quando da realização do trespasse, quando a sociedade empresária a ser transferida não tenha patrimônio suficiente para quitar seus débitos. Não havendo prova documental da notificação do trespasse e da anuência do credor, não há meios de se afastar a responsabilidade dos devedores pelo pagamento do débito” BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 20a Câmara de Direito Privado, Des. Maria Lúcia Pizzotti, AC 9167707-25.2009.8.26.0000, DJ 14.12.2012.

²¹² “Declarada a falência do comerciante, este pode requerer a continuação do seu negócio, sob a gerência de pessoa estranha, proposta pelo síndico e nomeada pelo juiz, no interesse comum dos credores. Por outro lado, o estabelecimento do falido será vendido na sua integridade, se o contrato de locação estiver protegido pela lei que assegura a renovação compulsória. Existe ainda a possibilidade de credores que representem dois terços dos créditos organizar sociedade para continuação do negócio do falido, ou autorizar o síndico a ceder o ativo a terceiro. Isto sem falar na eventual concessão de concordata suspensiva. O estabelecimento permanece, portanto, até final liquidação da massa; então, se extinguirá por força da venda separada dos seus elementos, caso não haja opção por urna das alternativas legais para a preservação da sua unidade” em BARRETO Filho, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial – fundo do comércio ou fazenda mercantil*. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 148.

²¹³ “TRANSFERÊNCIA DO FUNDO DE COMÉRCIO. TRESPASSE. CONTRATO DE LOCAÇÃO. ART. 13. DA LEI

do ativo, o pagamento dos débitos, a continuidade da atividade sob outra direção e a possibilidade da manutenção das relações laborais.

Entretanto, certa controversa há, em toda parte, sobre os ônus incidentes – tal qual uma obrigação *propter rem* – para os adquirentes, quando incide sobre o patrimônio do devedor-alienante, uma série de obrigações inadimplidas. Se o próprio estabelecimento não deixa de ser uma garantia dos credores, e portanto sua alienação minoraria, economicamente, o acervo patrimonial do alienante; de outro, sua manutenção na titularidade do devedor poderá diminuir, ainda mais, os valores a serem havidos pelos credores.

Entretanto, mister diferenciar o trespasse realizado num momento em que o alienante não passa por sérias crises econômicas, daquele realizado já num momento de recuperação judicial ou na falência. Por certo que o negócio realizado em período de plena disponibilidade patrimonial do alienante, poderá importar na transferência do estabelecimento²¹⁴ com diversos ônus²¹⁵. Ou seja, num ambiente mercantil ordinário, o adquirente deve tomar todas as

N. 8.245/91. APLICAÇÃO À LOCAÇÃO COMERCIAL. CONSENTIMENTO DO LOCADOR. REQUISITO ESSENCIAL. RECURSO PROVIDO. 1. Transferência do fundo de comércio. Trespasse. Efeitos: continuidade do processo produtivo; manutenção dos postos de trabalho; circulação de ativos econômicos. 2. Contrato de locação. Locador. Avaliação de características individuais do futuro inquilino. Capacidade financeira e idoneidade moral. Inspeção extensível, também, ao eventual prestador da garantia fidejussória. Natureza pessoal do contrato de locação. 3. Desenvolvimento econômico. Aspectos necessários: proteção ao direito de propriedade e a segurança jurídica” BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3a Turma, Min. Vasco della Giustina, REsp 1202077/MS, DJ 10.03.2011.

²¹⁴ “Pelo trespasse ocorrido, o adquirente ficou responsável pela quitação dos débitos vencidos e vencidos da sociedade empresária, regularmente contabilizados, até o limite previsto no contrato. Dívidas que ultrapassaram o valor avençado. Direito do adquirente de reaver a diferença. Obrigação dos réus, como garantidores, de reembolsar à autora, nos limites estabelecidos na cláusula 4.2, §5º, do contrato. Não provimento do 1º recurso e parcial provimento do 2º” BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 7a Câmara Cível, Des. Katya Monnerat, AC 0052504-78.2000.8.19.0001, DJ 07.07.2010.

²¹⁵ “Ponderação de valores entre a regra de consumidor e a regra societária. Apelante com mesmo ramo de negócios que a anterior locatária. Inexistência de prova de efetiva instalação e funcionamento da empresa anterior em outra localidade. Alteração contratual apresentada que ofende a regra do art. 1.150 do Cód. Civil. Imprestabilidade deste documento. Datas de mudança de endereço da empresa anterior, da celebração do contrato de locação e de constituição da apelante que se mostram interligadas entre si. Trespasse de fundo de comércio que se reconhece, com afastamento da proteção da lei no. 8.078/90 e prevalência da norma de direito comum. Conduta da ré que é reconhecida como válida. Responsabilidade da recorrente, pelo débito, nos exatos termos do art. 1.146 do Cód. Civil” BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 18a Câmara Cível, Des. Pedro Freire Raguenet, AC 0054741-61.2006.8.19.0038, DJ 28.04.2009.

cauteladas possíveis no momento de adquirir o *instrumento comercial* alheio, visto que ele subrogará nas obrigações e direitos²¹⁶.

De outro lado, tal como reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal²¹⁷, não há qualquer incompatibilidade constitucional com a previsão da atual LREF brasileira de desonerar terceiros adquirentes do *instrumento comercial* do falido, visto que isto estimula a função social (na manutenção) do estabelecimento.

Neste quesito, aliás, legislações que mantêm os estabelecimentos alienados sob o jugo dos credores do alienante acabam por desestimular terceiros-adquirentes, dispostos a tocar a *atividade empresarial* em crise. De outra feita, legislações como a italiana²¹⁸ que preservam o adquirente, são *criticadas* por alguns como sendo pouco cautelosas aos créditos trabalhistas, *verba gratia*.

Destarte no tocante ao trespasse no hiato temporal de severa crise econômica, o legislador canadense, no extenso, Bankruptcy and Insolvency Act, não dispensou um dispositivo sequer, especificamente, sobre a alienação de estabelecimento comercial (*fonds du commerce* ou *Maison du commerce, establishment*, etc). Factualmente, o legislador d'alhures preferiu tomar como ato de falência qualquer conduta do *devedor* insolvente que aliena, onera, ou vilipendia seu patrimônio em prejuízo de seus credores (*section 42*²¹⁹).

²¹⁶ "Na alienação do estabelecimento empresarial, inexistindo ajuste em contrário, a regra é a sub-rogação do adquirente nas relações jurídicas outrora firmadas. A responsabilidade pelo pagamento de débitos anteriores ao trespasse do estabelecimento é dos sócios adquirentes, sobretudo quando comprovado que estes tinham ciência do débito e lograram abatimento do preço de aquisição. A responsabilidade do sócio cedente é apenas em relação a terceiros e à sociedade, mas não em relação ao sócio cessionário. Inexistência de vício contratual. Não incidência das regras do CDC" BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 18a Câmara Cível, Des. Rogerio de Oliveira Souza, AC 0018669-55.2007.8.19.0001, DJ 12.08.2008.

²¹⁷ "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 60, PARÁGRAFO ÚNICO, 83, I E IV, c, E 141, II, DA LEI 11.101/2005. FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS ARTIGOS 1º, III E IV, 6º, 7º, I, E 170, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988. ADI JULGADA IMPROCEDENTE. I - Inexiste reserva constitucional de lei complementar para a execução dos créditos trabalhistas decorrente de falência ou recuperação judicial. II - Não há, também, inconstitucionalidade quanto à ausência de sucessão de créditos trabalhistas. III - Igualmente não existe ofensa à Constituição no tocante ao limite de conversão de créditos trabalhistas em quirografários. IV - Diploma legal que objetiva prestigiar a função social da empresa e assegurar, tanto quanto possível, a preservação dos postos de trabalho. V - Ação direta julgada improcedente" BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Min. Ricardo Lewandowski, ADI 3934, DJ 06.11.2009.

²¹⁸ "Viene esclusa la responsabilità dell'acquirente per I debiti relative all'esercizio delle aziende cedute, sorti prima del trasferimento, salvo diversa convenzione intervenuta tra le parti" em PERUGINI, Gian Mario. *Il patrimonio attivo nel fallimento*. 2a Edição, Milão: Giuffrè Editore, 2008, p. 704.

²¹⁹ "42. (1) A debtor commits an act of bankruptcy in each of the following cases: (a) if in Canada or

Ou seja, ao contrário da tendência do BIA em ser minucioso com quase todos os aspectos falimentares, e da recuperação da empresa ou do consumidor, é curioso que até a “sintética” (em comparação) legislação brasileira é mais analítica quanto a importante *fattispecie* do *trespasse* do que sua respectiva legislação no Canadá.

De outro lado, ao invés de operar com a certa complexidade de ações revocatórias, ou da aplicação de ineficácia, nos negócios jurídicos realizados ao prejuízo dos credores (como eventual *trespasse* fraudulento), a legislação canadense optou pela simplicidade da sanção de nulidade²²⁰. Tal opção política acaba por fulminar as controversas incidentes sobre dolo e culpa, importando numa invalidade que reestabeleça o *status quo* vigente no período pretérito à alienação sem a devida autorização dos credores, ou da ilegal.

Novamente, a cláusula geral²²¹ do “*arm’s length*” serve de preceito-guia ao magistrado canadense, no momento de dirimir se a alienação do *fonds de commerce* ocorreu de acordo com o espírito do BIA. Outrossim, parâmetros mercadológicos (como o faturamento, o ponto do comércio, o aviamento, enfim, todos os fatores econômicos) pertinentes ao estabelecimento comercial, no momento da sua alienação, serão tomados como relevantes na definição da *legitimidade* do ato negocial.

Outrossim, se de um lado é possível criticar a incompletude *in totum* da legislação canadense quanto ao relevante aspecto do *trespasse* em momentos de crise econômica mercantil, de outra feita é possível considerar que o espaço ao *case law*, e a utilização da cláusula geral do “*arm’s length*” possibilita ao magistrado bem judicar as lides.

elsewhere he makes an assignment of his property to a trustee for the benefit of his creditors generally, whether it is an assignment authorized by this Act or not; (b) if in Canada or elsewhere the debtor makes a fraudulent gift, delivery or transfer of the debtor’s property or of any part of it; (c) if in Canada or elsewhere the debtor makes any transfer of the debtor’s property or any part of it, or creates any charge on it, that would under this Act be void or, in the Province of Quebec, null as a fraudulent preference” disponível em <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/b-3/page-21.html#h-19>, acessado em 23.06.2013.

²²⁰ “(2) Every assignment of an insolvent debtor’s property other than an assignment autho-rized by this Act, made by an insolvent debtor for the general benefit of their creditors, is void or, in the Province of Quebec, null” disponível em <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/b-3/page-21.html#h-19>, acessado em 23.06.2013.

²²¹ Se as cláusulas gerais são criticáveis por dar certa margem hermenêutica ao Poder Judiciário, “Todavia, para a sociedade em mudanças, para a realização das finalidades de justiça social e para o trato adequado do fenômeno avassalador da massificação contratual e da parte contratante vulnerável, constituem eles ferramentas hermenêuticas indispensáveis e imprescindíveis” em GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Contratual contemporâneo: A função social do contrato*. In TEPEDINO, Gustavo, FACHIN, Luiz Edson. *O Direito e O Tempo, Embates Jurídicos e utopias contemporâneas*. Editora Renovar; Rio de Janeiro, 2008, p. 380.

5) CONCLUSÃO

A elaboração de estudos, pesquisas, e manuscritos sobre direito comparado é uma das tarefas mais árduas à qualquer pesquisador. Isto se dá em virtude da necessidade de se estabelecer similitudes e disparidades entre os textos normativos (Leis, Constituições), a criação pretoriana (precedentes, súmulas, jurisprudência), princípios e valores (muitas vezes não positivados) além da doutrina (que em países de *common law* são cognominados de, meros, *commentators*). De outro lado, quando é possível a realização da análise comparada dos ordenamentos jurídicos de diversos países, tal contribui para um estudo crítico do sistema legislativo local, além de oxigenar a doutrina com soluções jurígenas inovadoras.

No presente artigo o objetivo foi, deveras, mais simplório, tendo sido visada uma célere exposição de algumas das características mais interessantes do Bankruptcy and Insolvency Act canadense. Neste diploma legislativo alienígena, ganha destaque a insolvência consumerista (que se está a debater no Congresso Nacional brasileiro), que já é a classe do instituto jurídico mais utilizada no Canadá. Tais previsões, auxiliam a reestruturação econômica do pequeno devedor não-profissional, além de majorar as chances do adimplemento das dívidas para esta seara jurídica.

Outra idiossincrasia interessante do sistema canadense é a da publicidade dos resultados processuais no sistema falimentar e da recuperação, através de um banco de dados centralizados. Além de aspectos estatísticos, tal previsão legislativa facilita a compreensão da eficácia econômica da própria legislação falimentar. Tal medida, em muito, contribuiria para um aperfeiçoamento do sistema da Recuperação e das Falências no Brasil, permitindo um diagnóstico sistemático dos efeitos da legislação de 2005, e se esta está catalisando a superação das empresas em crise.

No tocante aos órgãos estatais auxiliares ao sistema falimentar, ganha relevo a figura do *superintendent* que permite um controle ostensivo da categoria dos administradores judiciais, realizando mister que o *parquet* no Brasil – de fato – não o faz. Tal figura, certamente contribui para a profissionalização dos administradores do patrimônio falimentar, além de majorar o nível qualitativo da prestação de tal serviço.

Por último, em que pese a ausência de dispositivos específicos regulando o trespasse no sistema falimentar canadense, é possível perquirir a opção política da regulação através de *atos falimentares* consubstanciados na premissa do *arm's lenght*. A justaposição de uma análise sistemática do BIA, portanto, permite certa segurança jurídica no negócio de mutação subjetiva de quem enveredará o *instrumento empresarial* do estabelecimento mercantil através de critérios de boa-fé objetiva e do melhor interesse dos credores.

Em síntese, tanto na LREF (nacional) quanto no BIA (canadense) há falhas e acertos político-legislativos. Entretanto, em termos gerais, o texto-normativo canarinho está muito

alguém da minuciosidade e pragmatismo alienígena. Outrossim, três reformas pontuais (banco de dados público sobre as estatísticas dos processos judiciais, o sistema da insolvência consumerista, e o órgão fiscalizador dos administradores judiciais) inspiradas no país da América do Norte permitiriam melhorias na Lei 11.101/2005, merecendo exame cauteloso para um futuro projeto de lei.

6) BIBLIOGRAFIA

ASCARELLI, Tullio. *Teoria della concorrenza e dei Beni immateriali*. 2º Edição, Milão: Editore Giuffré, 1960.

ASCARELLI, Tullio. *Iniciação ao Estudo do Direito Mercantil*. São Paulo: Ed. Minelli, 2007.

BANCO MUNDIAL. <http://data.worldbank.org/data-catalog/GDP-ranking-table>, acessado em 15.06.2013.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *O Direito Civil da Propriedade Intelectual: O Caso da Usucapião de Patentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BARBOSA, Rui. *As cessões de clientela*. Obras Completas de Rui Barbosa – Vol. XL. Tomo I, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1913.

BARRETO Filho, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial – fundo do comércio ou fazenda mercantil*. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1988.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e falência*. 8ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Min. Ricardo Lewandowski, ADI 3934, DJ 06.11.2009.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Min. Vasco della Giustina, REsp 1202077/MS, DJ 10.03.2011.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 18ª Câmara Cível, Des. Pedro Freire Raguenet, AC 0054741-61.2006.8.19.0038, DJ 28.04.2009.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 18ª Câmara Cível, Des. Rogerio de Oliveira Souza, AC 0018669-55.2007.8.19.0001, DJ 12.08.2008.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 7ª Câmara Cível, Des. Katya Monnerat, AC 0005418-25.2007.8.19.0209, DJ 07.07.2010.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 20ª Câmara de Direito Privado, Des. Maria Lúcia Pizzotti, AC 9167707-25.2009.8.26.0000, DJ 14.12.2012.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juízes, Vistos por um Advogado*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1995.

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de Empresa: O Novo Regime da Insolvência empresarial*. 6ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2012.

CANADA. Bankruptcy and Insolvency Act. Disponível em <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/b-3/>, acessado em 23.06.2013.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. tradução por CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. 3ª Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *Come Nasce Il Diritto*. Torino: Rai, Radiotelevisione Italiana, 1954.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1976.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Ed. Servanda, 2008.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. Vol VI. São Paulo: Saraiva, 1962.

FRANCO, Vera Helena de Mello. SZTAJN, Rachel. *Falência e Recuperação da Empresa em Crise*. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Contratual contemporâneo: A função social do contrato*. In TEPEDINO, Gustavo, FACHIN, Luiz Edson. *O Direito e O Tempo, Embates Jurídicos e utopias contemporâneas*. Editora Renovar; Rio de Janeiro, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14ª Edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.

LISBOA, Marcos de Barros. DAMASO, Otávio Ribeiro. SANTOS, Bruno Carazza dos. COSTA, Ana Carla Abrão. *A racionalidade econômica da Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. em PAIVA, Luiz Fernando Valente. Org. *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MORAES FILHO, Evaristo de. *Sucessão nas Obrigações e a Teoria da Empresa*. Vol 2. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio Separado*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PERUGINI, Gian Mario. *Il patrimonio attivo nel fallimento*. 2ª Edição, Milão: Giuffrè Editore, 2008.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 31ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

SALLES, Paulo Fernando Campos. POPPA, Bruno. *UPI e Estabelecimento: uma visão crítica*. SALLES DE TOLEDO. SATIRO, Francisco. *Direito das Empresas em Crise: problemas e soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 273.

Nova Lei de Lavagem de Dinheiro no Brasil: compreendendo os programas de criminal *compliance*

Eduardo Saad-Diniz*

Artigo originalmente intitulado "New Money Laundering in Brazil: Understanding the Criminal Compliance Programms in Brazil", foi apresentado no III International AIDP Symposium for Young Penalists – "Corporate Criminal Liability – AIDP/LMU-Symposium, Munich (June 12th-14th, 2013). Todos os direitos autorais foram cedidos à Editora Springer. Tradução livre ao português.

1. Introdução

Este *paper* propõe uma ambiciosa estrutura e, assim suponho, deverá apresentar-lhes muito brevemente minhas percepções, na tentativa de observar ambas as dimensões da nova lei de lavagem de dinheiro no Brasil, tanto com referências teóricas quanto com análise de suas conseqüências práticas. Inicialmente, inspirado nas ideias de Klaus Tiedemann, farei alguns comentários sobre a "cultura da responsabilidade penal empresarial" (*Kultur der Unternehmensstrafbarkeit*)²²², seguido da demanda internacional por alinhamento eficiente no campo da cultura organizacional (alinhamento aqui entendido como pressão internacional por cooperação em matéria criminal)²²³. Após, serão apontadas algumas conclusões, sugerindo as relações possíveis entre a cultura organizacional e a assim chamada "cultura da *corporate compliance*", e sua influência no modelo brasileiro de prevenção à criminalidade econômica.

Esses importantes tópicos procuram fundamentar a análise – em forma descritiva – do sistema brasileiro anti-lavagem de dinheiro, desde sua evolução legislativa à nova lei de lavagem de dinheiro (Lei n. 12.683/2012), passando por uma recente interpretação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal: o "Caso Mensalão", a AP 470 (escândalo envolvendo membros do Parlamento durante o Governo Lula da Silva).

²²² TIEDEMANN, Klaus. "Zur Kultur der Unternehmensstrafbarkeit". In: QUELOS, Nicolas (org.) *Droit penal et diversités culturelles - Festschrift für José Hurtado Pozo*, Basel: Schulthess, 2012, pp. 495-512.

²²³ O caso chileno e a previsão de responsabilidade criminal autônoma das corporações poderia ser um bom exemplo (*Ley 20.393/2009*), publicada no mesmo contexto em que o Chile alcança a posição de membro da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Last but not least, alguns importantes problemas serão evidenciados, inclusive os dilemas morais que pertencem à relação “incestuosa” entre corrupção e a lavagem de dinheiro²²⁴. Sem uma conclusão na acepção do termo, a exposição tem a finalidade de compartilhar preocupações um tanto céticas em relação ao futuro da criminal *compliance* no ambiente corporativo brasileiro.

2. A cultura da responsabilidade penal empresarial (Klaus Tiedemann)

Klaus Tiedemann analisa a cultura da responsabilidade corporativa como a recepção de *standards* internacionais de regulação a fim de determinar a função normativa de integração (*Integrationsfunktion*) nas leis penais, permitindo novos arranjos e combinações com outras normas de natureza pública ou privada²²⁵. Com respeito a isso, o

droit administratif penal ou *droit administratif repressif* aparece como tendência não apenas na Europa, mas também na América Latina. Desde uma perspectiva crítica, e aqui com referência a Joachim Vogel, Tiedemann menciona as “legal transplantations”, que nos levam a questionar a forma como o direito penal se propõe a adotar as transformações sociais²²⁶. Além disso, esta forma de determinação do direito penal é afetada diretamente pelas normas penais que podem intervir no desenvolvimento econômico, na medida em que gera mecanismos que apenas protegem os indivíduos e a comunidade em face da concentração de poder própria das corporações, ou ainda, na capacidade que adquirem para prevenir escândalos de corrupção.

É possível descrever facilmente este contexto internacional com referências às transformações induzidas pela sociedade econômica e inspiradas pela crescente especialização tecnologia, proliferação dos riscos nas negociações das grandes corporações econômicas e enorme circulação de capital em nível global²²⁷. Especialmente após os anos 90, a desregulamentação das imperfeições de mercado trouxe um cenário de incertezas, bem distante de oferecer (1) os padrões ideais de *fair play*, voltados à atração de *stakeholders*, ou (2) informações estratégicas oferecidas aos *shareholders*, (3) desprovido de proteção suficiente dos investimentos e, ademais disso, (4) afetando a reputação corporativa.

Daí porque as representações clássicas do direito penal vêm sendo continuamente substituídas por novas expectativas, baseadas no comportamento econômico da corporação. De forma simplificada, o direito penal econômico assumiu essa nova *agenda* opondo, de um

²²⁴ KYRIAKOS-SAAD, Nadim; ESPOSITO, Gianluca; SCHWARZ, Nadine. “The incestuous relationship between corruption and money laundering”. In: *Revue Internationale de Droit Pénal (AIDP)*, 83/2012, pp. 161-169.

²²⁵ VOGEL, Joachim. “Wertpapierhandelsstrafrecht”. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (org) *Festschrift für Günther Jakobs*. Köln: Carl Heymanns, 2007, pp. 407 e ss.; EICKER, Andreas. *Die Prozeduralisierung des Strafrechts: Zur Entstehung, Bedeutung und Zukunft eines Paradigmenwechsels*, Bern: Nomos, 2010, pp. 168 e ss.; sobre a “setorização” ou “reorganização em divisões” (*Divisionalisierung*) no âmbito dos programas de criminal *compliance*, KUHLEN, Lothar. “Grundfragen von Compliance und Strafrecht”. In: KUHLEN, Lothar et al (org) *Compliance und Strafrecht*. Heidelberg: C.F. Müller, 2013, p. 13; para uma análise dos diferentes tipos de sanções, ENGELHARDT, Marc. *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance*. 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 2012, pp. 563 e ss.

²²⁶ TIEDEMANN, Klaus. Zur Kultur... *op. cit.*, p. 497.

²²⁷ TIEDEMANN, Klaus. Zur Kultur... *op. cit.*, pp. 500 e ss.

lado, (a) a legalidade estrita e a individualização da culpabilidade, e, de outro, (b) a responsabilidade penal corporativa e os apelos à cultura de *compliance*. Em nossa história, um desafio jurídico sem precedentes que demanda ao menos uma revisão no emprego dos conceitos.

Tiedemann não deixa de analisar a influência das *US sentence guidelines*²²⁸ na *compliance* corporativa e na formulação de seus valores, objetivos e estruturas de incentivo para “cumprir com” (*to comply with*) os novos *standards* de gerenciamento de risco (*risk management*), boa governança (*good governance*) e ética negocial (*ethics in business*)²²⁹. O problema se torna ainda mais complexo se pensada a adoção deste novo *standard* de comportamento orientado pela prescrição *comply or disclosure* (cumprir ou divulgar) e as novas formas de atribuição de responsabilidade, as quais requerem uma cultura organizacional mais elaborada para cumprir os deveres de lealdade, sinceridade e, sobretudo, *due diligence*.

Desta forma e em semelhante nível, o que está em jogo são a eficácia da regulação de mercado e o papel que podem exercer as normas penais. É possível regular o funcionamento dos mercados por meio da aplicação prática de normas penais? Que tipo de impacto regulatório elas podem alcançar? Quais seriam os benefícios do aumento dos custos transação impostos pelos procedimentos criminais?

Na verdade, como mencionado logo no início, acaba por oferecer algumas evidências a respeito da ambigüidade de funções reveladas quando a responsabilidade corporativa é posta em discussão no âmbito criminal – de um lado, proteger os indivíduos e a comunidade em face do poder econômico, e, de outro, a criação de identidade de mercado forjada pelos *standards* regulatórios internacionais. Tudo isso nos conduz ao debate mais amplo da garantia da segurança das relações comerciais *versus* a restrição da liberdade de ação no mercado. O paradoxo consiste no fato de que *restringir* a liberdade econômica de alguns agentes econômicos *de facto* pode *ampliar* a segurança comercial, de tal forma que uma *restrição* da liberdade produz a *ampliação* da liberdade de outros agentes econômicos²³⁰.

2. O sistema brasileiro anti-lavagem de dinheiro

Para compreender esta forma emergente de criminalidade e avaliar tanto as questões jurídicas quanto os possíveis impactos desta nova modalidade de intervenção no funcionamento do mercado, é necessário demonstrar os fundamentos teóricos sob os quais este novo padrão regulatório foi produzido, a partir de um breve esforço histórico. O sistema brasileiro anti-lavagem de dinheiro permite observar com alguma clareza as assim chamadas “três gerações” de leis de lavagem de dinheiro, com referência à técnica dos tipos penais de conexão (*Verknüpfungstat*) e à forma como as atualizações legislativas buscaram atender às

²²⁸ TIEDEMANN, Klaus. Zur Kultur... *op. cit.*, p. 501.

²²⁹ SIEBER, Ulrich. “Compliance-Programme in Unternehmensstrafrecht: Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität”. In: SIEBER, Ulrich *et al* (org). *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht Dogmatik, Rechtswegleich, Rechtstatsachen- Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 2008, pp. 458, 476 e ss.

²³⁰ SAAD-DINIZ, Eduardo. “O sentido normativo dos programas de *compliance* na AP 470”. In: *Revista dos Tribunais*, n. 933, 2013, pp. 151-165; SAAD-DINIZ, Eduardo. “O modelo brasileiro de prevenção à lavagem de dinheiro: as repercussões da Ação Penal 470”. In: *Boletim IBCCRIM*, n. 242, 2013, pp. 09-10.

demandas da dinâmica da globalização econômica, recepcionando em nosso ordenamento estes novos *standards* de regulação.

Bem no início, na “primeira geração”, os interesses tutelados estavam centrados no combate ao tráfico de drogas, fazendo referências (Decreto 154/1991) à “Convenção da ONU contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas”, a Convenção de Viena de 1998²³¹.

Mais tarde, já adentrando à “segunda geração”, com a publicação da Lei 9.613/1998 o Brasil ampliou o catálogo de delitos antecedentes (além do tráfico de drogas, terrorismo e seu financiamento, tráfico de armas, extorsão mediante seqüestro, crimes contra a Administração pública nacional e internacional, contra o sistema financeiro e cometido por organizações criminosas – art. 1º., Lei 9.613/1998) e criou sua unidade de inteligência financeira – o COAF (Conselho de Controle das Atividades Econômicas – art. 14). Desde 1999, os esforços de alinhamento internacional induziram à adoção de modelos especiais de “cooperação mútua” exibidos no Comitê da Basiléia, o “Grupo Egmont”, e também o órgão de formulação de políticas de prevenção à lavagem de dinheiro, o GAFI (*Group d’Action Financière*)²³².

Para além da simples aquisição de valores roubados, o principal propósito não se limitava a reconhecer a proveniência e a ocultação da atividade, mas em conhecer como e em que tipo de contexto social seria integrada, determinando suas possíveis interações com o mercado formal²³³. Essas modificações estruturais não vieram sem problemas conceituais e procedimentais. O que significa terrorismo e seu financiamento na realidade brasileira? Realmente, essas previsões sofrem pela falta de regulação específica, sem mencionar que organizações criminosas segue sendo uma questão jurídica a ser debatida entre nós. De qualquer forma, repõe-se a discussão em torno da unidade de inteligência financeira criada em 1998, sobretudo no que diz respeito aos problemas de implementação institucional e monitoramento do sistema anti-lavagem de dinheiro.

Buscando maior espaço para mudanças e na tentativa de se manter atualizado ao movimento de alinhamento internacional em termos de cooperação, a nova lei de lavagem de dinheiro no Brasil foi publicada em 2012 (Lei n. 12.683/2012), propondo duas modificações bastante relevantes: a primeira delas, a supressão do catálogo taxativo, e, a outra, a nova lei buscou estimular o movimento orientado pela especialização dos deveres de cumprimento e aperfeiçoamento operacional da unidade de inteligência financeira, especialmente no campo das instituições financeiras. A partir desta nova lei, a expectativa natural era a sofisticação da prevenção aos crimes econômicos. O último Relatório-GAFI 2012 sobre o Brasil foi, como não poderia deixar de ser, bastante elogioso, apontando como deficiência apenas a falta de especificidade regulatória no terrorismo e seu financiamento.

²³¹ Apenas para conhecimento, no mesmo ano, 1998, o Brasil adotou a responsabilidade penal da pessoa jurídica (Lei n. 9.613/1998), mas limitada estritamente aos crimes ambientais (e ainda permanece como a única variante legal de responsabilidade criminal corporativa em nosso ordenamento). Cfr. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: de acordo com a Lei 9.605/1998*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

²³² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. “Programas de criminal compliance y las instituciones financieras en la “Nueva Ley de Blanqueo” – Ley n. 12.683/2012”. In: PREDA DEL PUERTO, Ricardo (org.) *Apuntes de Derecho Penal Económico II*. Asunción: ICED, 2013, pp. 157-173.

²³³ TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico*. Trad. coord. Adán Nieto Martín. Lima: Grijley, 2012, p. 261.

No entanto, as inovações não puderam superar algumas contradições internas. Furtar ou roubar passam a ser infrações tão puníveis quanto o tráfico de drogas ou as organizações criminosas. O antigo catálogo taxativo, agora suprimido, estendeu a jurisdição para algumas condutas controversas no âmbito administrativo, como a sonegação fiscal. E o que aconteceria com a acusação de lavagem de dinheiro se o procedimento administrativo não chegar a uma conclusão relevante desde a perspectiva criminal? Em caso afirmativo, estaríamos aceitando uma figura “autônoma”, o que seria, para ficar com pouco, uma incongruência.

As modificações da nova lei reforçaram a preocupação com a figura do *compliance officer*, com base nos art. 10, III e IV da Lei 12.683/2012, que recomendam a adoção de políticas de prevenção, e o art. 11, II e III, que menciona a responsabilidade do dirigente e do *compliance officer*, sem conduto determinar os limites. Aqui também os advogados permanecem em vulnerabilidade (Res. COAF n. 24/2013).

Sem embargo, a nova lei não estabelece critérios claros (consciência do risco, circunstâncias normativas ou suporte material na configuração do delito)²³⁴ para sua aplicação prática, e a posição de garantidor ainda segue sendo bastante indefinida. Nesse sentido, é possível compreender este alinhamento como uma simples *legal transplantation*. Baseado em *standards* internacionais, além da supressão do catálogo taxativo e da especialização da unidade de inteligência financeira, esta nova lei procurou basear-se nas políticas *trust-based* de prevenção, incentivos procedimentais para a recuperação de valores e na recente normativa administrativa, que recomenda às instituições financeiras programas de prevenção à criminalidade corporativa – a *corporate compliance* –, especialmente a unidade de inteligência financeira, COAF, e também CVM, BACEN (na tentativa de especificar e especializar a obrigação de informar operações suspeitas).

Em relação às normas administrativas, o Brasil experimentou “ativismo regulatório”, na busca de implementar a persecução de ações suspeitas. Apenas como exemplo, até a normativa administrativa no âmbito bancário (Circular 3151/2004) previa 43 operações suspeitas. Em 2009, com a Circular 3461/2009, a previsão ascende para 106 operações suspeitas, mais do que o dobro. Em 2013, foram publicadas duas recentíssimas normas que regulam o dever de comunicar operações suspeitas (3.654 e 3.654/2013), e já se espera quase 20 novas normas para atender às demandas da “Basiléia III”, medidas preparadas para implementar as políticas de prevenção e imposição de obrigações de informar situações irregulares²³⁵.

A partir desta análise surgem algumas questões sobre as conseqüências mais relevantes. Para além dos problemas jurídicos de taxatividade e proporcionalidade, movimentos de “ativismo regulatório”, orientados pela recepção dos *standards* desenvolvidos

²³⁴ Em sentido semelhante, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. “Hacia un nuevo derecho penal de las empresas: más allá de solución penal y meramente administrativa del delito económico”. In: *Revista Penal*, n. 21, 2008, pp. 03-23; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. “Responsabilidad penal de los entes colectivos: una revisión crítica de las soluciones penales”. In: *Revista Penal*, n. 26, 2010, pp. 03-45.

²³⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. “Criminal compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro”. In: *Revista Brasileira de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 56, 2012, pp. 308-309.

pela “Basiléia III” e suas conseqüências para o modelo constitucional de desenvolvimento socioeconômico brasileiro (proteção da ordem socioeconômica, art. 170, CF)²³⁶.

Não apenas em matéria administrativa é possível verificar semelhante ativismo regulatório. De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, o sistema brasileiro de Justiça processou ao todo 25.799 casos sobre corrupção e lavagem de dinheiro, 1.763 deles apenas no ano de 2012.

Já no que diz respeito à AP 470 – o assim chamado “Caso Mensalão” (o escândalo envolvendo agentes do Governo Lula da Silva), e nem lhes falo das 8.405 páginas em que está contida a decisão, o julgamento atribuiu relevância criminal a transações financeiras promovidas por instituições bancárias que garantia votos de membros do Parlamento em apoio à agenda governamental.

Decidiu-se que essas transações compunham uma sofisticada engenharia de manipulação de informações suspeitas e que estabelecia conexões com *off shores*. O resultado trouxe elevada danosidade social e o caso manifestou níveis igualmente elevados de risco moral (*moral hazard*). Os apelos populistas por condenações acabaram forçando decisões duvidosas sobre “múltipla violação de deveres” ou “infrações gerais de dever”, ou, como se vê às fls. 1187, afirmações genéricas: “relatórios de *compliance* contendo várias irregularidades”, ou mesmo às fls. 1196 e 1198: “os relatórios sobre o controle interno e de *compliance* foram ocultados”.

Em outras palavras, as condenações foram justificadas de forma bastante simplificada e a partir de argumentos incompletos, de tal forma que a omissão no cumprimento de obrigações administrativa foi suficiente para recomendar a reprovação penal. Às fls. 3009: “a instituição financeira sistematicamente e de forma negligente descumpriu os normativos que regem a matéria, quer omitindo-se em seu dever de comunicar os fatos, quer deixando de identificar adequadamente beneficiários e sacadores em tais transações”. A simples omissão no cumprimento do dever foi suficiente para a condenação, nos termos do dever administrativo do art. 12, Lei 9.613/1998). E aqui é necessário enfatizar que as obrigações administrativas fundamentaram a decisão não apenas no sentido condenatório; foi também o caso das absolvições, quando as acusações se baseavam em deveres jurídicos não exigíveis à época dos fatos (por exemplo, às fls. 5455)²³⁷.

Algumas palavras quanto ao essencial, a falta de especificidade nas informações e a análise pouco aprofundada dos dados neste julgamento fizeram dos programas de *compliance* no campo financeiro, algo que em princípio era bastante vantajoso, uma medida sem eficácia e não recomendável em termos de segurança jurídica. A situação genérica em que a regulação da informação no mercado foi tratada converteu a própria prevenção de crimes econômicos em medidas repressivas. Uma autêntica inversão verificada na prática.

Parece então que a combinação imprecisa das normas de natureza administrativa afetou o caráter preventivo da *compliance* criminal no Brasil. Se já era difícil verificar empiricamente este caráter preventivo, com esta decisão pode-se arriscar a reconhecer uma

²³⁶ SARCEDO, Leandro. *Política criminal e crimes econômicos: uma crítica constitucional*, São Paulo: Alameda, 2012, p. 218.

²³⁷ *Idem* nota 09.

renaissance das teorias retributivas entre nós²³⁸. Por conseguinte, estou quase certo de que mesmo em vista de qualquer vantagem que possa advir dessas condenações não fazem dela algo positivo para o sistema de Justiça criminal brasileiro. Este precedente (infração de dever = responsabilidade criminal) pode estimular um sistema de delegação de responsabilidade no interior da corporação, ou ainda pior, a assim chamada “irresponsabilidade organizada” e mais vulnerabilidade aos empregados.

Além disso, na observação do caso brasileiro, a prática jurídica (*legal practice*) da *compliance* criminal no STF trouxe consequências em dois níveis, um macro e outro micro: no nível macro, ficou consubstanciado um modelo de *compliance* “ex post”, desinteressado na prevenção e com foco na reação penal em face dos escândalos; o STF parece assim integrar-se a uma estrutura de governança, alinha aos procedimentos internacionais de segurança da informação; e, ainda como consequência no plano macro, a cultura organizacional no Brasil recebeu a pauta de um modelo austero de regulação do funcionamento do mercado.

No plano micro, a função da informação no âmbito corporativo ampliou a responsabilidade criminal, recomendada pela simples omissão no *due diligence*. Por conseguinte, os custos de transação aumentaram e as corporações já começar a reestruturar os métodos de organização e controle interno²³⁹.

3. Impondo limites: por que precisamos a criminal compliance?

Esta apresentação apenas procurou delinear alguns dos principais problemas jurídicos trazidos pela evolução das leis do sistema brasileiro anti-lavagem, além de alguns argumentos sobre possíveis aplicações dos programas de criminal *compliance*. No entanto, observando o caso brasileiro talvez sejam ainda demasiado apressados os esforços de integração na regulação anti-lavagem a qualquer custo. Mas por que então precisamos isso? O fato é que no Brasil ainda não estamos preparados para assumir um *standard* tão rígido de cumprimento de deveres.

Alguns limites, de qualquer forma, devem ser impostos ao “controle eficiente de informações no âmbito corporativo”. Estaríamos realmente preparados para semelhante austeridade de comportamento corporativo, teríamos à disposição uma cultura organizacional suficiente? Padrões rígidos de atribuição de responsabilidade teriam como consequência a expansão do papel exercido pelas normas penais²⁴⁰, como uma duvidosa promessa para resolver a prevenção dos crimes econômicos²⁴¹. Mais do que isso, o dilema moral²⁴²,

²³⁸ Para uma referência crítica, PAWLIK, Michael. *Das Unrecht des Bürgers*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, pp. 82 e ss.

²³⁹ *Idem* nota 09.

²⁴⁰ Observações críticas em SILVA SANCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999, pp. 20 e ss.

²⁴¹ Analisando o caso brasileiro, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, “A ideia penal sobre a corrupção no Brasil: da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2011, n. 89, p. 423.

²⁴² O impacto economic dos dilemmas morais segue sendo, todavia, contingente, SCHRAMM, Michael. “Moral im Dilemma? Das Korruptionsproblem und die Relevanz moralischer Interessen im unternehmensethischen

envolvendo desenvolvimento econômico, corrupção burocrática e ética corporativa, é ainda uma questão aberta²⁴³. Ativismo regulatório, condenações a qualquer preço, novos padrões de regulação criminal, mas atendendo a quais preferências? Quem decide o que é um comportamento ético? E quem irá controlar aqueles que controlam (*quis custodiet ipsos custodes*) e que tipo de ética estamos buscando?

No lugar disso, o direito penal econômico bem poderia desenvolver mecanismos jurídicos para proteger os empregados e não perverter os sistemas de delegação de responsabilidade. Senhoras e senhores, o que por agora lhes apresento são apenas algumas de minhas dúvidas, que as trago aqui neste Simpósio apenas para compartilhar. Em que medida este novo *standard* de *compliance* está apropriado para a cultura organizacional brasileira²⁴⁴, estimulando o crescimento econômico? Dou-me quase por convencido de que a ideia de construção de uma identidade internacional de mercado – ou, de novo, como elaborado por Tiedemann, “a função de integração das normas penais” – deve enfrentar corajosamente o dilema moral, uma questão picante, segundo a qual exatamente esta mesma relação “incestuosa” entre corrupção e lavagem de dinheiro esteve por trás do novo patamar internacional ocupado pela economia brasileira.

Eduardo Saad-Diniz* -Prof. Dr. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP

Integritätsmanagement”. In: AUFDERHEIDE, D.; DABROWSKI, M. *Corporate Governance und Korruption*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005, pp. 85-107.

²⁴³ LEFF, Nathaniel. “Economic Development through bureaucratic corruption”. In: HEIDENHEIMER, Arnold J.; JOHNSTON, Michael (org.) *Political corruption: concept & contexts*, 3. ed., New Jersey: Transaction Publishers, 2009, pp. 307-320. Desde uma perspectiva realista, ROSE-ACKERMANN, Susan. “The political economy of corruption”. In: ELLIOTT, Kimberly Ann (org.) *Corruption and the Global Economy*. Institut for International Economics, 1997, pp. 31-56. Em detalhes sobre a forma como as consequências danosas da corrupção operam na economia e também diferenciando transações “ímorais” e “corruptas”, BARDHAN, Pranab. “Corruption and Development: a review of issues”. In: *Journal of Economic Literature*, 1997, pp. 1320-1346 ; “corrupt income may also induce a misallocation of resources”, LAMBSDORF, Johann Graf. “How corruption affects economic development”. In: AUFDERHEIDE, D.; DABROWSKI, M. *Corporate Governance und Korruption*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005, p. 14; a partir de uma perspectiva internacional sobre a “cultura anti-corrupção” e o papel do direito penal, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. “La lucha contra la corrupción en un mundo globalizado”. In: LOSANO, Mario; MUÑOZ CONDE, Francisco (org.) *El derecho ante la globalización y el terrorismo*. Valencia: Alexander von Humboldt Stiftung, 2004, pp. 278 e ss.;

²⁴⁴ Discutindo a cultura organizacional no contexto latino-americano, RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío. *Diagnóstico organizacional*, 7. ed., Santiago, Ediciones UC, pp. 126 e ss.

Doutrina

Tribunal do Júri e média opressiva*

João Carlos Castellar*

Exm^a. Sr^a. Prof^a. Dr^a. PATRICIA MOTHÉ GLIOCHE BÉZE, Promotora de Justiça que honra o Ministério Público não apenas pelo zelo com que pauta sua conduta profissional, mas também pela disciplina acadêmica que a faz uma das mais prestigiadas professoras da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. É para mim uma grande satisfação poder compartilhar com V. EX^a. desta mesa de debates. Isto porque seu pai, Desembargador ÂNGELO GLIOCHE, à época em que atuava como Promotor de Justiça no III Tribunal do Júri, teve ocasião de funcionar em uma das minhas estreias (pois é, estreei algumas vezes), tratando-se de adversário, malgrado veemente e rigoroso, extremamente respeitoso, não apenas com a defesa, mas também com a figura do réu. Jamais se viu uma referência pessoal, um adjetivo negativo, uma atitude de menoscabo. E para com V. EX^a. a genética foi pródiga, pois além de ser possuidora desses mesmos predicados, herdou também o gosto pelo estudo e pelo magistério.

Exm^o. Sr. Professor DENIS SAMPAIO, mestre em direito e destacado Defensor Público, também atuando no Tribunal do Júri, ora doutorando pela Universidade de Lisboa, quadro da maior relevância em nossa Comissão Permanente de Direito Penal. É também muito honroso para mim poder dividir esta bancada com V. Ex^a., pois seu talento, competência e fervor oratório irradiam fluidos que nos enriquecem sobremodo.

Meu querido amigo e confrade FERNANDO DRUMMOND. O carinho que sinto por você e a admiração que lhe dedico me obrigam a abrir mão de tratamento mais formal. Isso, porém, não impede que se diga desta tribuna que aqui está um dos mais combativos advogados criminais de sua geração, um dos mais respeitados profissionais desta especialidade, seja pela sua qualidade técnica do seu trabalho ou pelo respeito aos preceitos éticos com que pauta seu ministério.

Senhoras e senhores, estudantes e demais presentes.

* Trabalho apresentado em evento intitulado TRIBUNAL DO JÚRI: POLÊMICAS E MÍDIA, realizado em 18/07/2013, no Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

Introdução

Na divisão de tarefas que fizemos entre nós, escolhi falar sobre a relação da mídia com os julgamentos pelo júri, ou melhor, do quanto a publicidade que se dá a determinados casos pode se tornar de tal modo opressiva, a ponto de influenciar na decisão do magistrado que atua na causa e, pior, dos jurados integrantes do conselho de sentença. Antes, porém, vale repassar um pouco da História e fixar certos conceitos.

Não são meramente pontuais na crônica forense os erros judiciários decorrentes de julgamentos em que a mídia influiu decisivamente no seu resultado. Ao que se tem notícia, a primeira vez que a imprensa representou mais vivamente este papel, seja dramatizando ou mesmo criando o evento, apoiando ou denunciando as autoridades e exercendo, enfim, todo o tipo de chantagens e pressões, foi no *affair* Dreyfus. No final do século XIX, o capitão do exército francês Alfred Dreyfus era judeu e servia num posto na Alsácia, região conflituosa entre a França e a Alemanha. Foi acusado de ter vendido segredos militares ao país vizinho, sendo condenado a prisão perpétua, chegando a ficar encarcerado por cerca de cinco anos na Ilha do Diabo, terrível prisão situada na Guiana Francesa. Depois seu processo foi revisto e ele restou absolvido. Invocando vários autores, escreve Bredin (1993, p. 587) que este caso judiciário foi antes de tudo um caso de opiniãoⁱ:

Em todos os estágios do seu desenvolvimento se topa, muito ou pouco, com a imprensa. Ela se põe no lugar da justiça, da polícia, do próprio Parlamento. Ela exerce todas as chantagens, importa-se com todas as reputações, sendo ocasião reúne energias, sendo necessário dispersa-as, as distrai, para a seguir retomar indefinidamente.

Incontáveis são os exemplos, mais recentes ou remotos, em que a participação da mídia, moldando ao seu talante a opinião pública, determinou o desenlace de processos judiciais, notadamente os de natureza criminal, seja apontado culpados ou, até mesmo, definindo o montante da pena a ser a estes imposta.

Para Carnelutti (1995, p. 45), a descoberta do delito, de dolorosa necessidade social, já de muito se tornou uma espécie de esporte; as pessoas se apaixonam como na caça ao tesouro; jornalistas profissionais, jornalistas diletantes, jornalistas improvisados não tanto colaboram quanto fazem concorrência aos oficiais de polícia e aos juízes instrutores; e, o que é pior, aí fazem o trabalho delesⁱⁱ.

Cada delito, segue CARNELUTTI, desencadeia uma onda de procura, de conjunturas de informações, de indiscrições. Policiais e magistrados de vigilantes se tornam vigiados pela equipe de voluntários prontos a apontar cada movimento, a interpretar cada gesto, a publicar cada palavra deles. As testemunhas são encurraladas como a lebre de cão de caça; depois, muitas vezes sondadas, sugestionadas, assalariadas. Os advogados são perseguidos pelos fotógrafos e pelos entrevistadores. E muitas vezes, infelizmente, nem os magistrados logram opor a este frenesi a resistência que requeria o exercício de seu mister austero (CARNELUTTI, 1995, p. 45).

Não há dúvida de que o relato de crimes, em especial os que contenham algum tempero mais apimentado, seja envolvendo a sexualidade ou alguma forma mais exacerbada

de violência, inclusive quando envolvem pessoas (ou associação de pessoas) poderosas, atendem ao gosto da audiência.

Nessa linha de pensamento, lembra Sylvia Moretson (2004, p. 249), que “os crimes sexuais, especialmente contra menores – nesse caso genericamente referidos como pedofilia – ocupam lugar de destaque, porque associam o desejo de punição ao discurso moralista puritano, ao mesmo tempo em que prometem saciar o pouco reprimido – e certamente condenável, se o moralismo não fosse em si mesmo tão hipócrita – *voyerismo* do público, ao exporem, ou pelo menos insinuarem, aspectos da vida íntima dos acusados”ⁱⁱⁱ. É possível afirmar que grande parte da imprensa não sobreviveria sem manchetes alarmistas, vivendo seus produtores à custa da máxima: “se tem sangue não tem para ninguém” (GLASSNER, 2003, p. 31)^{iv}.

Assim, para além de influírem pontualmente quanto ao veredicto proferido em determinados julgamentos, os meios de comunicação social findam por se constituir nos verdadeiros configuradores de imagens e estereótipos sobre a criminalidade e sobre as demandas da sociedade acerca do sistema penal (ZUÑIGA RODRIGUEZ, 2001, p. 135)^v, já que “os jornais jamais são neutros, nem mesmo quando tentam fingir que são” (NOBLAT, 2004)^{vi}.

Some-se a isso o que ELIAS CANETTI (1995, p. 296) identificou como o “prazer de condenar”. Segundo o autor, trata-se de um prazer “rude e cruel, que não se deixa perturbar por coisa alguma. Um veredicto somente é um veredicto se proferido com uma segurança algo sinistra. Desconhece a clemência, da mesma forma como desconhece a cautela”. Mais que isso, “a paixão que o veredicto revela está ligada à sua velocidade. O veredicto incondicional e o veloz são os que se desenham como prazer no rosto daquele que condena”^{vii}.

No que consiste esse prazer, indaga CANETTI? O homem afasta alguém de si colocando-o num grupo de pessoas inferiores; implícito neste seu ato está que ele próprio pertence a um grupo de pessoas melhores. Rebaixando o outro, ele se eleva. A existência de dois grupos, representando valores opostos, é tida por natural e necessária. Quem quer que seja bom, esse bom existe para destacar-se do mau, e o próprio homem define quem pertence a uma ou outra categoria (CANETTI, 1995, P. 297).

Procedendo a julgamentos extremamente rápidos do fato criminoso em todos os seus aspectos, os meios de comunicação social são sempre ágeis em emitir em seus editoriais opinião ideologicamente orientada acerca de determinado delito, ao tempo em que conjecturam sobre a criminalidade como fenômeno sociológico. Para tanto se valem da notícia selecionada, reportando episódios isolados, incomuns, portadores de peculiaridades que os distinguem, quais sejam, aqueles dotados de características jornalísticas que atraem mais vivamente o interesse do público.

Mas a velocidade na divulgação da notícia, intrínseca à atividade jornalística, e dos adjetivados comentários que a ela se faz, não permite se compreenda o fenômeno da criminalidade em sua dimensão social, a partir de suas múltiplas causas, e menos ainda o papel que as instâncias “formais” de controle social devem desempenhar no Estado Democrático de Direito.

A opinião que se constrói do crime, do criminoso e da criminalidade sob a influência dessa abordagem midiática atua como uma “sanção difusa” (LYRA FILHO, 1972, p. 112)^{viii}, servindo não raro para que o suspeito do delito passe a ser visto como alguém passível de exclusão sumária do grupo social onde vive, tornando os destinatários daquela mensagem jornalística dramaticamente compostos receptíveis à implementação de medidas de política criminal– enaltecidas do endurecimento do Direito Penal, possibilitando, até mesmo, que se desenvolvesse na doutrina um Direito Penal do “Inimigo”, viés dogmático dotado de refinamento acadêmico elaborado pelo penalista alemão Günther Jakobs (2005), que propõe a absoluta e definitiva exclusão da sociedade dos condenados pela prática dos casos mais graves de criminalidade violenta^{ix}. Só para que fique o registro: **“política criminal”**, conforme conceituação doutrinária, “constitui-se num conjunto de princípios e recomendações que orientam as ações da Justiça Criminal, seja no momento da elaboração legislativa ou no da aplicação da e execução da disposição normativa” (GALVÃO, 2000, p. 23)^x.

A opinião pública e “publicidade opressiva”

A existência da “opinião pública”, como leciona MATTEUCCI (2002), é um fenômeno que se origina com a ascensão da burguesia na época moderna, pressupondo a existência de uma sociedade civil dinâmica e articulada que não quer deixar a gestão dos interesses públicos nas mãos dos políticos^{xi}.

Em seus primórdios, o pensamento liberal acentuava a função política da “opinião pública” como instância intermediária entre o eleitorado e o poder legislativo, servindo como um fórum de participação dos cidadãos e como uma forma de controle ou virtual oposição à classe política, funcionando como um “tribunal da política”, que talvez pudesse errar, mas que seria “incorrutível”.

TOCQUEVILLE (1973, p. 224), no entanto, já advertia que a opinião pública não é tão íntegra assim: “confesso não conceder à liberdade de imprensa esse amor completo e instantâneo que se dá às coisas soberanamente boas. Amo-a mais pelos males que impede do que pelos bens que causa”^{xii}.

HEGEL (2002, p. 331), por outro lado, esvazia o conceito de opinião pública, argumentando que a sociedade civil, caldo de cultura em que germina a opinião pública, não passa de um “conjunto anárquico e antagônico de tendências que não elimina a desigualdade e que dos interesses dos particulares não se chega à universalidade porque a sociedade civil está desorganizada: por isso, o auto-entendimento da opinião pública não pode se apresentar como razão”. Vejamos suas palavras^{xiii}:

O substancial, entretanto, é o coração da opinião pública e, portanto, é só com isso que ela é verdadeiramente séria. O que é o substancial, contudo, não pode ser descoberto pela opinião pública, porque sua própria substancialidade implica que só seja conhecido em si e por si. A opinião pública, portanto, *tanto merece ser respeitada como desprezada*. Desse modo, ser independente da opinião pública é a primeira condição formal para se realizar algo de grande ou de racional, seja na vida ou na ciência...

Também MARX (2005, p. 22) deprecia o conceito, observando que numa sociedade dividida em classes o público (ou a opinião pública) não se confunde com o povo, havendo “uma contradição entre o *bourgeois* e o *citoyen*, entre o membro da sociedade burguesa e sua ‘aparência política’”. Significa isso dizer que a opinião veiculada pela imprensa não expressa necessariamente a vontade da população, mas apenas a de uma parte dela, qual seja, a que detém o controle dos meios de comunicação^{xiv}.

No campo do Direito, como sintetiza LUIZ GUILHERME VIEIRA (1998, p. 251), “pode-se ver a opinião pública decadente – e deturpada – como possível provocadora dos juízos de valor expressos nas decisões judiciais. A mídia, em específico, desempenha com leviana desenvoltura essa função praticando arbitrariedades e danos de difícil e até mesmo impossível reparação, a título de salvaguardar pseudo-interesses sociais. Em ressunta, deparamos com o que Nelson Hungria, de há muito, pontificou como “publicidade opressiva”^{xv}.

Liberdade de expressão e manifestação do pensamento *versus* direito ao julgamento justo

A Constituição Federal estabelece, nos diversos incisos do seu artigo 5º, quais são os direitos e as garantias individuais de todos os cidadãos, os quais são considerados e preservados como cláusulas pétreas, nos moldes do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Carta, que determina não ser objeto de deliberação virtual proposta de emenda tendente a abolir estes direitos e garantias^{xvi}.

Para o tema em estudo, interessam-nos alguns destes dispositivos. Nos incisos IV, IX e XIV, protege-se a livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato, bem como a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística e de comunicação, independentemente de censura ou licença, assegurando-se a todos o acesso à informação, resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Por outro lado, nos seus incisos X, XI e XII garante-se a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assim como se protege o domicílio, impedindo, com expressas e específicas exceções, que nele se ingresse, seja agente público ou não, assegurando-se também o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, excetuando-se apenas, como não poderia deixar de ser, as hipóteses que a lei estabelece para fins de investigação criminal.

Até mesmo as pessoas submetidas a processos criminais, condenadas ou não, nos termos dos incisos XLI, XLV, XLIX e LVI do mencionado artigo 5º, estarão protegidas de qualquer discriminação atentatória aos seus direitos e liberdades fundamentais, assegurando-se, ademais, que as penas dos condenados não poderão ser cruéis, nem passar de suas próprias pessoas, devendo, ainda, ser respeitada a integridade física e moral dos cidadãos que estiverem presos – seja provisoriamente, quando será presumida sua não-culpabilidade (art. 5º, inciso LVII) ou em virtude de sentença condenatória irrecorrível, a ser precedida pelo devido processo legal, com suas cláusulas relativas ao contraditório e à ampla de defesa (LIV e LV).

A Constituição estatui ainda, no inciso LX, do seu artigo 5º, portanto também como cláusula pétrea, que a lei só restringirá a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem, postulado que vem reafirmado no seu artigo 93, IX: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

A colisão entre os direitos fundamentais em jogo – a liberdade de expressão (mais especificamente a liberdade de informação jornalística) por um lado e, por outro, o direito ao julgamento justo – deve ser resolvida, segundo SIMONE SCHREIBER (2008, p. 384-5), de acordo com as técnicas de ponderação de direitos fundamentais e a aplicação do postulado da proporcionalidade, significando que o juiz deve buscar, no cardápio de soluções para o conflito:

- 1 – medidas que sejam aptas a resolver o fim desejado (ou que contribuam para promovê-lo), qual seja, assegurar ao réu que seja julgado sob as garantias do processo legal (idoneidade ou adequação);
- 2 – dentre elas, as que imponham a menor restrição possível ao direito contraposto, no caso, a liberdade de expressão (indispensabilidade ou necessidade);
- 3 – deve avaliar ademais se o grau de restrição imposto à liberdade de expressão deve ser justificado em vista da relevância da realização do fim que se busca alcançar, devendo ainda ser avaliado o grau de satisfação concreto do fim desejado (proporcionalidade em sentido estrito).

Ressalva a autora, outrossim, que o juiz, na apreciação de cada caso concreto, se valerá da subjetividade para eleger quais serão, “entre as disponíveis, as medidas menos ou mais idôneas e restritivas, impondo-se que as escolhas sejam justificadas”.

Deste modo, no que tange aos virtuais efeitos opressivos que mídia pode exercer na formação da opinião pública e a influência desta sobre causas em julgamento, vê-se que o juiz da causa, interpretando a Constituição e fazendo valer as garantias fundamentais em confronto, pode ordenar medidas que assegurem a liberdade de imprensa com a divulgação de notícias acerca do caso, para que estas sejam veiculadas de molde a que não influenciem as partes diretamente envolvidas na decisão da causa – (veja-se, a esse propósito, o que diz o

artigo 251 do Código de Processo Penal: Ao juiz incumbirá *prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos*, podendo, para tal fim, requisitar a força pública).

E o que é prover à regularidade do processo, senão assegurar a paridade de armas e não permitir que uma das partes seja tratada desigualmente, chegando a julgamento já condenada pela opinião pública ou, melhor dizendo, pela *opinião que se publica*?

Note-se, por outro lado, que o próprio magistrado está sujeito à influência deletéria da mídia e não em poucos casos se vê também como verdadeiro refém do Ministério Público, órgão que, por meio de sua assessoria de imprensa, trabalha muito bem a formação de uma opinião pública que seja favorável aos seus interesses processuais em casos pontuais. Basta ver que quando, recentemente, um magistrado soltou por excesso de prazo na formação da culpa um grupo de meliantes que, em fuga da polícia, invadiu um grande hotel da cidade, a grita do *Parquet* foi enorme e responsabilizando-se a Corte pela decisão, logo tida como perigoso precedente, com promotores se manifestando adjetivamente nos órgãos de comunicação em contrariedade à soberana decisão judicial. Mas não se deu nenhuma importância – e aqui é que se revela o bom manuseio da mídia – ao fato de que o próprio Ministério Público, titular da ação penal, não conseguiu provar a culpa daqueles réus, mesmo passados meses, não obstante dispor este órgão de qualificado quadro funcional (com assistentes, peritos, inclusive um chamado Grupo de Apoio Técnico), além de substantivos recursos materiais.

Mas os efeitos da publicidade opressiva se revelam muito mais preocupantes em causas de competência do Tribunal do Júri. Afinal, trata-se de colegiado composto por pessoas teoricamente neutras, e, sobretudo, leigas no trato das leis. Aqui mais um parêntesis: o alistamento dos jurados, na prática, não obedece ao que determina o artigo 435, § 3º, do CPP: “o juiz presidente requisitará às autoridades locais, associações de classe e de bairro, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral, universidades, sindicatos, repartições públicas, e outros núcleos comunitários a indicação de pessoas que reúnam as condições para exercer a função de jurado”.

Já se viu, e os colegas de mesa, muito mais que este orador, têm experiência neste segmento, já se viu algum magistrado enviar convocatória à Associação de Moradores da Rocinha ou do Complexo do Alemão para que estas associações de bairro ou comunitárias indiquem candidatos a jurados? À Associação dos Estivadores do Cais do Porto, ao Afrореage, alguma vez se viu tenha sido remetida convocação para que fornecessem lista com seu quadro

de associados? Certamente que não. Os jurados são selecionados, todos sabemos que atuamos Júri sabemos disso, entre funcionários públicos e bancários – e mesmo assim CEF e BB – entre universitários, significando dizer que no Brasil se procede a verdadeiros julgamentos de classe, na medida em que a clientela do Júri – falamos aqui da maioria dos réus que ali tomam assento – provém, invariavelmente, das classes menos favorecidas, das favelas, das comunidades carentes.

São poucas as causas – e por isso estas são tão do agrado da mídia – envolvendo pessoas que façam parte das classes mais proeminentes da sociedade e que, aí sim, são julgadas por seus pares. Num rápido exercício da memória, podemos nos lembrar que neste grupo se poderia incluir aquela moça de nome complicado que, em coautoria com o namorado e o irmão, matou os pais em SP; ou da vereadora carioca ligada ao mundo do funk, acusada de torturar e tentar matar o seu namorado num quarto de motel; ou a ex-garota de programa que, em São Paulo, matou, esquartejou e colocou numa mala o rico marido empresário – isso para falar só das mulheres que são réus. Mas também podemos incluir nesta lista o jogador de futebol acusado de matar e sumir com o corpo da namorada. Este, julgado recentemente em Belo Horizonte, restou condenado a severíssima pena.

Mas não há dúvidas de que as pessoas, os juízes leigos que virão a formar o conselho de sentença, sendo o caso um daqueles eleitos pela mídia como merecedores do seu interesse, estarão sofrendo a ação dos meios de comunicação social desde o dia em que o crime foi cometido. E isso não pode ocorrer. É inconstitucional. Contraria a garantia do devido processo legal e suas cláusulas, como a ampla defesa e o contraditório, que pressupõem a igualdade de condições entre as partes no processo – qualquer processo.

As pessoas que julgaram ou julgarão os casos antes relacionados, com toda certeza, antes da realização deste ato judicial certamente já teriam comentado o caso com amigos, seja no cabelereiro, na pescaria, na escola, no clube. Terão assistido à transmissão da sequência de notícias num dos jornais nacionais, que consabidamente são os grandes formadores da opinião pública. E aqui não se pode deixar de destacar aspecto relevante. É claro que dependerá do talento jornalístico de cada um, mas não se pode negar que o simples menear de cabeça de determinados apresentadores dos jornais televisionados tem o condão – quase mágico – de determinar o qual destino deve ser dado ao virtual suspeito ou acusado da prática de algum homicídio pelo Poder Judiciário – e o Tribunal do Júri é um órgão desse Poder.

Para as comarcas do interior ainda é possível que se contorne este problema, quando se cuide de exageros praticados pela imprensa local no seu cacoete de assanhar o público a favor de uma das partes e quase sempre contra o réu. Isso se dá através de uma medida judicial chamada *desaforamento*. Prevista no artigo 427 do CPP, esta providência processual autoriza o Tribunal de Justiça – não o próprio juiz da causa – que proceda ao “desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas”.

Mesmo assim, vê-se repetidas vezes que, à porta do Tribunal, seja de cidades menores ou mesmo na capital, quando certos réus são levados a julgamento lá está o povo reunido, com faixas e cartazes, podendo-se claramente perceber o quão estimulado pelo clamor provocado pelos meios de comunicação. E sempre exigindo “Justiça”. Mas este reclamo, como se sabe, se constitui num mal disfarçado eufemismo com que se pretende encobrir o verdadeiro desejo da turba, que é o de que se faça o “justiçamento” do acusado; ou, usando a palavra adequada, para pleitear a vingança estatal, representada por uma pena a ser severamente imposta, de preferência no seu grau máximo e num presídio de segurança máxima o mais distante possível.

Não se intenta aqui afastar o povo das salas de julgamento. Disso já se encarregou o Tribunal de Justiça, ao instalar a assistência dos Tribunais do Júri da capital no andar acima do plenário, numa espécie de girau, e cerca-la com poderosa vidraça à prova de som e de balas, como se fosse comum e corriqueira a concretização de atentados vindos da plateia contra aqueles que participam da sessão de julgamento. Não é este distanciamento que se cogita aqui. O que se fala é da preocupação que deve ter o juiz da causa em não permitir a exposição pública do réu antes de ser julgado e proibir, por exemplo, o ingresso de jornalistas nos presídios, em busca de entrevistas exclusivas que o réu não queira conceder; ou reproduzir provas existentes nos autos, tais como trechos de depoimentos, fotografias do local, enfim, o sangue mencionado no laudo cadavérico, a arma, a feiura do corpo morto etc. Não há dúvida de que, com a dramaticidade estudada dos meios de comunicação, que se utilizam, inclusive, de técnicas de venda na composição do noticiário, a exposição destes elementos pode influenciar eficazmente no direcionamento do julgamento, no mais das vezes em detrimento da defesa.

Nesse embalo, costuma-se, propositadamente mesmo, confundir “opinião pública” com a opinião da “sociedade”. Quando algum articulista escreve que a “opinião pública” espera que o resultado de determinado julgamento se dê neste ou naquele sentido, não raro deixa entrever que este seria o resultado almejado pela “sociedade”. Nada mais perigoso. Pois também se costuma dizer que o Ministério Público, órgão da acusação, é o representante da “sociedade”. Procura-se, assim, maliciosamente, identificar a opinião pública construída pela

mídia interessada com a “sociedade”, que o Ministério Público supostamente representa. Mas isso não é verdadeiro.

É preciso que os magistrados estejam atentos. E, sempre que a “opinião pública”, sorrateiramente como lhe é de costume, quiser ingressar no plenário do Júri quando algum réu estiver em julgamento deve ser imediatamente expulsa pelo Juiz, pois, não sendo parte no processo, deve ser proibida de participar do julgamento.

Muito obrigado!

***João Carlos Castellar - Doutor em Direito (PUC-Rio) e Presidente da Comissão Permanente de Direito Penal do IAB.**

-
- ⁱ BREDIN, Jean-Denis. **O Caso Dreyfus**. Trad. M. A. A. de Sampaio Dória e R. M. Parreira Cordeiro. São Paulo: Editora Página Aberta (Scritta), 1993;
- ⁱⁱ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Trad. José Antônio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995;
- ⁱⁱⁱ MORETZON, Sílvia. **Em nome da “justiça”, contra o direito: os escândalos do jornalismo nas denúncias de pedofilia**. Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade, ano 9, n. 14. Rio de Janeiro: Revan: 2004;
- ^{iv} GLASSNER, Barry. **Cultura do Medo**. Trad. Laura Knapp. São Paulo: Francis, 2003;
- ^v ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. **Política Criminal**. Tradução livre. Madrid: Editorial Colex, 2001;
- ^{vi} NOBLAT, Ricardo. **A arte de fazer um jornal diário**. São Paulo: Contexto, 2004;
- ^{vii} CANETTI, Elias. **Massa e Poder**. Trad. S. Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995;
- ^{viii} LYRA FILHO, Roberto. **Criminologia Dialética**. Estado da Guanabara: Editor Borsoi, 1972;
- ^{ix} JAKOBS, Günther & MELIÁ, Cancio. **Derecho Penal del Enemigo**. 1ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.
- ^x GALVÃO, Fernando. **Política Criminal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000;
- ^{xi} BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 12ª ed. Trad. C. Varriale et alii. Brasília: Editora UnB; São Paulo: Imprensa Oficial, 2002;
- ^{xii} TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na América**. Trad. J. A. G. Albuquerque. São Paulo: Editora Abril (Coleção “Os Pensadores”, v. XXIX), 1973;
- ^{xiii} HEGEL, Gerog Wilhelm Friederich. In: MORRISON, Clarence (org.) **Os Grandes Filósofos do Direito**. Trad. R. Guarany et alii. São Paulo: Martins Fontes, 2002;
- ^{xiv} MARX, Karl. **A Questão Judaica**. Trad. S. D. Chagas. 6ª ed. São Paulo: Centauro, 2005;
- ^{xv} VIEIRA, Luiz Guilherme. **O fenômeno opressivo da mídia: uma abordagem acerca das provas ilícitas**. Discursos Sediciosos, ano 3, nºs 5 e 6. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1998.

^{xvi} Não se pode deixar de registrar a renhida controvérsia doutrinária sobre o tema. Como assinala Rodrigo Brandão, “a atribuição explícita de superconstitucionalidade aos direitos e garantias individuais consistiu em novidade de relevo do constituinte de 1988, pois era da tradição do direito positivo brasileiro considerar cláusulas pétreas apenas a forma republicana de governo e a forma federativa de Estado. (...). Nada obstante, há forte celeuma doutrinária a respeito da interpretação da expressão ‘direitos e garantias individuais’, objeto da proteção superconstitucional conferida pelo artigo 60, § 4º, IV, da Constituição, (...) havendo correntes que se digladiam no constitucionalismo pátrio” (BRANDÃO, 2008, pp. 40 e 197).