REVISTA Judiciária DO PARANÁ

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 1 21/10/2015 14:33:25

ISSN 2316-4212

Revista Judiciária do Paraná

Diretor
Joatan Marcos de Carvalho

Editor
Luiz Fernando de Queiroz

10

www.revistajudiciaria.com.br

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 3 21/10/2015 14:33:25

Revista Judiciária do Paraná – Ano X – n. 10 – Novembro 2015
Versão digital: www.revistajudiciaria.com.br
Periodicidade: Semestral (novembro e maio)
Realização: Associação dos Magistrados do Paraná – Amapar

EDITOR RESPONSÁVEL
Luiz Fernando de Queiroz

COORDENAÇÃO DE CONTEÚDO
Geison de Oliveira Rodrigues
Pollyana Elizabethe Pissaia

REVISÃO
Dulce de Queiroz Piacentini
Noeli do Carmo Faria

PRODUÇÃO GRÁFICA
Jéssica Regina Petersen

DIAGRAMAÇÃO
Josiane C. L. Martins

CAPA
Priory

FOTO DA CAPA
Jubal S. Dohms

Edição, Publicação e Distribuição
EDITORA BONIJURIS LTDA.
Rua Mal. Deodoro, 344 – 3º andar
80010-010 Curitiba, PR, Brasil
41 3323-4020 / 0800-645-4020
sac@bonijuris.com.br

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Index Consultoria em Informação e Serviços Ltda.

Revista Judiciária do Paraná / Associação dos Magistrados do Paraná.— v. 1, n. 1– ,(jan. 2006)– . — Curitiba : AMAPAR, 2006.

Semestral

ISSN 2316-4212

1. Poder Judiciário – Paraná. 2. Juízes – Paraná.

CDD (20. ed.) 347.8162
CDU (2. ed.) 347.96(816.2)

1ª tiragem: 500 exemplares

REVISTA JUDICIÁRIA DO PARANÁ

CONSELHO EXECUTIVO

PRESIDENTE Frederico Mendes Junior

DIRETOR Joatan Marcos de Carvalho

MEMBROS Denise Krüger Pereira
Evandro Portugal
Fernanda Karam de Chueiri Sanches
Rosana Andriguetto de Carvalho

EDITOR RESPONSÁVEL Luiz Fernando de Queiroz

CONSELHO EDITORIAL Albino de Brito Freire
Anita Zippin
Cláudia Lima Marques
Clèmerson Merlin Clève
Edson Ferreira Freitas
Fernando Antônio Prazeres
Francisco de Oliveira Cardoso
Ives Gandra da Silva Martins
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Jorge de Oliveira Vargas
José Laurindo de Souza Netto
José Sebastião Fagundes Cunha
José Wanderlei Rezende
Juarez Cirino dos Santos
Laurentino Gomes
Luiz Edson Fachin
Luiz Fernando Tomasi Keppen
Manoel Caetano Ferreira Filho
Mário Frota
René Ariel Dotti
Ricardo Hasson Sayeg
Roberto Portugal Bacellar
Teresa Arruda Alvim Wambier

PATROCÍNIO

Usina Elétrica a Gás de Araucária – **UEGA**

Companhia Paranaense de Energia Elétrica – **COPEL**

Caixa Econômica Federal – **CAIXA**

APOIO INSTITUCIONAL

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – **TJPR**
(www.tjpr.jus.br)

Escola da Magistratura do Paraná – **EMAP**
(www.emap.com.br)

Escola Judicial da América Latina – **EJAL**
(www.ejal.org)

Rede Latino-Americana de Juízes – **REDLAJ**
(www.redlaj.net)

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ – AMAPAR

DIRETORIA

PRESIDENTE
Frederico Mendes Junior

1º VICE-PRESIDENTE
Nilce Regina Lima

2º VICE-PRESIDENTE
Laryssa Angélica Copack Muniz

3º VICE-PRESIDENTE
Aurênio José Arantes de Moura

4º VICE-PRESIDENTE
Luiz Taro Oyama

5º VICE-PRESIDENTE
João Maria de Jesus Campos Araújo

6º VICE-PRESIDENTE
Geraldo Dutra de Andrade Neto

APOIO E VALORIZAÇÃO AO MAGISTRADO
Sigurd Roberto Bengtsson

1º SECRETÁRIO
Márcio José Tokars

2º SECRETÁRIO
Roberto Antonio Massaro

1º TESOUREIRO
César Ghizoni

2º TESOUREIRO
Michela Vechi Saviato

DIRETORES EXECUTIVOS
Eduardo Casagrande Sarrão
Diego Santos Teixeira
Nicola Frascati Junior
Fábio André Santos Muniz
Fernando Bueno da Graça
Noeli Salete Tavares Reback
Antonio Lopes de Noronha Filho
Luiz Fernando Tomasi Keppen

DEPARTAMENTOS

SEGURANÇA
Leonardo Bechara Stancioli

BOAS PRÁTICAS
Joeci Machado Camargo

APOSENTADOS
João Maria de Jesus Campos Araújo

ASSUNTOS INSTITUCIONAIS
Carlos Henrique Licheski Klein

ASSUNTOS LEGISLATIVOS
Glauco Alessandro de Oliveira
Antônio José Carvalho da Silva Filho

ASSUNTOS PREVIDENCIÁRIOS
Marcos Antonio da Cunha Araujo

COMUNICAÇÃO SOCIAL – DIRETORES
Rogerio Ribas
Marcelo Pimentel Bertasso

CONVÊNIO
Francisco Carlos Jorge

CULTURAL – DIRETOR
Noeval de Quadros

CULTURAL – MEMBROS
Ivanise Maria Tratz Martins
Flavia da Costa Viana
Fernanda Karam de Chueiri Sanches
Osvaldo Canela Junior

DIVULGAÇÃO E REVISTA
Joatan Marcos de Carvalho

ESPORTES
Davi Pinto de Almeida

ESPORTES – ATLETISMO
Roger Vinicius Pires de Camargo Oliveira
Shaline Zeida Ohi Yamaguchi

ESPORTES – FUTEBOL
Davi Pinto de Almeida

ESPORTE FEMININO
Fernanda Karam de Chueri Sanches

INFORMÁTICA
Rui Portugal Bacellar Filho

INTEGRAÇÃO – CURITIBA, RMC E LITORAL
Bruna Cavalcanti de Albuquerque Zandomeneco

INTEGRAÇÃO – INTERIOR
Marcelo Pimentel Bertasso

JURÍDICO
Antonio Mansano Neto

DIREITOS HUMANOS
Sérgio Luiz Kreuz

MEMÓRIA E ARQUIVO
Chloris Elaine Justen de Oliveira

MÚTUA
Themis Almeida Furquim Cortes

OBRAS – DIRETOR
Fernando Ferreira de Moraes

OBRAS – VICE-DIRETOR
Luiz Carlos Bellinetti

OUVIDORIA
Suzana Massako Hirama Loreto de Oliveira

PATRIMÔNIO
Marco Vinicius Schiebel

PENSIONISTAS
Marilia de Oliveira Viel

PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO
Wellington Emanuel Coimbra de Moura

RECURSOS HUMANOS
Erick Antonio Gomes

SERSOCIAL – DIRETOR
Joel Pugsley

SERSOCIAL – MEMBROS
José Luiz Dosciatti
Gilberto Ferreira
Raul Luiz Gutmann
André Carias de Araújo

SOCIAL – DIRETORA
Beatriz Fruet de Moraes

SOCIAL – VICE-DIRETORAS
Ana Paula Kaled Accioly Rodrigues da Costa
Andrea Fabiane Groth Busato

TÊNIS – DIRETORES
Wilson José de Freitas Junior
André Carias de Araujo

SEDES

FOZ DO IGUAÇU – DIRETOR
Rodrigo Luis Giacomin

FOZ DO IGUAÇU – VICE-DIRETOR
Wendel Fernando Brunieri

GUARATUBA – DIRETOR
João Maria de Jesus Campos Araújo

GUARATUBA – VICE-DIRETOR
Marcos Antonio da Cunha Araújo

LONDRINA – DIRETOR
Ademir Ribeiro Richter

MARINGÁ – DIRETOR
Antonio Mansano Neto

MARINGÁ – VICE-DIRETOR
José Camacho Santos

PILARZINHO – DIRETOR
Leomir Binhara de Mello

PILARZINHO – VICE-DIRETOR
Romero Tadeu Machado

PIRAQUARA – DIRETOR
Nelson França Pereira

PIRAQUARA – VICE-DIRETOR
Davi Pinto de Almeida

PONTA GROSSA – DIRETORA
Noeli Salete Tavares Reback

PONTA GROSSA – VICE-DIRETORA
Heloisa da Silva Krol

CONSELHO FISCAL

PRESIDENTE
Jederson Suzin

MEMBROS
Jeane Carla Furlan
Giovanna Rechia de Sá
Marcel Ferreira dos Santos
Marcos Antônio de Souza Lima
Ricardo Henrique Ferreira Jentzsch
Ricardo Luiz Gorla
Walter Ligeiri Junior

SUPLENTES
Beatriz Fruet de Moraes
Branca Bernardi
Fabrício Voltaré
Juliano Albino Mânica
Marcelo Quentin

COMISSÃO DE PRERROGATIVAS

PRESIDENTE
Carlos Eduardo Mattioli Kockanny

MEMBROS DA COMISSÃO
Carlos Henrique Licheski Klein
Alexandre Gomes Goncalves
Oswaldo Soares Neto
Ariel Nicolai Cesa Dias

EMAP

DIRETOR GERAL
Francisco Cardozo Oliveira

SUPERVISOR PEDAGÓGICO
Clayton de Albuquerque Maranhão

COORD. GERAL DE CURSOS
Rodrigo Fernandes Lima Dalledone

CURITIBA – DIRETOR
Daniel Ribeiro Surdi de Avelar

CURITIBA – VICE-DIRETOR
Eduardo Novacki

CASCAVEL – DIRETOR
Leonardo Ribas Tavares

CASCAVEL – VICE-DIRETORA
Filomar Helena Perosa Carezia

FOZ DO IGUAÇU – DIRETOR
Wendel Fernando Brunieri

FOZ DO IGUAÇU – VICE-DIRETOR
Marcos Antonio de Souza Lima

LONDRINA – DIRETOR
Rodrigo Afonso Bressan

LONDRINA – VICE-DIRETOR
José Ricardo Alvarez Vianna

MARINGÁ – DIRETOR
Fabio Bergamin Capela

PONTA GROSSA – DIRETOR
Hélio César Engelhardt

PONTA GROSSA – VICE-DIRETOR
Gilberto Romero Perioto

JUDICEMED

PRESIDENTE
Frederico Mendes Junior

VICE-PRESIDENTE
Luciano Carrasco Falavinha Souza

DIRETOR FINANCEIRO
Luís Carlos Xavier

DIRETOR ADMINISTRATIVO
Nicola Frascati Junior

CONSELHO FISCAL – PRESIDENTE
Stewalt Camargo Filho

CONSELHO FISCAL – MEMBROS
Rui Antonio Cruz
José Candido Sobrinho

CONSELHO FISCAL – SUPLENTE
Michela Vechi Saviato

CONSELHO GESTOR
Antonio Renato Strapasson
Hayton Lee Swain Filho
Shiroshi Yendo
Antonio Loyola Vieira

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ
www.amapar.com.br
Rua Alberto Folloni, 541/543 – Juvevê
CEP: 80.540-000 – Curitiba – Paraná
Fone: (41) 3017-1600 / (41) 3017-1623

ENVIO DE ARTIGOS PARA A REVISTA
www.revistajudiciaria.com.br

APRESENTAÇÃO

Quando dizemos que a Revista Judiciária do Paraná é uma publicação da Amapar – Associação dos Magistrados do Paraná, sem dúvida a afirmação é verdadeira. Como muitos sabem, a RJP é a continuidade, uma nova fase, da valorosa e sempre lembrada Revista da Associação dos Magistrados do Paraná.

Contudo, não é menos verdadeiro dizer que a RJP é muito mais do que a revista dos magistrados paranaenses. A Revista Judiciária tem se tornado, cada vez mais, uma publicação jurídica que eleva o nome do Paraná, muito embora seja acessível a autores e leitores de todos os estados brasileiros.

E, como sabemos, está disponível também a juristas e estudiosos de outros países, já que temos publicado no original artigos que nos são encaminhados por doutrinadores de diversas nacionalidades.

A RJP é também das belas artes, pois ilustramos suas capas com obras de renomados artistas; e, igualmente, merece destaque sua qualidade gráfica e seu apuro conceitual e literário.

A partir deste número a RJP continuará a ser publicada digitalmente, com acesso pelo endereço: www.revistajudiciaria.com.br, e com uma primeira tiragem em meio físico de 500 exemplares. A circulação normal será, como sempre, rigorosamente nos meses de maio e novembro; ou seja, duas publicações anuais.

Uma segunda impressão atenderá àqueles leitores que manifestem o desejo de receber a revista em meio convencional e aos patrocinadores que queiram enviar um determinado número de exemplares personalizados da revista a seus membros, associados e destinatários especiais.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 11 21/10/2015 14:33:25

Exemplares da primeira fornada continuarão a ser encaminhados a todos os tribunais, às associações de magistrados e às escolas da magistratura; além disso, serão confeccionadas listas de e-mails que divulgarão a edição de cada novo número, para que os interessados possam acessar a publicação digital.

Renovamos os nossos agradecimentos a todos que direta e indiretamente têm colaborado com a edição da revista, seja submetendo artigos, seja lendo seus textos; e, mais especificamente, ao nosso editor, aos apoiadores institucionais, ao conselho editorial e aos nossos patrocinadores.

A Revista Judiciária do Paraná é a nossa revista! Boa leitura!

Joatan Marcos de Carvalho
Diretor da Revista

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 12 21/10/2015 14:33:26

SUMÁRIO

ANÁLISE

1. Constituição, governo democrático e níveis de intensidade do controle jurisdicional 17
   Clèmerson Merlin Clève
   Bruno Meneses Lorenzetto

DOUTRINA

2. Averbação do sobrenome do padrasto ou madrasta, requisitos legais e proteção contra o uso indevido da faculdade 77
   Carlos Henrique Licheski Klein

3. Os juizados especiais cíveis no Estado do Rio de Janeiro – A questão relativa às demandas de massa e o papel das turmas recursais na uniformização da jurisprudência 91
   Alexandre Chini

4. Suicídio – Referências e inferências jurídicas, psicológicas, sociológicas e literárias – Estudo de um caso 105
   Francisco de Assis Filgueira Mendes

5. *Bullying* e cultura da paz 119
   Eduardo Cambi
   Priscila Sutil de Oliveira

6. As expectativas da doutrina europeia de encontrar um paradigma para a configuração da responsabilidade do Estado por ato legislativo 143
   Vanessa Massaro

7. E-learning judicial en América Latina 169
   Edgardo Torres López

8. Problemática en la ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Especial referencia al caso peruano 175
   Susana Ynes Castañeda Otsu

9. El proceso de constitucionalización del derecho civil en la República Argentina 191
Pascual Eduardo Alferillo

EM DESTAQUE

10. Do transporte aéreo de carga – Da convenção de Montreal e da cláusula limitativa de responsabilidade: inoperância da limitação de responsabilidade à luz do ordenamento jurídico brasileiro e da tradicional interpretação do Superior Tribunal de Justiça 249
Paulo Henrique Cremoneze

11. Mordiscadas linguísticas 303
Albino Freire

Análise

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 16 21/10/2015 14:33:26

Constituição, governo democrático e níveis de intensidade do controle jurisdicional

Clèmerson Merlin Clève[1]

Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná

Bruno Meneses Lorenzetto[2]

Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Resumo: Em sua primeira parte o artigo possui como fio condutor a análise do caso *United States v. Carolene Products Co.* (1938) e suas consequências na estrutura da Suprema Corte dos Estados Unidos. Observa-se como foi elaborada uma justificação procedimentalista do controle de constitucionalidade a partir da nota de rodapé número 4 do caso *Carolene Products*. Apresentam-se as críticas substantivistas que evidenciam as limitações da postura eminentemente deferente derivada do caso. Em sua segunda parte o estudo enfatiza a realidade brasileira e ressalta que nossa Constituição Federal possui um sentido substantivo de justiça. Discutem-se os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política. Por fim, assinala as mudanças às quais o Supremo Tribunal Federal foi submetido nos últimos anos e aproxima a doutrina de *Carolene Products* e os níveis de escrutínio com a jurisdição constitucional nacional, distinguindo entre casos de controle *forte* e *fraco* da fiscalização de constitucionalidade.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 17 21/10/2015 14:33:26

1. Introdução

A questão circular entre teoria e *práxis* possui como pano de fundo, na modernidade, o funcionamento de certo conjunto de instituições. No campo jurídico, a jurisdição constitucional e as relações de poder nela imbricadas apresentam especial relevância. A jurisdição constitucional tornou-se um *lócus* privilegiado da convergência entre a *práxis* e a teoria, reclamando uma análise crítica acerca do seu lugar e do seu papel na sociedade contemporânea.

O presente texto apresenta uma reflexão sobre o tema acima referido, tomando como ponto de partida as sugestivas ideias apresentadas por Luís Roberto Barroso em artigo publicado em coletânea[3].

A projeção que a *jurisdictio* passou a ocupar na modernidade é tributária da redefinição do conceito de *política*. Esta foi distanciada de sua antiga feição aristotélica para assumir posto radicalmente diverso[4]. Hobbes, em sua emblemática obra "O Leviatã"[5], esquadrinhou o sentido moderno de política da seguinte maneira: i) cabe à política estabelecer as condições adequadas para o funcionamento do Estado e da sociedade (com pretensão de universalização); ii) na transição entre teoria e prática, a aplicação se torna uma questão *técnica*, com a disposição das condições gerais que organizam o Estado e a sociedade, demandando-se o cálculo correto da produção legislativa, das relações intersubjetivas e do arranjo das instituições; iii) os arquitetos da nova ordem social devem voltar seus esforços no sentido da produção de comportamento calculável[6].

A partir disso, é possível recordar que o início de grandes debates teóricos acaba por remeter, em diversas ocasiões, a questionamentos elementares sobre fatores práticos que permeiam a vida em sociedade, a fundação da comunidade política e a emergência do direito como meio de prevenção e solução de conflitos. Neste contexto, cabe perguntar: Quem define *o que é o direito* e quem deve obedecê-lo? Quem está autorizado a *dizer* o direito?

Essas questões, que não demandam respostas definitivas, ensejam diferentes argumentações de acordo com as distintas correntes de pensamento. Todavia, adverte Ronald Dworkin, qualquer teoria

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 18 21/10/2015 14:33:26

do direito deve procurar responder pelo menos a uma parcela desses problemas. Assim, formulações acerca da legislação, da decisão judicial (*adjudication*) e da observância (*compliance*) da lei precisam ser desenvolvidas[7].

As referidas formulações possuem seus respectivos destinatários: quem produz as leis; quem decide; quem obedece. Enquanto a preocupação daqueles que produzem o conjunto normativo relaciona-se, em princípio, com a questão da legitimidade e com a democracia, a teoria da decisão judicial precisa ser relativamente complexa, contemplando: i) uma "teoria da controvérsia", que estabelece os padrões para a decisão de *casos difíceis* e ii) uma "teoria da jurisdição" que defina os motivos e os momentos em que os juízes devem tomar decisões com base na teoria da controvérsia[8].

Sendo, hoje, insuficiente uma teoria da jurisdição que exponha apenas os argumentos de justificação utilizados pelos juízes, cumpre dialogar com esferas de alto apelo valorativo como a democracia e a justiça. Diante de tais apelos, procura-se esboçar um diagnóstico do papel da jurisdição constitucional no mundo contemporâneo governado pela ideia de maioria.

2. Breve olhar sobre um debate americano

2.1 A jurisdição constitucional e as origens do procedimentalismo

Cada geração constitucional organiza-se de acordo com eventos e textos que se tornam os *standards* de um determinado período histórico. Tal conjunto de dados jurídicos ao mesmo tempo em que influencia a prática corrente torna-se matéria a desafiar renovadas elaborações. É nesse contexto que, no direito constitucional norte-americano, assume particular importância a nota de rodapé número 4 do caso *United States v. Carolene Products Co.* (1938).

A nota autorizou a estruturação de uma teoria da decisão complexa em matéria constitucional. O caso que propiciou a decisão contendo a

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 19 21/10/2015 14:33:26

famosa nota envolvia o questionamento a respeito da constitucionalidade de uma lei de 1923 (*Filled Milk Act*)[9] que havia tornado ilegal o transporte de uma marca de "leite modificado" (*Milnot*) de um Estado para outro[10].

O contexto histórico da decisão é relevante para compreender a mudança de paradigma que ela provocou no direito constitucional dos Estados Unidos. A presunção de constitucionalidade, para os atos normativos de natureza econômica, era contemporânea da maior presença do Estado na economia através das políticas do *New Deal*, assim como do processo, em curso, de redefinição do papel dos poderes no Estado[11]. Ainda, constituía uma mudança na perspectiva da corte que havia declarado até o início da década de 1930 as leis que regulavam a economia e garantiam direitos para trabalhadores como inconstitucionais; por isso, o caso é posicionado no fim da "Era Lochner"[12]. Nesse sentido, cumpriria à corte, no exercício do controle de constitucionalidade, corrigir os defeitos no processo político democrático, permitindo que importantes decisões fossem tomadas pelos poderes legitimados democraticamente por meio do processo eleitoral.

A simplicidade das perguntas que levam a teorias complexas para respondê-las possui um correlato significativo na nota de rodapé número 4, a mais famosa e fértil nota de rodapé da história da Suprema Corte. A partir dela, várias mudanças estruturais foram realizadas na compreensão do "lugar" que a corte deveria ocupar no quadro da organização dos poderes, particularmente em função do exercício da fiscalização da constitucionalidade das leis.

A doutrina que vigorava nas três primeiras décadas do século XX era pautada por decisões da Suprema Corte que protegiam um conjunto vagamente definido de interesses substantivos, os quais haviam sido reunidos sob o título de "devido processo legal substantivo"[13]. A preocupação daqueles que inicialmente se opuseram às decisões da "Era Lochner" (Holmes, Brandeis e Stone) estava no papel da corte em invalidar o resultado de um processo que, em princípio, era legítimo. Contudo, foi necessária a intervenção do presidente Roosevelt na reconfiguração da corte, com a nomeação do *Justice* Hugo Black, para

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 20 21/10/2015 14:33:26

a formação de uma maioria crítica da antiga perspectiva do "devido processo legal substantivo"[14].

Faz-se prudente observar a proposta constante na nota de rodapé número 4[15]. Inicia asseverando que pode existir um âmbito mais restrito para a presunção de constitucionalidade quando a legislação se apresenta como violadora de proibições específicas da Constituição. Na sequência, define que legislações que restrinjam processos políticos acabam por se sujeitar a um controle judicial mais exigente, tais como: restrições sobre o direito ao voto e a disseminação da informação, interferência em organizações políticas e a proibição de reuniões pacíficas. O mesmo se aplica no caso de leis que se direcionem contra minorias religiosas, nacionais ou raciais, pois o preconceito contra minorias *discretas* e *insulares*, implicando restrição indevida de processos políticos, demanda um controle judicial mais rigoroso.

A jurisdição constitucional deve ser exercida apenas nos momentos em que a legislação esteja a impedir a participação de minorias por motivos inaceitáveis

O que explica a notoriedade conquistada pela referida nota de rodapé? A proteção contra abusos no processo político, via Judiciário, e a defesa do controle de constitucionalidade. A jurisdição constitucional deve ser exercida apenas nos momentos em que a legislação esteja a impedir a participação de minorias por motivos inaceitáveis associados a crença, nacionalidade ou raça. Em outras circunstâncias a corte deve pautar o seu trabalho pela presunção de constitucionalidade das leis e ser deferente perante o trabalho legislativo.

Como observou Robert Cover, a nota de rodapé número 4 combinou uma justificação textual e funcional para diferentes níveis de controle de constitucionalidade[16]. E o relevo e originalidade da nota está em procurar traçar os limites para o exercício da jurisdição constitucional – ainda que se possa discordar do rol elencado por ela e da circunscrição do controle a uma perspectiva procedimentalista. Não é demasiado enfatizar que a nota de rodapé número 4 foi produzida em um cenário de crescente abuso por parte das políticas majoritárias e do declínio do constitucionalismo democrático, principalmente em

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 21 21/10/2015 14:33:26

solo europeu, diante do fim da República de Weimar e da ascensão de regimes totalitários[17].

Também é salutar compreender a redefinição de sentido sofrida pela ideia de "minoria". A partir da tradição presente na obra *O Federalista*, o papel do Judiciário na proteção de minorias teria cunho inicialmente econômico, significando proteger a propriedade privada contra eventuais maiorias apaixonadas (facções) que pudessem agredir os "poucos" proprietários da burguesia emergente[18]. Entre 1787 e 1938, a semântica era, já, radicalmente diversa, alcançado as minorias "discretas e insulares" que não apenas sofrem derrotas temporárias na arena política[19], ou não participam (simplesmente não votam e seus membros não são reconhecidos como cidadãos), ou não possuem predicados que as habilitem a participar da construção discursiva da esfera pública. É pela marginalidade de tais minorias que os processos políticos majoritários são colocados sob suspeita[20].

Não há dúvida de que o papel ativo por parte do Judiciário na definição das políticas nacionais é algo que desafia cautela, podendo em certas circunstâncias contrariar as exigências democráticas. No caso *Carolene Products*, procurava-se, ao mesmo tempo, mudar o paradigma da corte em relação ao seu ativismo anterior e apresentar um conjunto de "limites" que norteariam os momentos em que esta adotaria uma postura contramajoritária[21].

É possível, por isso, extrair uma teoria da democracia da decisão tomada no caso *Carolene Products*. O processo democrático se apresenta como uma competição entre grupos, na qual derrotas e vitórias momentâneas precisam ser aceitas, já que fazem parte do "jogo"[22]. Contudo, não é aceitável que os competidores sejam arbitrariamente excluídos ou que nunca possam participar do próprio "jogo". Em análogas situações, que supõem o silenciar de uma parcela dos atores políticos, poderia ser justificada a atribuição de um papel para o Judiciário consistente na correção do processo democrático. Nesse ponto, a questão que permeia a tensão entre o constitucionalismo e a democracia fica mais do que evidente[23].

Ao defender sua teoria a propósito da jurisdição constitucional em "Democracia e Desconfiança"[24], John Hart Ely pretendeu delinear o

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 22 21/10/2015 14:33:26

campo de atuação da corte na solução de casos controversos: quando e por quais motivos ela deveria interferir na legislação produzida pelo parlamento e declarar sua inconstitucionalidade e em que momentos ela deveria silenciar, adotando uma postura deferente perante a produção do Legislativo. Como se sabe, a perspectiva adotada por Ely foi chamada de "procedimentalista".

Deve-se salientar que a obra de Ely emerge em um contexto político diverso daquele da nota de rodapé número 4. Há entre *Carolene Products* (1938) e "Democracia e Desconfiança" (1980) um intervalo temporal preenchido pela Corte Warren (1953 a 1969)[25]. O projeto de Ely era o de defender o legado de Warren diante dos ataques conservadores de uma nova corte[26]. Pretendia, também, deslocar a acusação de "ativismo" destinada às decisões da referida corte ou, ao menos, rediscutir o problema democrático relacionado ao controle de constitucionalidade[27].

Ely aparta as posturas *interpretacionistas* das *não interpretacionistas*. Enquanto as primeiras se restringiriam ao aproveitamento das normas explícitas para a construção do discurso constitucional, as segundas se abrem para o reconhecimento de normas para além do texto constitucional. A distinção entre os interpretacionistas e seus opositores está no grau de clareza interpretativa que pode vir a ser extraído da constituição. Para Ely, *Roe v. Wade* (1973) foi uma decisão não interpretacionista[28]. Sua "desconfiança" se coloca em relação a esta postura.

É que, segundo Ely, esta variante do discurso constitucional dificilmente se concilia com a teoria democrática dos Estados Unidos. Ora, os não interpretacionistas usariam os direitos fundamentais para preencher as lacunas deixadas pelo Legislativo. Este seria o problema central do controle de constitucionalidade: "um órgão que não foi eleito, ou que não é dotado de nenhum grau significativo de responsabilidade política, diz aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam. Isso pode ser desejável ou não, dependendo dos princípios em que tal controle se baseia"[29].

Para Ely, tanto a Era Lochner como a Corte Warren podem ser chamadas de "ativistas". Contudo, a semelhança entre as cortes inter-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 23 21/10/2015 14:33:26

vencionistas termina nesta caracterização inicial. Ao contrário da Era Lochner, a Corte Warren apresentava uma preocupação processual ampla, tendo sido a primeira a considerar o vínculo entre a atividade política e o funcionamento adequado do processo democrático[30]. Ademais, o *modus operandi* da corte Warren foi inspirado pela nota de rodapé número 4, que dispunha que a função da corte seria a de manter a máquina do governo democrático funcionando, garantindo a abertura dos canais de participação e comunicação política[31].

Bem por isso, durante a Corte Warren, o conjunto de classificações suspeitas foi expandido para além do caso central da raça. As classificações suspeitas tratam de leis que apartam os indivíduos segundo um determinado critério, sendo certo que, diante do critério, a raça por exemplo, tal grupo minoritário sofra prejuízo: "um dos conjuntos de classificações que deveríamos considerar suspeitas são aquelas que deixam em desvantagem os grupos que sabemos serem objeto de depreciação generalizada, grupos que sabemos serem possíveis alvos de danos por parte dos outros (particularmente aqueles que controlam as deliberações legislativas)"[32].

Em defesa da Corte Warren, Rebecca Zietlow enfatizou que a referida corte promoveu a expansão dos "direitos de pertencimento", ou seja, de direitos de inclusão, de integração ao Estado e a "igualdade de filiação" à comunidade política[33]. Sob a óptica da corte, os direitos de pertencimento reconhecidos pelo Legislativo seriam menos efetivos do que os derivados das decisões judiciais. Com isso, a defesa da deferência, nesse campo, passou para o lado dos conservadores.

No entanto, Zietlow lembra que a Corte Warren também precisa ser observada em seus momentos de deferência perante os outros poderes. Durante o período em que Warren foi *Chief Justice,* a corte declarou a inconstitucionalidade de apenas 23 leis federais[34].

A Corte Rehnquist substituiu o ativismo adotado pelo colegiado de Warren por uma perspectiva conservadora. O tipo de ativismo de Rehnquist se voltou para proteger governos estaduais contra demandas por direitos civis; agentes estaduais contra exigências regulatórias federais; donos de propriedade privada contra leis de proteção ambiental e brancos contra ações afirmativas[35].

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 24 21/10/2015 14:33:26

2.2 A crítica ao procedimentalismo

Ely foi, como é natural numa sociedade aberta, alvo de críticas. Sua teoria do reforço da representação, apresentada como uma adequada justificativa do controle de constitucionalidade, foi questionada em seus argumentos centrais.

Para Paul Brest, a jurisdição constitucional, assim como qualquer tipo de jurisdição, envolve sempre uma interpretação. Logo, a dicotomia entre interpretacionistas e não interpretacionistas seria falsa, eis que todos estariam a interpretar a constituição. Assim, se a adjudicação substancia sempre uma iniciativa hermenêutica, a parte mais promissora do constitucionalismo estaria na investigação do próprio processo interpretativo[36].

Brest também questionou a "desconfiança" de Ely em relação à atuação jurisdicional voltada para a proteção de direitos substantivos. O reconhecimento de que existem escolhas substantivas muito significativas nos textos constitucionais abre a porta para um passo além do papel que Ely procurou conferir à jurisdição constitucional.

Há uma significativa diferença entre um sistema em que os representantes procuram apresentar justificativas para suas decisões e um sistema determinado exclusivamente pelo poder político[37].

Para Ely, como afirmado, o controle de constitucionalidade deveria abrir os caminhos para os procedimentos democráticos – sem interferência em causas substantivas. Isso é afirmado a partir da ideia de que os juízes não poderiam incluir seus próprios valores nas decisões. Como explana Ackerman, a perspectiva fundada em procedimentos entende que, embora não possamos convencer nossos legisladores, podemos insistir que eles tratem nossas demandas com respeito, considerando os argumentos morais e empíricos que lhes são ofertados, rejeitando-os apenas através de um escrutínio que suponha a sua inadequação em função do interesse público. Se um grupo não recebe esse tratamento, não é aceito formalmente para participar do "debate", ele está a sofrer preconceito, questão que difere de análises que tratam da possibilidade ou impossibilidade dos argumentos, de seus méritos[38].

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 25 21/10/2015 14:33:27

O problema, assinala Cass Sunstein, é que a constituição especifica vários valores substantivos[39]. Ou seja, a ideia central de democracia representativa demanda a defesa de *valores substanti*vos, pois a própria democracia apresenta-se como um valor. Portanto, mesmo as características procedimentais da democracia, como os mecanismos que habilitam a participação política e a pluralidade partidária, estão fundadas em valores, embora sempre veiculados por normas contempladas pelo ordenamento constitucional.

De acordo com Laurence Tribe, uma dificuldade que se apresenta para aqueles que defendem as teorias procedimentais é o caráter substantivo dos compromissos mais alentados previstos na constituição, que definem os valores que a comunidade política adota[40]. A liberdade religiosa, a proibição da escravidão, a proteção à propriedade privada são exemplos de valores substantivos.

Aquilo que é "enigmático" para Tribe é que se procura afirmar que a constituição deveria estar preocupada com *processos* e não com *substâncias*. Porém, mesmo os procedimentos mais formais não podem ser compreendidos na ausência de uma teoria que demande escolhas substantivas controvertidas.

Em direção análoga, para Sunstein, ao menos a base dos argumentos deve encontrar sustentação em razões substantivas e Ely não apresenta a defesa dos argumentos substantivos que dão suporte ao seu controle de constitucionalidade[41].

O problema de uma perspectiva estritamente formalista é que ela não se importa com as *distorções comunicativas* advindas do uso de princípios interpretativos no movimento de atribuição de sentido aos textos jurídicos. Tanto os formalistas como aqueles que defendem o *status quo* não levam em consideração as disputas substantivas que são travadas na *atribuição de sentido* normativo para os textos, característica que restringe o alcance epistêmico delas.

Além disso, no que tange à definição de minorias, pode-se questionar de maneira legítima se um grupo foi marginalizado dos processos políticos por fatores exógenos – alheios à sua esfera de ação –, ou por fatores endógenos[42]. A decisão que caberá à corte não supõe apenas avaliar o grau de marginalização do grupo minoritário, mas se o pró-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 26 21/10/2015 14:33:27

prio grupo deve participar do processo político[43]. A retórica constitucional que permeia a doutrina seria a de que a corte não deveria realizar julgamentos substantivos, porém a decisão sobre a situação de marginalidade de um grupo não pode ser apenas "técnica"; ela será necessariamente política e valorativa.

A crítica endereçada à doutrina derivada de *Carolene Products* está no papel político que a jurisdição precisa ocupar ao reconhecer e proteger as minorias, algo que, em princípio, desafia a formação dos juízes. Ainda, a questão da "ausência de poder" de certas minorias também não encontra acolhimento pleno, pois a "insularidade" (ou marginalidade) de cada grupo social possui suas particularidades históricas. Por isso, há necessidade de uma contínua atualização no processo de compreensão dos grupos tidos como excluídos do espaço de deliberação democrática[44].

O fato de os homossexuais serem uma minoria relativamente anônima não diminui o preconceito

A corte, no caso, deve autorizar os resultados substantivos que seriam obtidos na arena política caso as minorias não tivessem sido histórica ou sistematicamente excluídas dos processos democráticos de deliberação e barganha. Neste ponto, cumpre reconhecer que existem grupos que são "anônimos e difusos" (como os pobres) e que acabam em perpétua desvantagem em uma democracia pluralista[45].

Ackerman critica a pouca inclusão que o conceito de minoria produz em sua relação com a questão do preconceito. Dois exemplos ilustram a questão. O fato de os homossexuais serem uma minoria relativamente anônima não diminui o preconceito e, de outra sorte, o sexismo continua a ser um problema na realidade das mulheres, uma maioria "difusa e discreta"[46].

Para Ackerman, a ênfase na questão do preconceito pode abrir outra possibilidade de justificação do controle de constitucionalidade eis que, na hipótese, as cortes não seriam apenas corretoras do processo democrático, mas, também, "críticas últimas do pluralismo"[47]. De acordo com tal prisma, os juízes passariam a responder a um de-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 27 21/10/2015 14:33:27

ver de proteção das minorias contra o preconceito, com fundamentos substantivos derivados do conjunto de princípios albergados na Constituição.

A fértil construção em torno de *Carolene Products* continua presente no pano de fundo de diversos precedentes e decisões da corte[48]. Em *Bush v. Gore*, relatam Balkin e Levinson, a Suprema Corte providenciou um "curto circuito" no processo de representação democrática[49]. Decidindo um dos processos políticos mais sensíveis do país, ela determinou a interrupção do processo eleitoral que ainda ocorria (recontagem de votos).

Como reflexo da decisão, os republicanos passaram a ter maioria e controlar os três poderes por um determinado período. O perigo do caso está no uso da jurisdição constitucional para garantir o domínio de um grupo político sobre os poderes ou sua permanência no poder por tempo indeterminado, ainda que sem apoio popular. Para Balkin e Levinson, esta seria a "verdadeira dificuldade contramajoritária"[50], e não aquela derivada das mudanças interpretativas que seguem a ascensão e a queda de partidos políticos, influenciando a composição da Suprema Corte.

Não por acaso, a teoria derivada de *Carolene Produtcs* recomenda o uso do nível mais elevado de escrutínio (*strict scrutiny*) contra as medidas legislativas que procuram reforçar os próprios poderes. O caso *Bush v. Gore* acendeu o alerta para a possibilidade de um ataque advindo não apenas pela via "tradicional" do Legislativo, mas realizada pelo próprio Judiciário.

2.3 A corte entre permanência e mudança

As mudanças que ocorrem nas diferentes configurações da corte explicam, pelo menos em parte, a direção adotada nos seus julgados. A forma recorrente de questionar variações paradigmáticas está na proposição de considerações a respeito do papel que o Judiciário deve ocupar no quadro da organização dos poderes e, como consequência, como o controle de constitucionalidade se manifesta nesta ou naquela composição.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 28 21/10/2015 14:33:27

Os opositores da jurisdição constitucional expõem argumentos que vão desde o desrespeito aos precedentes como a violação à constituição e ataques a modalidades interpretativas adotadas. Se a postura ideológica é favorável, defende-se uma posição ativista por parte da corte. Se a corte adota direção oposta, argumenta-se em prol da autocontenção e da deferência, diante da ausência de legitimidade democrática do controle de constitucionalidade.

Duas das mais acirradas objeções ao contemporâneo papel da Suprema Corte nos Estados Unidos, como o minimalismo advogado por Sunstein[51] e a proposta de valorização de manifestações populares defendida por Mark Tushnet[52], se colocam nessa polarização, questionando as mudanças promovidas pela Suprema Corte a partir de suas últimas configurações conservadoras[53].

De acordo com Levinson e Balkin, a qualidade de uma corte não será avaliada estritamente por seu respeito aos precedentes, mas também pelo conjunto de princípios substantivos que ela maneja ao articular suas novas doutrinas[54]. Isso se aplica tanto para a Corte Warren como para a Era Lochner[55].

Convém, portanto, analisar os princípios constitucionais que a corte endossa, de maneira explícita ou implícita, em suas decisões. Logo, deve-se não apenas reconhecer que ela ocupa um papel destacado no desenho institucional desta ou daquela formação política, mas sua capacidade de tomar decisões que afetam de maneira decisiva, para melhor ou para pior, a vida da comunidade. Por isso, no século XXI, de forma mais contundente do que em cenários históricos passados, deve-se cuidar e vigiar o papel da corte em seus momentos de produção da "alta política", bem como averiguar como ela confere "vida" para a constituição, via afirmação ou negação de princípios constitucionais[56].

Ainda que as críticas dirigidas ao procedimentalismo sejam bastante relevantes, muitas vezes irrespondíveis mesmo, cumpre reconhecer que a partir de *Carolene Products* foi possível identificar um conjunto de padrões por meio dos quais cumpriria à corte decidir, adotando postura mais ativa, em função, inclusive, do manejo de escrutínio mais rigoroso, ou ser deferente em relação à produção legislativa, diante de escrutínio menos exigente[57].

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 29 21/10/2015 14:33:27

A nota de rodapé número 4 fornece uma "direção" para a justificação e funcionamento da jurisdição constitucional e, por isso, entende-se que a decisão em *Carolene Products* ainda possa orientar debates contemporâneos acerca do tema, mesmo em diferentes países.

Ainda que seja imperioso reconhecer a diferença de contextos e práticas, os problemas suscitados pela nota de rodapé são pertinentes em qualquer estado democrático de direito. Essa discussão é relevante, também, para nós, no hemisfério sul, diante dos recentes questionamentos a respeito do papel do Supremo Tribunal Federal no desenho institucional brasileiro. Quando, afinal, deve o STF ser "ativista" ou "deferente"?

Embora seja insuficiente, especialmente na circunstância de uma constituição substantivamente exuberante como a nossa, afirmar que o Supremo Tribunal Federal deve proteger a dissidência política (o próprio direito de oposição política), desbloquear o processo democrático e proteger minorias marginalizadas, em suma, garantir que a democracia continue aberta e inclusiva e fornecer instrumentais para combater eventuais adversidades, isso não é pouco[58].

Portanto, se a democracia procedimental e sua justificação para a realização do controle de constitucionalidade não podem ser abraçadas como um programa completo para a jurisdição constitucional, elas fornecem um sólido ponto de partida para qualquer discussão acerca do processo e da substância das organizações políticas democráticas.

É sob a influência desse debate que se procura analisar o papel que o Supremo Tribunal Federal passou a ocupar a partir da redemocratização promovida pela Constituição de 1988.

3. Constituição Federal, controle jurisdicional e níveis de intensidade

3.1 O novo papel do Supremo Tribunal Federal

Na tradição americana, a dificuldade da diferenciação entre processos e substâncias decorre da natureza da Constituição, assim como

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 30 21/10/2015 14:33:27

do uso de uma linguagem abstrata sobre os direitos fundamentais[59]. Ademais, é recorrente a demanda pela interpretação de princípios implícitos[60] e a busca por uma "*living Constitution*", diante de um texto constitucional lacunoso e antigo[61].

No Brasil, tais problemas não aparecem com a mesma força. Além de a Constituição ter adotado um rol pormenorizado de direitos fundamentais[62], entende-se que estes vinculam a todos, produzindo eficácia vertical e horizontal[63]. A existência de uma lista detalhada de direitos fundamentais, todavia, não reduz a polêmica em torno da interpretação da Constituição[64], apenas indica que a controvérsia sobre direitos substantivos no Brasil não demanda, na maioria dos casos, apelos a direitos extratextuais[65].

Cumpre, também, reconhecer que a amplitude dos direitos positivados possibilita a leitura e a defesa de posições substantivas muitas vezes opostas[66]. Isso decorre das diferenças presentes em uma sociedade extremamente heterogênea como a brasileira, segmentada, fragmentada e caracterizada pela interação de distintos *ethos* em uma mesma comunidade política. Cada qual formula suas próprias concepções ideológicas, religiosas, de vida digna, o que acaba por repercutir na ampliação da complexidade social[67].

A definição do Estado brasileiro, disposta na Constituição de 1988, como um "Estado Democrático de Direito", resulta de uma decisão política que buscou evidenciar que a democracia não apenas constituiria um valor fundamental, mas uma marca constitutiva da identidade constitucional do país[68].

Ora, o estado democrático de direito deve ser compreendido como um estado de justiça. Não de qualquer justiça, subjetiva e arbitrariamente orientada, ou idealisticamente deduzida de parâmetros residentes fora ou sobre a constituição, mas sim de uma justiça historicamente determinada e juridicamente conformada pela própria constituição. O ordenamento jurídico do estado democrático de direito há de ser apreendido não apenas como aquele formalmente desenhado pela ação dos órgãos legislativos. Excogita-se, antes, apreendê-lo como bloco de ordenação normativa proveniente da ação daqueles órgãos, mas dotado de um sentido substantivo determinado.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 31 21/10/2015 14:33:27

O conteúdo das emanações normativas do Estado brasileiro encontra-se orientado para produzir uma ordem jurídica justa. Nos termos do preâmbulo da carta de 1988, os constituintes reuniram-se para "instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, na ordem interna e internacional".

Da atenta leitura da Constituição, é possível deduzir uma série de princípios e objetivos indicadores do conteúdo da dinâmica de conformação legislativa. Referido conteúdo se expressa mediante regras ou princípios (democracia, república, legalidade, segurança, justiça social e igualdade, entre outros) que, agrupados em torno dos direitos fundamentais, produzem o núcleo substantivo da ordem jurídica brasileira.

Ora, a reserva de justiça condensada na Constituição vincula todos os órgãos constitucionais[69]. Embora ela autorize várias leituras (comunitária, republicana e liberal igualitária), repelindo outras (libertária, anárquica, perfeccionista ou comunista), tal reserva condensa um núcleo substantivo compartilhado pelas mais expressivas teorias da justiça. Para além disso, cumpre reconhecer que as diferentes *concepções de justiça*, plurais e substantivas, implicam cosmovisões singulares sobre o que é justo para, completando com conteúdo o *conceito* formal, fornecer critérios de escrutínio para a qualificação ou justificação de situações (normativas ou fáticas) como justas ou injustas. Ora, numa sociedade aberta e democrática, "na medida em que sabemos onde residem os desacordos, mais possibilidades haverá de superá-los"[70].

De qualquer modo, há na reserva de justiça plasmada na Constituição um núcleo duro que aponta para a igualdade, simultaneamente direito, princípio e objetivo, enquanto critério para o escrutínio das posições sociais. De modo que a conexão entre justiça e igualdade deve estar presente não apenas no momento da aplicação do direito, mas também no anterior, identificado com a sua construção normativa e institucional. A igualdade, na hipótese, é "um ideal a ser alcançado, e está implícito em toda e qualquer concepção plausível de justiça política"[71]. Nesse caso, a sociedade é justa porque considera os cidadãos iguais. Ora, "isso

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 32 21/10/2015 14:33:27

exige instituições e normas que promovam a igualdade factual, isto é, políticas sociais de igualação ou equiparação"[72].

Há, contudo, um conjunto de obstáculos na transposição ou tradução das manifestações sociais produzidas no "mundo da vida" e sua compatibilização com os valores substantivos por parte das instituições políticas democráticas[73]. Um deles diz respeito à desconexão entre representantes e representados[74].

O Legislativo, ao mesmo tempo em que viu diminuída sua capacidade de produzir consensos (ainda que contingentes), passou a promover uma substituição na sua atuação por um agir estratégico ou "estatístico". O ideal de democracia representativa continua a ser um pilar fundamental do estado democrático de direito, mas se torna insuficiente para lidar com a pluralidade e a complexidade advindas das diferentes identidades sociais dos grupos que compõem o país.

O ideal de democracia representativa continua a ser um pilar fundamental do estado democrático de direito

A responsabilidade pela produção de tais consensos passou a ser exercida também, em casos especiais, pelo Judiciário. Neste poder, os interesses, em sua linguagem ordinária, são recepcionados e transformados em "razões", encontrando uma linguagem técnica que pode acolhê-los, a qual se mantém aberta para recepcionar tais dados do "mundo da vida". Além disso, têm-se a garantia processual do contraditório e de uma resposta institucional, formulada, *a priori*, de acordo com o conjunto normativo que regula a vida social.

Entende-se, ademais, que o novo papel que o Judiciário assumiu em sua relação com o Legislativo decorre das seguintes reconfigurações: as cortes passaram a regular a atividade parlamentar ao impor limites substantivos ao processo legislativo com a realização da fiscalização da constitucionalidade; políticas substantivas passaram a ser derivadas da jurisdição; e o Judiciário passou a interferir na própria atividade política, ao impor restrições ao comportamento de grupos de interesse, partidos políticos e de agentes políticos[75].

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 33 21/10/2015 14:33:27

John Ferejohn apresenta duas teses para explicar a judicialização da política[76]. A primeira diz respeito à *fragmentação* do poder dentro dos poderes, pois, nas situações em que a capacidade de ação política do poder é constrangida, as pessoas buscam a resolução de seus conflitos em instituições que podem fornecer uma resposta, motivo que leva o Judiciário a substituir o Legislativo em certas ocasiões. A segunda tese é a da *hipótese dos direitos*, em que as cortes são observadas como protetoras de valores substantivos importantes contra o potencial abuso político, ou, em outros termos, cumprem a função *contramajoritária* para proteger minorias – nos termos da teoria derivada do caso *Carolene Products*.

Na esfera da jurisdição constitucional tais teses ganham contornos mais salientes. Nas situações em que o Legislativo se recusa a decidir determinada matéria diante de seu potencial custo político, ocorre a transposição da discussão para o Judiciário, que não precisa se preocupar com as consequências eleitorais de suas decisões[77].

A referida transferência da competência do Legislativo para outros âmbitos de decisão também ocorre na sua relação com o Executivo, que pode editar medidas provisórias. O constituinte procurou dotar o Executivo de competência para, sem a necessidade de prévia autorização do Congresso e em situações especialmente relevantes e urgentes, editar comando normativo dotado de força de lei[78], que, por seu turno, pode operar como um "teste" provisório da legislação definitiva a ser aprovada pelo Congresso[79].

A judicialização da política em nossa realidade deve ser tratada, portanto, como um fenômeno histórico, derivado da estrutura institucional desenhada pelo constituinte, que possibilitou a canalização de demandas reprimidas na sociedade durante a ditadura para o texto constitucional[80]. Como resultado disso, encontra-se uma grande profusão de regras no texto constitucional brasileiro. Por sua vez, os princípios residem, em sua maioria, nos títulos I e II, na parte da "reserva de justiça", que cuida dos direitos fundamentais[81].

Entende-se que modificações no atual estado do fenômeno da judicialização da política não irão ocorrer no Brasil, a não ser que uma profunda reforma constitucional venha a redefinir a identidade constitucional vigente no país[82].

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 34 21/10/2015 14:33:27

Se até o advento da Constituição Federal de 1988 a via mais comum de manifestação do controle de constitucionalidade brasileiro era a difusa, a partir de então se destacou a fiscalização abstrata. Isso pela previsão de novas ações que desencadeiam a fiscalização em tese, pelo aumento do rol de legitimados ativos e pela previsão de mecanismos que potencializam o controle abstrato.

O significativo número de ações diretas que tramitam no STF reflete não só o incremento do controle abstrato, mas também da própria jurisdição constitucional brasileira[83]. Com a Constituição de 1988, fez-se valer a tese da força normativa das disposições constitucionais, o que acarretou maior atuação da jurisdição constitucional.

Deve-se ressaltar que o Judiciário brasileiro não encontra modelo correspondente no âmbito internacional, isso porque a Constituição de 1988, como nenhuma outra, conferiu-lhe um papel singular. O constituinte, diante de um passado de ausência de enraizamento das constituições, procurou conferir ao Judiciário um padrão de atuação capaz de auxiliar de maneira poderosa no processo de efetividade da constituição.

Mas se, por um lado e em um primeiro momento, a tônica do constitucionalismo brasileiro foi a efetividade das normas constitucionais, aprendida essa lição, chega-se ao momento de pontuar as tensões que o crescimento da atividade judicial encerra com os postulados democráticos. Não se trata de defender uma postura sempre deferente da jurisdição constitucional, mas sim considerar que o seu manejo pode ser problemático em um ambiente marcado pelo compromisso democrático[84].

Por isso, a jurisdição constitucional no Brasil precisa buscar um difícil equilíbrio no que diz respeito à separação de poderes e à necessidade do Supremo Tribunal Federal fazer cumprir a Constituição[85]. Esta, conforme já anotado, ostenta natureza expansiva, o que implica aumento do âmbito de atuação do "guardião constitucional"[86].

Há, é verdade, muitas decisões do Supremo Tribunal Federal em casos difíceis[87]. Elas, porém, não compõem a maioria. E o *modus* operado pela corte para solucionar questões polêmicas nem sempre supõe adoção de orientação ativista.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 35 21/10/2015 14:33:27

O ativismo, presente em decisões expansivas, manifesta-se, muitas vezes, em situações de déficit de atuação dos demais poderes, especialmente para a proteção de grupos minoritários ou vulneráveis[88]. Contudo, em diversas oportunidades o STF decidiu de maneira diversa, optando pela *deferência* diante dos outros poderes, em situações que envolviam casos difíceis[89].

Do passado quase silencioso imposto ao Judiciário, passou-se para um paradigma da necessária interação com os outros poderes; em certos momentos, no sentido da cooperação, em certas ocasiões, como freio, ou mesmo como protagonista de uma tensão produtiva[90].

No Brasil, faz-se possível notar a aproximação paulatina entre o modelo americano, em que se privilegia o controle difuso de constitucionalidade[91], e o modelo europeu[92], no qual há a ênfase no controle concentrado operado por uma corte constitucional. O Supremo Tribunal Federal, contemporaneamente, apesar de manifestações favoráveis nesse sentido, ainda não assumiu o papel de uma verdadeira instância limitada à "guarda da Constituição", ou de corte constitucional[93].

Manifesta-se, portanto, a convergência entre as formas de controle difuso-incidental e concentrado-principal. Afinal, ambos se orientam no sentido da proteção de direitos substantivos referenciados nos direitos fundamentais dispostos na Constituição. Por isso, pode-se afirmar que o controle abstrato não está limitado à defesa da ordem constitucional objetiva[94].

Não há dúvidas, pois, sobre o fortalecimento gradual do Judiciário e em especial do Supremo Tribunal Federal, após a estabilização democrática do Brasil. Tal constatação não procura desviar a atenção para o aspecto eminentemente agonista, adversarial que caracteriza a democracia[95]. Pelo contrário, com a estabilização e a constância de certo conjunto de processos elementares a garantir a democracia durante as duas últimas décadas, manifestou-se o aprofundamento das discussões políticas e a inclusão de novos problemas para deliberação na arena pública. Contudo, mesmo diante da aposta constitucional na democracia representativa e no protagonismo do Legislativo, a inércia deste em certas ocasiões acaba por deixar espaços de poder "vazios" que são preenchidos pelo Judiciário, tanto que algumas justificativas

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 36 21/10/2015 14:33:27

do ativismo judicial são tecidas em torno das omissões dos demais poderes[96].

Sendo certo que o ativismo do Supremo Tribunal Federal não deve ser confundido com o de todo o Judiciário, as razões apresentadas para embasar uma postura menos deferente por parte da corte são, em geral, as seguintes: i) a constituição é uma ordem fundamental "guardiã" de princípios substantivos e não apenas uma "lei-quadro"[97]; ii) a defesa de direitos fundamentais e dos princípios fundamentais que estão na base de nossa comunidade política é tarefa do Judiciário[98]; iii) tal tarefa reclama, muitas vezes, o uso de novas técnicas de decisão para fazer face à complexidade social nacional e promover sentidos de justiça constitucional; iv) o ativismo da corte é subsidiário, aparecendo apenas nas circunstâncias de inércia dos demais poderes.

Entende-se que ao STF não cabe nem a adoção de um comportamento ativista nem uma postura que abrace apenas a deferência como orientação

O fortalecimento do Supremo Tribunal Federal pode ser explicado, também, em decorrência de outros fatores. O efeito vinculante de suas decisões[99], a repercussão geral no recurso extraordinário[100] e a possibilidade de edição de súmulas vinculantes[101] são mecanismos que foram acompanhados por novas técnicas de decisão como a interpretação conforme, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto[102], o apelo ao legislador[103], sem contar a maior atenção conferida ao instituto da reclamação[104], a vinculação à *ratio decidendi* e a transcendência dos motivos determinantes das decisões[105]. Tudo isso levou a uma revisão da própria função que o Supremo Tribunal Federal exercia na jurisdição constitucional, com a releitura e potencialização dos institutos processuais dispostos originariamente pelo constituinte.

Qual seria, afinal, o papel do Supremo Tribunal Federal dentro do desenho institucional estabelecido pelo constituinte? A corte seria um espaço deliberativo revisional? A sua função seria a de apresentar remédios fortes ou fracos diante de eventuais violações à lei fundamental[106]? Pois o STF precisa não apenas se questionar constantemente sobre o seu papel – quais motivações justificam a realização do controle

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 37 21/10/2015 14:33:27

de constitucionalidade –, mas também sobre a intensidade do controle a realizar.

Entende-se que ao Supremo Tribunal Federal não cabe nem a adoção de um comportamento ativista nem uma postura que abrace apenas a deferência como orientação. A insuficiência de tais modelos, para além do pêndulo político que pode existir dentro da configuração ideológica da corte, foi constatada nos diferentes arranjos aos quais a Suprema Corte americana foi submetida.

O ativismo pode ser, em determinada conjuntura histórica, uma peça fundamental para promover direitos civis, mas o mesmo discurso pode ser também manejado para a desconstrução de conquistas alcançadas duramente. A defesa do enfraquecimento do papel da corte aparenta ser uma medida radical de um contexto que nos é estranho. A postura, hoje, decorre da longa duração de uma corte conservadora nos Estados Unidos que vai moldando, com base em suas sucessivas decisões, aspectos determinantes da comunidade política americana.

Essa realidade, que nos últimos tempos vê os progressistas defendendo outros lugares de produção jurídica para além da corte, implica o retorno do problema sem fim que o controle de constitucionalidade apresenta. Diante da dificuldade contramajoritária[107], é mais produtivo defender apenas uma das várias formas de democracia e abandonar o constitucionalismo ou, alternativamente, enfrentar a tensão entre ambos, defendendo a necessidade de um compromisso?

Uma versão sofisticada do argumento em defesa do controle de constitucionalidade deve assinalar que os pré-requisitos ideais do processo democrático possuem *valor epistêmico*[108]. A teoria epistêmica da democracia defendida por Carlos Santiago Nino, ao mesmo tempo em que questiona o uso do controle de constitucionalidade, apresenta três exceções. Nesse sentido, em determinados momentos, a fiscalização da constitucionalidade das decisões do parlamento se justificaria para garantir que elas sejam confiáveis ou eficazes.

A primeira exceção trata do controle do procedimento democrático. O procedimento democrático é o resultado de um conjunto (anterior) de regras e estas devem estar norteadas para a *maximização epistêmica* do processo político[109]. O problema de fundo está na questão de

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 38 21/10/2015 14:33:27

entregar para a democracia a responsabilidade pela determinação da própria democracia. Por isso, a proposta de democracia procedimental é relevante, por levar em consideração a importância das condições das discussões e das decisões democráticas.

A segunda exceção trata da proteção da autonomia pessoal. O controle de constitucionalidade faz sentido contra políticas que procurem impor ideais perfeccionistas aos indivíduos ou ideais pessoais sobre toda a comunidade política. Para Nino, a razão para não seguir os mandamentos de uma legislação perfeccionista é que seu fundamento real se pauta em um ideal de excelência humana[110]. Por isso, em tais situações, entende-se que os juízes podem interferir na legislação e afastar normas que visem impor um comportamento de excelência a todos os indivíduos e, como consequência, restringir seu campo de escolhas éticas.

A terceira exceção sugerida por Nino volta-se para a questão da eficácia e da preservação das práticas sociais fundadas na constituição. O exercício da fiscalização da constitucionalidade é justificado nos casos em que se têm como objetivo a proteção da convenção constitucional que garante a eficácia das próprias decisões democráticas[111]. Busca-se preservar a *possibilidade real* de efetivação de dimensões ideais de uma determinada constituição. Mesmo no caso de uma lei que cumpre os requisitos necessários da deliberação parlamentar, tal dispositivo pode se irradiar para obstar outras práticas democráticas. Em tais situações o controle de constitucionalidade poderia ser justificado, ainda que não exista uma "fórmula" que consiga estabelecer com precisão a ocorrência de tais casos[112].

Em nossa realidade, não é possível – diante do papel atribuído ao STF pela Constituição –, e nem seria desejável, uma pura deferência do Judiciário diante dos outros poderes. Mesmo a doutrina de Nino teria dificuldade de passar pelo filtro da experiência constitucional brasileira.

3.2 Controle de constitucionalidade e níveis de intensidade

Em certas situações, a funcionalidade do controle de constitucionalidade identifica-se com a garantia da regularidade dos processos democráticos, substanciando, inclusive, um turno deliberativo adicional

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 39 21/10/2015 14:33:28

sobre eventual matéria em questionamento, o que implica qualificação do debate majoritário. Todavia, mesmo entre nós, ele não seria compatível com um modelo de justificação ativista que acreditasse que, em todos os casos, um grupo de juízes não eleitos possa decidir, de modo solipsista, sobre a vida de toda a população.

O princípio da *presunção da constitucionalidade* se torna, por conseguinte, um guia fundamental para a atuação das cortes. Derivado da separação dos poderes, opera como limitador dos arroubos ativistas, como explica Barroso: "não devem juízes e tribunais, como regra, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo quando: a) a inconstitucionalidade não for patente e inequívoca, existindo tese jurídica razoável para preservação da norma; b) seja possível decidir a questão por outro fundamento, evitando-se a invalidação de ato de outro Poder; c) existir interpretação alternativa possível, que permita afirmar a compatibilidade da norma com a Constituição"[113].

Nos Estados Unidos, adota-se, no exercício da jurisdição constitucional, o "teste de três níveis" (*three tier test)* para a aferição do grau de legitimidade do texto legislativo impugnado. O julgamento a respeito de a qual tipo de escrutínio será submetido o dispositivo legal costuma ser respaldado nos precedentes da corte. Na circunstância, envolvendo o caso violação a um direito fundamental, mais rigoroso será o controle, ou seja, quanto mais importante o direito, mais ativa será a atuação da corte.

O mais básico dos testes é o da racionalidade (*rational basis review*) ou escrutínio mínimo (*minimum scrutiny*). Qualquer lei submetida ao controle de constitucionalidade passa por esse teste, independentemente de sobre qual conteúdo ela verse. Trata-se de um juízo bastante elementar, no qual a demanda argumentativa no sentido da justificação da constitucionalidade da lei é baixa. O teste é superado com a simples demonstração de que a lei constitui um meio racional e razoável para a persecução de um determinado fim legítimo. Caracteriza-se, portanto, como um escrutínio que privilegia a deferência por parte da corte em relação à legislação produzida pelo Congresso. Os exemplos mais recorrentes envolvem casos que tratam de matéria econômica[114].

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 40 21/10/2015 14:33:28

O segundo nível de escrutínio é o intermediário (*intermediate scrutiny*). Caracteriza-se por demandar que o governo prove que a lei questionada trata de um interesse importante e, mais, que existe uma relação *substantiva* entre tal interesse e a prescrição legal[115]. Com fulcro na cláusula da "igual proteção" (14ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos), verifica-se, por meio de tal teste, de maneira mais rigorosa, a constitucionalidade de leis envolvendo discriminação de gênero e casos de restrição à liberdade de expressão[116]. Realiza-se, com este tipo de escrutínio, o teste das classificações "quase-suspeitas".

Em seu último nível, o controle de constitucionalidade supõe escrutínio estrito (*strict scrutiny*), a gradação mais elevada sendo manejada pela corte em situações bastante precisas, em especial quando o legislador adota classificações suspeitas – tais como restrições ao direto de voto e nos direitos de não discriminação[117] –, mas, também, quando adota classificações que onerem direitos fundamentais, como nas garantias previstas na 4ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos[118] ou no acesso aos tribunais[119].

Se a política desenvolvida pelo governo não for produzida sob medida para atingir seu objetivo, a norma não pode ser considerada adequada

O escrutínio estrito exige a demonstração, pela autoridade, de que a classificação adotada pelo ato impugnado satisfaça três requisitos para ter sua legitimidade reconhecida pela corte[120]: i) ela deve refletir um interesse *imperioso* (*compelling*); ii) deve ser estabelecida *sob medida* (*narrowly tailored*) para atingir o interesse; iii) e deve constituir o meio *menos restritivo* (*least restrictive means*) necessário para atingir tal finalidade[121].

Ainda que a corte não tenha definido de maneira mais precisa qual o conceito de um interesse governamental *imperioso*, entende-se que diz respeito a algo necessário, crucial, em sentido inverso de algo que pode ser escolhido com maior discricionariedade pelos agentes políticos.

Se a política desenvolvida pelo governo não for produzida *sob medida* para atingir seu objetivo, transbordando os limites do interesse público, a norma não pode ser considerada adequada[122].

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 41 21/10/2015 14:33:28

Além disso, a lei ou a política deve adotar os meios menos restritivos na persecução do interesse. Ainda que tal avaliação possa ser realizada em conjunto com a anterior, a Suprema Corte acaba por efetivar uma análise separada de cada um dos aspectos relacionados à constitucionalidade da lei.

A demanda por um escrutínio mais exigente (*more exacting judicial scrutiny*) foi derivada da nota de rodapé n. 4 de *Carolene Products* e de seu projeto de justificação do controle de constitucionalidade no sentido do desenvolvimento de um *standard* elevado para a fiscalização, o qual complementaria o controle baseado na racionalidade (*rational basis*), nos casos de direitos que demandassem atenção especial.

Compreende-se que o escrutínio estrito foi criado não como um mecanismo para afastar a constitucionalidade de qualquer lei, mas como instrumento que procurou combinar elementos doutrinários de diferentes tempos para controlar leis em defesa de direitos[123]. O uso expresso do termo aconteceu em um caso posterior, em *Skinner v. Oklahoma* (1942)[124].

A Suprema Corte americana, porém, nem sempre soube manejar de maneira adequada esse conjunto de instrumentais. O caso *Korematsu v. United States* (1944) é um exemplo de que mesmo diante de um escrutínio rígido[125] a corte pode falhar, adotando uma postura deferente equivocada ao confirmar a constitucionalidade de uma ordem executiva que determinou a prisão de nipo-americanos em campos de internamento durante a segunda guerra mundial, independentemente de possuírem ou não cidadania americana[126].

Não obstante, mesmo com o risco de emergência de juízo falho, defende-se o manejo de *standards* que possam orientar o exercício da fiscalização da constitucionalidade, o que não exclui, ao contrário exige, a apreciação simultânea de outros dados decorrentes da conjuntura política, do diagnóstico do momento histórico, da densidade deliberativa à qual a matéria foi exposta, considerados também os precedentes e a coerência do romance em cadeia[127].

Os *standards*, aproveitada a ideia dos níveis distintos de escrutínio, são úteis para a discussão sobre os parâmetros para o controle de constitucionalidade no Brasil. Não visam, por isso, afastar outras for-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 42 21/10/2015 14:33:28

mulações análogas que possam refinar as considerações apresentadas. Poderiam pensar alguns que uma dogmática constitucional emancipatória implica prática em descompasso com as exigências democráticas, porque instrumentalizadora de um suposto ativismo judicial. Nada mais falso. É verdade que esta dogmática preocupa-se com a realização dos comandos constitucionais, em particular aqueles tratando dos direitos fundamentais. E nesse passo, acredita no inestimável papel a ser desenvolvido pelo Judiciário brasileiro, sobretudo no exercício da jurisdição constitucional. Nem por isso propõe um papel para o juiz que esteja além daquele desenhado pela arquitetônica da organização dos poderes da constituição ou que implique indevida compressão do campo de escolhas legítimas do legislador a partir de um processo aberto de deliberação com repercussão na arena pública[128].

O Judiciário ocupado com as promessas constitucionais não será nem ativista, nem deferente com as escolhas do legislador. Operará conforme o caso, mas sempre a partir de bases racionais com sustentação na lei fundamental, ora um controle mais forte, ora um controle mais débil do ato (omissivo ou comissivo) impugnado. Transitará entre a autocontenção, prestando deferência à escolha do legislador, e o controle mais forte (ativismo) para a proteção desta ou daquela situação[129], manejando de maneira adequada o postulado da proporcionalidade[130].

Em qualquer caso, porém, deverá adotar postura vigilante a respeito dos postulados da democracia (que implicam autogoverno e definição de escolhas prioritariamente caudatárias do processo público de deliberação). Há momentos – como aqueles que envolvem a defesa de minorias contra a discriminação, a proteção da liberdade de manifestação e de opinião, a proteção do mínimo existencial, verdadeiras condições para o exercício da democracia – exigentes de um controle forte do Judiciário.

Há outros, ao contrário, desafiantes, *prima facie,* de uma postura de autocontenção, de deferência para com a decisão do legislador. São necessários argumentos muito robustos para justificar, em casos assim, uma ação distinta do órgão judicial. Cite-se, por exemplo, as questões difíceis que supõem interpretação de cláusulas constitucionais (aber-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 43 21/10/2015 14:33:28

tas) autorizadoras de concepções distintas e razoáveis num ambiente de pluralismo moral.

Nesses casos, em princípio, a escolha do legislador, tomada a partir de um processo público de deliberação, não deve ser substituída pela do juiz. Aqui, sim, ocorrente a substituição, manifestar-se-ia hipótese eventualmente contrastante com a experiência democrática.

Não se trata, para o juiz, portanto, de agir contra a democracia, mas, antes, para a democracia. Quer-se uma sociedade de livres e iguais, não uma sociedade inadequadamente paternalista, onde o juiz possa agir como uma espécie de pai caridoso. Dito isso, é necessário reiterar que, diante de uma constituição analítica, ampla, como a nossa, muitas questões que antes remanesciam no exclusivo campo da política são, agora, levadas ao Judiciário em função de escolha operada pelo constituinte. Mas aqui, mais uma vez, cumpre lembrar que judicialização não implica necessariamente ativismo.

Em síntese, entre nós é defensável a tese no sentido de que o manejo de um controle de constitucionalidade forte, ou de um escrutínio mais estrito, faz sentido nas seguintes circunstâncias:

a) para a defesa das condições para o exercício da democracia em matérias que envolvam i) liberdade de expressão (direito ao protesto[131] e censura ao discurso silenciador)[132]; ii) proteção do processo democrático (regularidade do processo legislativo e controle do poder político ou econômico no processo eleitoral)[133]; iii) proteção de minorias (legislação suspeita ou com presunção de inconstitucionalidade)[134]; iv) outros direitos básicos naquilo que é condição necessária (embora não suficiente) para a proteção da dignidade humana[135]; e v) direitos sociais[136], em particular os prestacionais, nos casos de eficácia originária ou diante da defesa do mínimo existencial[137] (que não se confunde com o mínimo vital), verdadeiras condições materiais para a democracia.

b) contra leis perfeccionistas, de esquerda (todos devem ser solidários, generosos, bons e virtuosos) ou de direita (criminalização indevida de condutas – relações homoafetivas, *verbi gratia*)[138].

A jurisdição constitucional guarda os valores substantivos necessários para a legítima deliberação pública. Entretanto, isso não é suficien-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 44 21/10/2015 14:33:28

te; tais valores substantivos devem ser interpretados por todos aqueles que venham a ser afetados pela decisão. Por isso a importância da preservação de espaços deliberativos e instituições que transformem as manifestações plurais advindas da sociedade em direitos.

Os espaços em que podem ocorrer tais manifestações se dão tanto no âmbito representativo clássico como por intermédio de outras formas menos tradicionais. Precisa-se reconhecer, por exemplo, a relevância que as audiências públicas e o *amicus curiae* possuem para qualificar as razões do exercício da jurisdição constitucional.

O juiz constitucional figura como um guardião dos princípios permanentes da comunidade política constitucionalizada

Além dos casos que reclamam, a primeira vista, uma postura ativa por parte da corte, entende-se que outras ocasiões demandam um controle débil (*soft*), a autocontenção ou deferência para com as decisões do legislador:

a) no caso de políticas públicas instrumentalizadoras de direitos sociais naquilo que se reporta à eficácia derivada ou que exceda as fronteiras do mínimo existencial.

b) nas questões eminentemente políticas, considerando, sempre, porém, que tais questões não constituem cláusula imunizadora. Há necessidade de respeito à dimensão política da vida e da discricionariedade legislativa em relação àquilo que não é obrigatório constitucionalmente.

c) nos resultados plebiscitários, referendários, leis de iniciativa popular, momentos constituintes[139] e, mesmo, leis novas que resultam de um processo regular e aberto de deliberação.

Não se trata aqui de admitir uma postura procedimentalista. Trata-se de, no processo argumentativo e deliberativo levado a termo pelo Judiciário, considerar, com peso adequado, as razões do legislador. Nesses casos há uma presunção forte de constitucionalidade das leis, a qual pode, não obstante, ser afastada por outras razões, mesmo não populares, mas determinantes. É bom lembrar que o juiz constitucional figura como um guardião dos princípios permanentes da comunidade política constitucionalizada.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 45 21/10/2015 14:33:28

Por fim, deve-se reconhecer a existência de um conjunto de questões difíceis que, quando judicializadas, em poucas ocasiões serão resolvidas de modo tranquilo. Temas que envolvem o direito à vida, eutanásia, aborto, por exemplo, colocam à prova, como *questões limites*, os fundamentos de quaisquer teorias que procurem oferecer solução ao problema da tensão entre o controle de constitucionalidade e o governo da maioria. Cuida-se, aqui, de problemas que indicam a impossibilidade da formulação de consensos, já que supõem apresentação de razões que podem ser utilizadas na defesa de distintos pontos de vista com idêntico suporte constitucional.

Tais casos, embora causem consternação, nem sempre podem "aguardar" deliberações densas por parte do Legislativo ou mesmo do Judiciário. Em tais circunstâncias, decide-se porque não há outro caminho, devendo-se, via de regra, preferir as soluções *razoáveis e atuais* oferecidas pelo legislador.

4. Conclusão

Em um limitado diagnóstico de época, percebe-se que o papel do Supremo Tribunal Federal tem mudado. Essa nova feição, entretanto, ainda está em construção e nem todas as roldanas e parafusos foram ajustados. Ora, esse novo papel precisa ser discutido, com humildade, abertura e raciocínio crítico. Impõe-se, porém, advertir que o Supremo Tribunal Federal não está fora do jogo político. Como em qualquer ambiente democrático[140], as decisões judiciais, sendo corretas ou não, precisam ser cumpridas. Isso não quer dizer que não possam ser, na arena pública, com o devido respeito e com bons argumentos, questionadas. Afinal, em uma sociedade aberta, o voto vencido de ontem pode ser o voto condutor de amanhã[141].

Abstract

The first part of the article has as its guiding line the analysis of the case *United States v. Carolene Products Co.* (1938) and its consequences

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 46 21/10/2015 14:33:28

on the structure of the United States Supreme Court. It observes how a proceduralist justification for the judicial review was derived from *Carolene Products* footnote number 4. It displays the substantivists criticism that disclose the limitations of the highly deferential posture derived from the case. The second part of the study emphasizes the Brazilian reality and points out that our Constitution has a substantive meaning of justice. It discusses the judicial activism and judicialization of politics phenomena. Lastly, it underlines the changes through which the Supremo Tribunal Federal has undergone in recent years and brings together the *Carolene Products* doctrine and the levels of scrutiny to the national constitutional jurisdiction, distinguishing between cases of *hard* and *soft* judicial review.

Notas

1. Clèmerson Merlin Clève. Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná. Professor Titular de Direito Constitucional e Presidente do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Professor do *Máster Universitario en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo da Universidad Pablo de Olavide*, em Sevilha, Espanha. Pós-graduado em Direito Público pela *Université Catholique de Louvain*, Bélgica.
2. Bruno Meneses Lorenzetto. Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor de Direito do Programa de Mestrado em Direito (Direitos Fundamentais e Democracia) e da Graduação do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Visiting Scholar na Columbia Law School, Columbia University, New York. Doutor em Direito pela UFPR na área de Direitos Humanos e Democracia. Mestre em Direito pela UFPR na área do Direito das Relações Sociais.
3. BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto*: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Cabe a ressalva no sentido que, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal não é apenas uma corte constitucional; portanto, parcela significativa de suas decisões possui escopo restrito às partes envolvidas no processo. Um exemplo de mudanças estruturais significativas na sociedade como um todo foi fornecido por Ronald Dworkin, a respeito do caso *Brown v. Board of Education* (1954): "Quando a Corte decidiu, em 1954, que nenhum Estado tinha o direito de segregar as escolas públicas por raça, levou o país à mais profunda revolução social já deflagrada por qualquer outra instituição política" (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 4).

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 47 21/10/2015 14:33:28

4. A política era compreendida como a continuação da ética e, por isso, o caráter ético da ação (política) não estava separado da lei e dos costumes. A *polis* era o espaço para a busca da "boa vida". A *práxis* era distinta da *téchne*, que se relacionava com a produção de artefatos e o domínio habilidoso de certas atividades. Ante a inconstância ontológica de conceitos abstratos como a Justiça, procura-se, por isso, fazer com que a política (moderna) sirva para assegurar o conhecimento da natureza essencial da justiça, agora identificada ao mundo das leis e contratos. Ver: ARISTOTLE. *Politics*. London: William Heinemann, 1932; HOBBES, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Ícone, 2000.
5. "Embora nada do que é feito pelos mortais possa ser imortal, os homens, se usassem a razão como pretendem, poderiam, pelo menos, fazer com que seus Estados fossem assegurados, definitivamente, contra o perigo de perecer por males internos. Pela natureza de sua Instituição, eles estão destinados a viver tanto tempo quanto o gênero humano ou as Leis de Natureza ou, ainda, tanto quanto a própria Justiça, que lhes dá vida. Assim, quando são dissolvidos, não pela violência externa, mas por desordem intestina, a falta não está nos homens, mas na *Matéria*; mas, são eles seus modeladores e organizadores" (HOBBES, Thomas. *Leviatã*. p. 230).
6. Para Habermas, a separação da política da moralidade substituiu a diretiva que orientava a produção de uma vida "boa" e "justa", com a possibilidade de se fazer uma vida de bem-estar dentro de uma ordem constituída adequadamente (HABERMAS, Jürgen. *Theory and practice*. Boston: Beacon Press, 1973. p. 43).
7. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. VIII.
8. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. IX. Dworkin, por sua vez, apresentou propostas teóricas para a solução de casos difíceis e uma teoria da jurisdição. Tais formulações identificaram os problemas relacionados às tradições do utilitarismo, do realismo e do juspositivismo. Em especial a tradição juspositivista foi criticada por sua incapacidade de compreender a importância de padrões que não são regras, eis que, o positivismo seria um modelo de e para um sistema de regras. Outro aspecto que seria deficitário no repertório juspositivista seria a ausência de uma "teoria da jurisdição". Diante de um caso em que não exista uma regra que possa ser subsumida para solucionar o conflito, o juiz deveria usar seu poder discricionário (*judicial discretion*) para decidir o caso inédito, o juiz "criaria" uma nova lei. Como forma de enfrentar tal problemática, Dworkin propôs sua própria versão da teoria da controvérsia e da teoria da jurisdição, as quais buscam abranger, ao mesmo tempo, padrões para a solução de casos difíceis e maneiras de apresentar razões nas decisões (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 49-50; DWORKIN, Ronald. *O império do direito*.).
9. "'Filled milk' was condensed milk in which the fat normally found in milk was replaced with vegetable oil. Filled milk was cheaper than regular condensed milk, and today we would regard it as healthier. Apparently it did not taste any

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 48 21/10/2015 14:33:28

different. […] It is not difficult to see the Act as a piece of interest group legislation that favored the condensed milk industry by effectively driving a competitor out of business" (STRAUSS, David A. Is Carolene Products Obsolete? *University of Illinois Law Review*, vol. 2010, n. 4, 2010. p. 1.252).

10. O caso tinha como precedente a decisão de *Nebbia v. New York* (1934), em que o Estado de Nova York criou um conselho com poder de regular o preço do leite. Nebbia, dono de uma mercearia, foi condenado por vender leite fora dos preços estabelecidos e defendeu seu direito de fazê-lo perante a Suprema Corte com base na Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos, eis que o governo não poderia violar seu direito de fazer contratos sem a garantia ao devido processo legal (*due process*). Por maioria a Suprema Corte afirmou que nem o direito de propriedade nem o direito dos contratos era absoluto. Ainda, adotou postura deferente, afirmou que os Estados eram livres para adotar políticas para promover o bem-estar público e que as cortes não tinham autoridade nem para realizar políticas nem para anulá-las quando produzidas pelo Legislativo. O controle de preços apenas seria inconstitucional se fosse arbitrário.
11. "During the 1930's, the nation struggled with the constitutional implications of the Great Depression; during the 1940's, with those of the Second World War. In both cases, the basic thrust was the same – away from laissez-faire and toward activist government first at home and then abroad" (ACKERMAN, Bruce. *We the people*: Transformations. Cambridge: Harvard University Press, 1998. p. 280).
12. O caso *West Coast Hotel Co. v. Parrish* (1937) é referenciado como crucial na guinada de perspectiva da Corte. Enquanto o caso *Lochner* é um exemplo do ativismo da Corte ao afastar a regulamentação da jornada de trabalho dos padeiros e, portanto, defender um modelo mais extremado de liberdade contratual, o caso *West Coast Hotel* trata de uma lei do Estado de Washington que demandava o pagamento de um salário mínimo para mulheres e menores de idade. Ao contrário do que sucedeu em *Lochner*, a Corte manteve a legislação e garantiu o direito de Parrish de receber a diferença salarial existente entre os seus recebimentos e o mínimo previsto em lei. O Chief Justice Hughes apresentou o voto da maioria e afirmou que a Constituição não reconhecia uma liberdade absoluta e incontrolável, além disso observou que o salário mínimo no Estado de Washington foi estabelecido após ter sido objeto de reflexão pública e por parte dos empregados e empregadores.
13. COVER, Robert. The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities. *The Yale Law Journal*, v. 91, n. 7, 1983. p. 1.287. Laurence Tribe anota que vários críticos da antiga perspectiva acerca da teoria do "devido processo legal substantivo" haviam indicado a inconsistência entre a cláusula prevista na Constituição que protege o *due process* e a doutrina derivada dela e que, independentemente de qual seja nossa atual perspectiva sobre o devido processo contemporaneamente, a maioria concordaria com o fato de que em 1787 os constituintes haviam adotado um sistema federativo para, dentre outras coisas,

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 49 21/10/2015 14:33:28

proteger a propriedade privada (TRIBE, Laurence. *Constitutional Choices*. Cambridge: Harvard University Press, 1985. p. 10-1).

14. Como explica Eduardo Enterría: "Esa crisis ha sido positivamente beneficiosa, porque ha permitido depurar los límites de la *judicial Review* y canalizarla predominantemente hacia la protección de los derechos fundamentales, abandonando el arbitrario terreno de las concepciones económicas" (ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2006. p. 180).
15. "There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth. *See Stromberg v. California,* 283 U. S. 359, 283 U. S. 369-370; *Lovell v. Griffin,* 303 U. S. 444, 303 U. S. 452. It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation. On restrictions upon the right to vote, *see Nixon v. Herndon,*273 U. S. 536; *Nixon v. Condon,* 286 U. S. 73; on restraints upon the dissemination of information, *see Near v. Minnesota ex rel. Olson,*283 U. S. 697, 283 U. S. 713-714, 283 U. S. 718-720, 283 U. S. 722; *Grosjean v. American Press Co.,*297 U. S. 233; *Lovell v. Griffin, supra;* on interferences with political organizations, *see Stromberg v. California, supra,*283 U. S. 369; *Fiske v. Kansas,*274 U. S. 380; *Whitney v. California,*274 U. S. 357, 274 U. S. 373-378; *Herndon v. Lowry,*301 U. S. 242, *and see* Holmes, J., in *Gitlow v. New York,* 268 U. S. 652, 268 U. S. 673; as to prohibition of peaceable assembly, *see De Jonge v. Oregon,* 299 U. S. 353, 299 U. S. 365. Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, *Pierce v. Society of Sisters,*268 U. S. 510, or national, *Meyer v. Nebraska,*262 U. S. 390; *Bartels v. Iowa,*262 U. S. 404; *Farrington v. Tokushige,*273 U. S. 284, or racial minorities, *Nixon v. Herndon, supra; Nixon v. Condon, supra:* whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry. *Compare 17 U. S. Maryland,* 4 Wheat. 316, 17 U. S. 428; *South Carolina v. Barnwell Bros.,*303 U. S. 177, 303 U. S. 184, n 2, and cases cited."
16. COVER, Robert. *The origins of judicial activism*…, p. 1.291.
17. Ver: ARENDT, Hannah. *The origins of the totalitarianism*. San Diego: Harcourt Brace, 1976.
18. O Federalista n. 10. HAMILTON; MADISON; JAY. *O federalista*. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 59-67.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 50 21/10/2015 14:33:28

19. Explica Strauss: "They are 'discrete' in the sense that they are separate in some way, identifiable as distinct from the rest of society. They are 'insular' in the sense that other groups will not form coalitions with them – and, critically, not because of a lack of common interests but because of 'prejudice'" (STRAUSS, David A. *Is Carolene Products Obsolete?* p. 1.257).
20. Cover lembra que o sentido de "minoria" adotado na nota de rodapé número 4 já havia sido empregado no âmbito internacional na década de 1930: "Furthermore, the premise for this international protection was that the nation-state, ordinarily dominated by a single racial, religious, or ethnic group, might fail to afford the benefits of its political processes to the racial, religious, or ethnic minorities within the state" (COVER, Robert. *The origins of judicial activism*…, p. 1.298). Para críticas a respeito do conceito de Estado-Nação, ver: LORENZETTO, Bruno Meneses. *Direito e desconstrução*: as aporias do tempo, do direito e da violência. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.
21. "*Carolene* promises relief from the problem of legitimacy raised whenever nine elderly lawyers invalidate decisions of a majority of our elected representatives. The *Carolene* solution is to seize the high ground of democratic theory and establish that the challenged legislation was produced by a profoundly defective process" (ACKERMAN, Bruce. Beyond Carolene Products. *Harvard Law Review*, v. 98, n. 4, 1985. p. 715).
22. Para Ackerman, o caso fornece uma teoria da democracia do New Deal como estrutura organizatória: "While judges should defer to the legislature in ordinary economic disputes, 'a more exacting judicial scrutiny' might be required when the democratic process malfunctioned – either when the majority denied opponents crucial political rights or when legislation was motivated by prejudice against 'discrete and insular minorities'" (ACKERMAN, Bruce. *We the people*: transformations. p. 369).
23. "O ponto inicial que 'assombra' a tensão entre a democracia e o constitucionalismo está no controle de constitucionalidade. A ideia, apresentada em um primeiro plano, é incômoda: pois, como o governo poder explicar ou justificar uma prática aparentemente não democrática por parte do Judiciário em que produções populares e democráticas (leis) são submetidas a um 'teste' de juridicidade por meio de uma lei superior (Constituição)? A busca por harmonizar esses dois lados é o motivo do assombro e envolve polos que acabam por se encontrar radicalmente comprometidos: a defesa do ideal de um governo limitado por normas (constitucionalismo) e o ideal de um governo exercido pelo povo (democracia)" (LORENZETTO, Bruno Meneses. *Os caminhos do constitucionalismo para a democracia*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p. 104-5).
24. ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
25. Warren foi Chief Justice entre 1953 e 1969, porém, de acordo com Owen Fiss: "The Warren Court refers to that extraordinary phase of Supreme Court history

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 51 21/10/2015 14:33:29

that began in the mid-1950's, with *Brown v. Board of Education* and the appointments of Earl Warren (1954) and William J. Brennan, Jr. (1956), and which reached its apogee in the early 1960's, when Justice Frankfurter retired and the liberal wing of the Court achieved a solid majority. Aside from Warren and Brennan, that majority included Hugo Black, William O. Douglas, and Frankfurter's replacement, Arthur J. Goldberg, who served from 1962 until 1965 and then was replaced by Abe Fortas. In 1967, the group of five was strengthened when Thurgood Marshall replaced Tom Clark. Now and then, they picked up the vote of Potter Stewart or Byron White or even that of their most forceful critic, John Harlan, a conservative who often found himself encumbered by his commitment to stare decisis. Earl Warren retired from the chief justiceship in 1969, but the phase of Supreme Court history that bears his name continued into the early 1970's, probably until 1974" (FISS, Owen. A Life Lived Twice. *Yale Law Journal*, v. 100, 1991. p. 1.117).

26. "In 1968, Richard Nixon ran against the Warren Court, and in so doing, attacked Justice Brennan as much as anyone, perhaps more so, given the commanding role that Brennan played on that Court" (FISS, Owen. *A life lived twice*. p. 1121). "[…] la posición de Ely no pretende ser una construcción imaginativa propia, sino que se presenta ante todo como una explicación o interpretación de la jurisprudencia Warren" (ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. p. 227).
27. Sobre a Corte Warren, explica Ely que sua reputação como "ativista" é devida, mas tal perspectiva precisa ser refinada: "É certo que essas decisões foram intervencionistas, mas o intervencionismo era alimentado não por um desejo por parte da Corte de impor certos valores substantivos que ela considerara importantes ou fundamentais, e sim pelo desejo de assegurar que o processo político – que é contexto em que tais valores *de fato podem ser* corretamente identificados, ponderados e proporcionados entre si – estivesse aberto aos adeptos de todos os pontos de vista, em condições de relativa igualdade" (ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*. p. 98).
28. ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*. p. 5. Em *Roe v. Wade* (1973), apesar de a Constituição dos Estados Unidos não mencionar expressamente o direito à privacidade, a Suprema Corte reconheceu que este direito ou a garantia de certas zonas de privacidade existe sob a Constituição. Além disso, concluiu que o direito pessoal à privacidade incluía a decisão a respeito do aborto. O Justice Stewart em suas razões explicou: "The Constitution nowhere mentions a specific right of personal choice in matters of marriage and family life, but the 'liberty' protected by the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment covers more than those freedoms explicitly named in the Bill of Rights".
29. ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*. p. 8.
30. "É certo que essas decisões foram intervencionistas, mas o intervencionismo era alimentado não por um desejo por parte da Corte de impor certos valores subs-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 52 21/10/2015 14:33:29

tantivos que ela considerara importantes ou fundamentais, e sim pelo desejo de assegurar que o processo político – que é o contexto em que tais valores *de fato podem ser* corretamente identificados, ponderados e proporcionados entre si – estivesse aberto aos adeptos de todos os pontos de vista, em condições de relativa igualdade" (ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*. p. 98).

31. ELY, p. 101. "(…) o controle judicial de constitucionalidade deve ocupar-se basicamente de eliminar as obstruções ao processo democrático, e a negação do voto parece ser a mais representativa das obstruções" (ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*. p. 156).
32. ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*. p. 206.
33. ZIETLOW, Rebecca E. The Judicial Restraint of the Warren Court (and Why it Matters). *Ohio State Law Journal*, v. 69, 2008. p. 257.
34. ZIETLOW, Rebecca E. *The judicial restraint*…, p. 274.
35. BALKIN, Jack M., LEVINSON, Sanford. Understanding the Constitutional Revolution. *Virginia Law Review*, v. 87, n. 6, 2001. p. 1.089.
36. BREST, Paul. The Fundamental Rights Controversy: The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship. *Yale Law Journal*, v. 90, 1981.
37. Cass Sunstein afirma que a ideia de forçar governos a apresentar razões pode ser vista como muito abstrata. Por isso, elenca três casos paradigmáticos que auxiliam na ilustração da importância desta prática: *Plessy v. Ferguson* (1896), em que a Suprema Corte decidiu que a segregação com base na raça não violava a Constituição; *Lochner v. New York* (1905), em que a Suprema Corte invalidou uma lei que estabelecia uma jornada máxima de horas de trabalho para padeiros; *Muller v. Oregon* (1908), em que Suprema Corte manteve uma lei que estabelecia um máximo de horas possível para o trabalho de mulheres. O principal problema das decisões, para Sunstein, foi o seguinte: "In all three cases, the Court took existing practice as the baseline for deciding issues of neutrality and partisanship. It did so by assuming that existing practice was prepolitical and natural" (SUNSTEIN, Cass. *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993. p. 41).
38. As cortes deveriam, portanto, procurar remediar de maneira adequada tais procedimentos, sem que os juízes viessem a enfrentar a tarefa "suspeita" de prescrever valores substantivos: "If *Carolene* somehow hoped to find a shortcut around this substantive inquiry into constitutional values, its journey was fated to fail from the outset. The difference between the things we call 'prejudice' and the things we call 'principle' is in the end a substantive moral difference. And if the courts are authorized to protect the victims of certain 'prejudices', it can only be because the Constitution has placed certain normative judgments beyond the pale of legitimacy" (ACKERMAN, Bruce. Beyond Carolene Products. p. 740).
39. SUNSTEIN, Cass. *The partial constitution*. p. 104.
40. TRIBE, Laurence. The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories. *Yale Law Journal*. v. 89, 1980. p. 1.063.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 53 21/10/2015 14:33:29

41. SUNSTEIN, Cass. *The partial constitution*. p. 106.
42. Como exemplo extremo, um grupo de bandidos não forma um grupo minoritário com apelos políticos legítimos, eles foram excluídos por praticarem um crime, ou seja, por motivos devidos. O cenário é completamente distinto de minorias que não conseguem ter acesso a posições sociais adequadas ou não possuem o direito ao voto ou pessoas que são perseguidas por pertencer a um grupo religioso minoritário. Tais são casos de exclusão indevida do processo democrático.
43. "Do gays and lesbians, for example, constitute a discrete and insular minority within the meaning of the *Carolene Products* footnote, so that courts should develop special rules to protect them against laws that disadvantage them?" (STRAUSS, David A. *Is Carolene Products Obsolete?* p. 1266). Kenji Yoshino afirma: "The gay tipping point might suggest that Justice Stone was correct in his original assessment that 'discrete and insular minorities' were more likely to be politically powerless. Opponents of gay rights have long argued that gays are an extremely politically powerful minority, and therefore should not receive the protection of the courts. The temptation here might be to argue that political powerlessness should not be necessary to a finding of heightened scrutiny. But we should not jettison the concept of political powerlessness as a precondition of heightened scrutiny. Instead, we should refine it" (YOSHINO, Kenji. The Gay Tipping Point. *UCLA Law Review*, v. 57, 2010. p. 1.542).
44. A decisão do caso *Carolene Products* foi incomodamente próxima das Leis de Nuremberg que retiraram dos judeus alemães seus direitos civis. Isso serviu para lembrar os americanos da retirada dos direitos civis dos negros. As consequências de decisões políticas majoritárias eram gritantes. A marginalidade de tais minorias permitiu que judeus e negros fossem alvo da exclusão do corpo político.
45. ACKERMAN, Bruce. *Beyond Carolene Products*. p. 724.
46. Idem, ibidem, p. 731.
47. Idem, ibidem, p. 741.
48. A dissidência da Justice Ginsburg na decisão do caso *Fisher v. University of Texas* (2013) é um exemplo disso. Para Ruth Ginsburg, as ações afirmativas são uma forma de os membros da maioria fornecerem uma vantagem para os da minoria ao invés de tratá-los injustamente. O legado de *Carolene Products* adverte que no caso de direitos que afetem minorias a Corte deve usar o "controle estrito" (*strict scrutiny*), a mais rígida das formas de controle de constitucionalidade. Contudo, Ginsburg entendeu que não seria o caso do uso de tal medida, pois as ações afirmativas, ao invés de vitimizarem uma minoria, procuram modestamente elevar sua condição social. Em sua decisão anotou: "Texas' percentage plan was adopted with racially segregated neighborhoods and schools front and center stage. (…) It is race consciousness, not blindness to race, that drives such plans." Outra relação que pode ser traçada está na in-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 54 21/10/2015 14:33:29

fluência de John Hart Ely sobre o Justice Stephen Breyer, como pontuou Cass Sunstein: "Like Ely, Breyer does not rule out the view that courts should take an aggressive role in some areas, above all in order to protect democratic governance" (SUNSTEIN, Cass. Justice Breyer's Democratic Pragmatism. *The Yale Law Journal*, v. 115, n. 7, 2006. p. 1.722). Ver: BREYER, Stephen. *Active Liberty*. Vintage: New York, 2006.

49. BALKIN, Jack M., LEVINSON, Sanford. *Understanding the Constitutional Revolution*. p. 1.081.
50. Idem, p. 1.083. Sobre a dificuldade contramajoritária ver: BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*: The Supreme Court at the Bar of Politics. New Haven: Yale University Press, 1986.
51. SUNSTEIN, Cass. *One case at a time*: Judicial Minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
52. TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.
53. BALKIN, Jack M., LEVINSON, Sanford. *Understanding the constitutional revolution*. p. 1.084. Sob a presidência do Justice Roberts, espera-se que a Suprema Corte siga uma pauta mais conservadora, permitindo maior interferência da religião na esfera pública, a maior participação de corporações nos processos eleitorais e a ampliação do espectro que garante o direito de portar armas, previsto na 2ª Emenda. De outra sorte, direitos ligados às ações afirmativas, ao aborto e à defesa de réus criminais tenderiam a ser reduzidos.
54. BALKIN, Jack M., LEVINSON, Sanford. *Understanding the constitutional revolution*. p. 1.084.
55. "Chief Justice Roger Taney's poor reputation is not based on his embrace or rejection of minimalism, but on his support for slavery. Justice William Brennan's towering reputation rests not on his treatment of precedents or his embrace of judicial restraint but on the fact that he was on the politically progressive side of most controversies concerning civil liberties and civil equality. Stated more correctly, he was on the right side as judged by subsequent history (at least so far), whereas Taney was not" (BALKIN, Jack M., LEVINSON, Sanford. *Understanding the constitutional revolution*. p. 1.084).
56. Tais princípios, em sua grande maioria, possuem abrigo tanto no sentido formal como material da Constituição.
57. Ao que parece, os ataques a certo tipo de ativismo judicial querem que as coisas voltem a um lugar que nunca existiu. Mais relevante do que acusar o outro poder de adentrar em suas competências seria perceber que existe uma variação ondular (contingente) entre os espaços legitimados para a tomada de decisão e que, em termos futuros, não há como definir um controle rígido sobre quem passará a decidir qual matéria. A preservação da tensão entre o constitucionalismo e a democracia demanda mecanismos institucionais que garantam que um não venha a colonizar o outro por inteiro.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 55 21/10/2015 14:33:29

58. Para discussões a respeito da importante proposta da democracia deliberativa ver: HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Cambridge: The MIT Press, 1998; NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997; SHAPIRO, Ian. *The state of democratic theory*. Princeton: Princeton University Press, 2003.
59. Mesmo com a abolição da escravidão e com a edição das emendas constitucionais XVIII e XIV, a nefasta política do "separados porém iguais" (separated but equal) continuou a ser praticada nos Estados Unidos. A doutrina foi derivada do caso *Plessy v. Ferguson* (1896), que tratou como constitucional uma lei do Estado da Louisiana que determinava diferentes vagões de trem para brancos e negros.
60. A IX emenda da Constituição dos Estados Unidos faz referência a proteções constitucionais não necessariamente previstas pelo texto da Constituição. Tribe indica a produção de normas substantivas extratextuais: "The idea that the invisible Constitution in fact embodies certain *substantive* principles central to defining both the structure of government and the rights of persons – and that those norms are parts of the Constitution *actually in force* rather than of some merely *possible* Constitution – is likely to be among the most controversial of the propositions put forth in this book" (TRIBE, Laurence. *The invisible constitution*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 79).
61. STRAUSS, David A. *The living constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
62. CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre. *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2014.
63. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 374-5; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
64. "Sabemos hoje, portanto, que as leis gerais e abstratas não eliminam o problema do Direito, aliás, ao contrário do que igualmente puderam acreditar os iluministas com a sua confiança excessiva na razão, elas inauguram o problema do Direito moderno que é precisamente o da aplicação de normas gerais e abstratas a situações sempre particularizadas, determinadas e concretas" (NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito*: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 134).
65. Deve-se ressaltar, ainda, que tal possibilidade não é obstada no país, eis que, para além dos direitos fundamentais positivados, outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição podem ser incorporados. Art. 5º, §2º – CF.
66. "Além disso, é fácil perceber o quão tênue é a passagem da aceitação de 'direitos grotescos' para a aceitação de ações sobre cuja inclusão no âmbito de proteção de algum direito fundamental não há consenso. Para ficar em um exemplo simples: festas ao ar livre, em local aberto ao público, estão protegidas pela norma que garante o direito de reunião (art. 5º, XVI)? Para a teoria externa e um modelo de

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 56 21/10/2015 14:33:29

suporte fático amplo a resposta é mais que óbvia: *prima facie* sim, ainda que isso possa ser restringido posteriormente, devido a alguma eventual colisão com outros direitos fundamentais ou interesses coletivos. Para aqueles que sustentam um suporte fático restrito e uma teoria interna a resposta poderá ser *não*, mas poderá ser *sim*. O problema é que, uma vez que se negue, a partir de uma concepção restrita e interna, que festas ao ar livre são exercício do direito de reunião, essa decisão, por ser definitiva, tem que valer inclusive nos casos em que tais festas não atrapalhem ninguém e tenham algum interesse público" (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*. p. 154-5).

67. "O problema do Direito moderno, agora claramente visível graças a vivência acumulada, é exatamente o enfrentamento consistente do desafio de se aplicar adequadamente normas gerais e abstratas a situações de vida sempre individualizadas e concretas, à denominada situação de aplicação, sempre única e irrepetível, por definição. O Direito moderno, enquanto conjunto de normas gerais e abstratas, torna a sociedade mais e não menos complexa" (NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito*. p. 127).
68. Conforme o artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal de 1988. A Constituição alemã, promulgada em maio de 1949, dispõe no art. 20.1: "A República Federal da Alemanha é um Estado Federal, democrático e social". Na Constituição de 1978, art. 1º, o constituinte espanhol fixou que a "Espanha se constitui em um Estado Social e Democrático de Direito". A Constituição portuguesa de 1976, no art. 2º, preceitua que "a República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático".
69. "Após a crítica de Rawls ao utilitarismo e de Habermas ao positivismo jurídico e sociológico, que reduziam a normatividade ou a legitimidade do direito à sua própria força, não mais é possível pensar a Constituição e mais ainda as cláusulas constitucionais intangíveis sem levar em conta o seu conteúdo, suas qualidades intrínsecas. Para que certas cláusulas constitucionais possam ser aceitas como limitadoras do poder de cada geração de alterar suas próprias constituições é necessário que o seu conteúdo possa ser justificado e aceito racionalmente. O fato de terem sido estabelecidas por um poder constituinte anterior não é suficiente para garantir a sua legitimidade" (VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição como Reserva de Justiça. *Lua Nova*, n. 42, 1997. p. 78). CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 138-9.
70. VELASCO, Marina. *O que é justiça*: o justo e o injusto na pesquisa filosófica. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2009. p. 55.
71. VELASCO, Marina. *O que é justiça*. p. 91.
72. Idem.
73. "Normatively substantive messages can circulate *throughout society* only in the language of law. Without their translation into the complex legal code that is

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 57 21/10/2015 14:33:29

equally open to lifeworld and system, these messages would fall on deaf ears in media-steered spheres of action. Law thus functions as the 'transformer' that first guarantees that the socially integrating network of communication stretched across society as a whole holds together" (HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. p. 56).

74. Para Paul Hirst, a representação não poderia ser melhor analisada se fosse perguntado quão bem um político representa um grupo de vontades, interesses ou indivíduos, para ele tal questão é irresolúvel: "In fact the critique of 'representation' proves one thing, that there is no 'true' form of representation of the interests of the represented. All schemes of representation involve some element of substitution, and all such schemes have distinct political effects" (HIRST, Paul. *Representative Democracy and its Limits*. Cambridge: Polity Press, 1990. p. 12).
75. FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. *Law and contemporary problems*, v. 65, n. 3, 2002. p. 41.
76. FEREJOHN, John. *Judicializing politics, politicizing law*. p. 55.
77. Sob um enfoque tradicional, uma das principais funções do controle de constitucionalidade é o de limitar decisões políticas majoritárias contrárias à Constituição e promover sua retirada do ordenamento jurídico, mesmo nas situações em que a lei é defendida pela maior parte da população. Dentro de tal perspectiva, seria inconsistente com o papel de um Judiciário independente a consideração pelas cortes dos efeitos públicos da decisão no sentido de esta causar comoção nacional ou mobilizações contrárias. Sunstein sugere duas estratégias, a consequencialista e a epistêmica, que qualificam a discussão a respeito dos impactos públicos da decisão da Corte. Ver: SUNSTEIN, Cass. If People Would be Outraged by Their Rulings, Should Judges Care? *Stanford Law Review*, v. 60, 2007.
78. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas provisórias*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 44.
79. "A compreensão do art. 62 da Constituição não pode ser prisioneira da interpretação literal. Apenas uma interpretação sistemática é capaz de revelar o sentido do dispositivo constitucional. Por esta razão, uma vez adotada, a medida provisória (lei ou ato legislativo) deve ser submetida, imediatamente, ao Congresso Nacional, para conversão em lei formal. Está-se referindo, então, à conversão de lei precária em lei permanente derivada do processo público inerente à elaboração da lei formal. Nada mais do que isso: uma espécie de lei (a medida provisória: ato provisório) é convertida em outra espécie de lei (a lei formal, no caso, lei ordinária: ato permanente)" (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas provisórias*. p. 76-7).
80. "A primeira grande causa da judicialização foi a *redemocratização* do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 58 21/10/2015 14:33:29

verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. (...) A segunda causa foi a *constitucionalização abrangente*, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. (...) A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o *sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*, um dos mais abrangentes do mundo" (BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito do Estado*, n. 13, jan./mar. 2009. p. 73-4).

81. Um exemplo disso encontra-se na possível dicotomia que pode ser extraída do texto constitucional, tanto no sentido de perspectivas filosóficas heterônomas como outras que procurem garantir amplíssima autonomia para os indivíduos. Tais perspectivas filosóficas colidem em situações que envolvam casos difíceis (ou decisões trágicas).
82. BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 244.
83. Não só ocorreu o incremento da fiscalização abstrata, mas também se observa uma "abstrativização" do controle concreto. Nesse sentido, o Supremo já aplicou a técnica da modulação de efeitos (natural do controle abstrato) em sede de controle incidental (RE-AgR n. 516.296, Rel Min. Joaquim Barbosa, j. 10.04.2007); conferiu efeitos gerais à decisão proferida no Mandado de Injunção n. 670 (MI n. 670, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25.10.2007, *Informativo STF* 485), instrumento que desencadeia uma fiscalização incidental da constitucionalidade.
84. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 395-6.
85. Para Conrado Mendes: "Na separação de poderes, a interação é inevitável. A interação deliberativa é um ganho; a interação puramente adversarial, se não chega a ser uma perda, desperdiça seu potencial epistêmico. (...) A revisão judicial não precisa ser vista apenas como um dique ou uma barreira de contenção, mas também como um mecanismo propulsor de melhores deliberações. Não serve somente para (tentar) nos proteger da política quando esta sucumbe ao pânico ou irracionalidade, mas para desafiá-la a superar-se em qualidade" (*Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 211-2).
86. A crítica normativa ao papel de "guardião" do STF não modifica sua função estrutural. Porém, é relevante por apontar para outras formas de interação institucional e procurar superar a traiçoeira questão da "última palavra": "O tipo deliberativo de interação é o ideal que permeia, portanto, esse exercício. Dá uma justificativa condicionada para o papel do STF, mas, ao mesmo tempo, tira-o do pedestal de 'guardião'. (...) Mas não recusa, ao mesmo tempo, a legitimidade de o STF praticar um acentuado ativismo em certas circunstâncias. Isso está em sintonia com a concepção de separação de poderes delineada no capítulo anterior, segundo a qual não há (e nem pode haver) receitas abstratas e prefixadas que

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 59 21/10/2015 14:33:29

esgotem a definição das funções" (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. p. 214).

87. Dworkin explica: "mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente. Já devo adiantar, porém que essa teoria não pressupõe a existência de nenhum procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis" (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 127).

88. Para Barroso: "A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas" (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. p. 75). O autor afirmou ter abandonado o uso do termo "ativismo judicial", devido à sua vinculação estritamente negativa, por ter se tornado artifício retórico depreciativo. BARROSO, Luís Roberto. Não tenho nenhum orgulho do volume de processos que o Supremo julga. *Os Constitucionalistas*, 23.02.2015. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/entrevista-luis-roberto-barroso-nao-tenho-nenhum--orgulho-do-volume-de-processos-que-o-supremo-julga> Acesso em 02.03.2015. Entende-se que, apesar do baixo rigor semântico a que o conceito acaba por ser submetido em certas ocasiões, ele não perdeu seu potencial explicativo descritivo. Anota Carlos Campos: "Embora incontestável do ponto de vista descritivo, o ativismo judicial não é uma unanimidade sob a perspectiva normativa. A ascensão política de juízes e cortes sempre foi alvo de muitas críticas. A prática é acusada de afrontar o princípio democrático e o valor do autogoverno popular. Fala-se em mutação do 'Estado legislativo parlamentar em um Estado Jurisdicional governado pelo Tribunal Constitucional' e que 'esse Tribunal torna-se, em sentido peculiar, o soberano da constituição' em clara violação ao princípio da separação de poderes" (CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 35).

89. Três casos emblemáticos podem ser citados para ilustrar o argumento. 1) No caso da demarcação de terras indígenas, conhecido como Raposa Serra do Sol (PET 3388 – RR, Rel. Carlos Brito, j. 19.03.2009, *DJE* 25.09.2009), tem-se na Constituição definido em regra a propósito do domínio de tais áreas pelas popu-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 60 21/10/2015 14:33:30

lações indígenas e por populações tradicionais, como os quilombolas. A regra já vinha sendo manejada pelo Executivo no sentido de sua concretização, com a competência do Presidente da República para definir a demarcação da área – seria possível a transferência de tal poder para o Legislativo, caso ela viesse a ser regulamentada em lei. No momento da decisão pelo STF de tal questão, a Corte, em termos gerais, não foi ativista – excepcionados os dispositivos estipulados pelo ministro Menezes Direito que tiveram de ser julgados novamente pelo próprio STF. No julgamento dos Embargos de Declaração do caso em 2013 (PET 3388 ED – RR, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 23.10.2013, *DJE* 04.02.2014), o relator, ministro Roberto Barroso, afastou o caráter vinculante das condicionantes e explicou que as diretrizes não poderão ser objeto de questionamento em outros processos. Prestou-se, portanto, deferência ao Executivo, que dispõe de melhores meios técnicos para conhecer a matéria, como, por exemplo, a realização de estudos antropológicos. 2) A Lei da Biossegurança (11.105/2005), seguiu um processo legislativo permeado por grandes discussões promovidas pelo próprio Legislativo, próximas ao desejável para qualquer matéria que venha a ser submetida ao apreço do legislador. A decisão do STF (ADI 3510, Rel. Min. Carlos Britto, j. 29.05.2008, *DJE* 28.05.2010), também auxiliada pela participação popular via audiências públicas, prestou deferência ao processo legislativo ao reconhecer a constitucionalidade da lei. 3) No caso da união estável de pessoas do mesmo sexo (ADPF 132, Rel. Min. Carlos Britto, j. 050.05.2011, *DJE* 14.10.2011), pode-se dizer que o STF assumiu uma postura mais ativista ao utilizar a técnica da interpretação conforme a Constituição. Contudo, esta foi feita dentro da lógica de proteção de grupos minoritários, uma das razões que justificam a própria jurisdição constitucional.

90. "Um desenho institucional consiste na alocação de faculdades de estatuir e de faculdades de vetar em diferentes agentes. Entre vetos e estatuições, desenha-se um processo decisório, distribuem-se poderes, moldam-se incentivos institucionais, criam-se canais saudáveis de interlocução. Numa sucessão de testes, uma decisão coletiva finalmente é tomada. (...) O controle de constitucionalidade seria uma veto a mais na intrincada rede das faculdades de vetar e estatuir que compõe a engenharia da separação de poderes" (MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 132).
91. *Marbury v. Madison* (1803).
92. KELSEN, H. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
93. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 413.
94. "As três dimensões anteriormente analisadas – juridicidade, constitucionalidade, direitos fundamentos – indiciam já que o princípio do estado de direito é informado por duas idéias ordenadoras: (1) idéia de ordenação subjectiva, garantindo um status jurídico aos indivíduos essencialmente ancorado nos direitos funda-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 61 21/10/2015 14:33:30

mentais; (2) ideia de ordenação objectiva, assente no princípio da constitucionalidade, que, por sua vez, acolhe como princípio objectivamente estruturante o princípio da divisão de poderes. Essas duas dimensões não se divorciam uma da outra, mas o acento tônico caberá agora à ordenação funcional objectiva do Estado de direito" (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 250).

95. Chantal Mouffe lembra que a democracia é algo frágil e que precisa ser defendida constantemente: MOUFFE, Chantal. *El retorno de lo político*. Barcelona: Paidós, 1999.

96. Sobre o ativismo, Carlos Campos pontua acerca de sua multimensionalidade: "Essas decisões apresentam diferentes dimensões, e não apenas forma única de manifestação, o que significa dizer que o ativismo judicial consiste em práticas decisórias, em geral, multifacetadas e, portanto, insuscetíveis de redução a critérios singulares de identificação. Há múltiplos indicadores do ativismo judicial como a interpretação expansiva dos textos constitucionais, a falta de deferência institucional aos outros poderes de governo, a criação judicial de normas gerais e abstratas, etc." (CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. p. 163).

97. Lei cujas disposições genéricas orientam a aplicação das normas de um determinado ordenamento jurídico. Ver: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 785-786.

98. Nesse sentido, Dworkin enfatiza a importância de argumentos de princípio ao invés de argumentos políticos no exercício da jurisdição constitucional: "Se queremos a revisão judicial – se não queremos anula *Marbury* contra *Madison* – devemos então aceitar que o Supremo Tribunal Federal deve tomar decisões políticas importantes. A questão é que motivos, nas suas mãos, são bons motivos. Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral –, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais" (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 101).

99. RCL 2189 MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03.02.2003, *DJU* 07.02.2003. BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 195.

100. Art. 102, – CF: "§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros". A repercussão geral foi regulamentada pela Lei 11.418 de 19.12.2006. O STF, por sua vez, editou a Emenda Regimental n. 21, de 30.04.2007.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 62 21/10/2015 14:33:30

101. "É evidente, porém, que a súmula vinculante, como o próprio nome indica, terá o condão de vincular diretamente os órgãos judiciais e os órgãos da Administração Pública, abrindo a possibilidade de que qualquer interessado faça valer a orientação do Supremo, não mediante simples interposição de recurso, mas por meio de apresentação de uma reclamação por descumprimento de decisão judicial (CF, art. 103-A)" (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1.040).
102. "Como técnica de interpretação, o princípio impõe a juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, da maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais. Vale dizer: entre interpretações possíveis, deve-se escolher a que tem mais afinidade com a Constituição. (...) Como mecanismo de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição permite que o intérprete, sobretudo o tribunal constitucional, preserve a validade de uma lei que, na sua leitura mais óbvia, seria inconstitucional. Nessa hipótese, o tribunal, simultaneamente, *infirma* uma das interpretações possíveis, declarando-a inconstitucional, e *afirma* outra, que compatibiliza a norma com a Constituição. Trata-se de uma atuação 'corretiva', que importa na declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto" (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 301).
103. "O constituinte de 1988 criou dois instrumentos para lidar com as omissões inconstitucionais: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Atendeu, assim, a um reclamo generalizado da sociedade e da doutrina em busca de maior efetividade para as normas constitucionais, enfrentando uma das principais disfunções históricas do constitucionalismo brasileiro" (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 153-4).
104. "A jurisprudência do Supremo Tribunal, no tocante à utilização do instituto da reclamação em sede de controle concentrado de normas, deu sinais de grande evolução no julgamento da questão de ordem em agravo regimental no Rcl. 1.880, em 23.5.2002, quando a Corte restou assente o cabimento da reclamação para todos aqueles que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às teses do STF, em reconhecimento à eficácia vinculante *erga omnes* das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado" (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. p. 1.456).
105. "Em sucessivas decisões, Supremo Tribunal Federal estendeu os limites objetivos e subjetivos das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, com base em uma construção que vem denominando *transcendência dos motivos determinantes*. Por essa linha de entendimento, é reconhecida eficácia vinculante não apenas à parte dispositiva do julgado, mas também aos pró-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 63 21/10/2015 14:33:30

prios fundamentos que embasaram decisão. Em outras palavras: juízes e tribunais devem acatamento não apenas à conclusão do acórdão, mas igualmente às razões de decidir" (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. p. 230).

106. "In a conversationalist theory of judicial review, for example, the role of courts is simply to deliberate, not to decide, so that weak remedies, because they entail less sacrifice of judicial efficacy, will almost always be preferred over weak rights. On the other hand, in a democratic minimalist understanding, a key part of the court´s role is to resolve concrete controversies without resort to the kind of broad or deep judicial reasoning that can destabilize constitutional order, so that weak rights will almost always be preferred to weak remedies. Similarly, in a departmentalism understanding, the courts' role is simply to decide the particular concrete controversy; judicial opinions are not afforded any presumptive respect in the broader political process and, thus, nothing is lost when courts adopt a weak rights, as opposed to weak remedies, approach" (DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioecnomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitucional Law*. v. 5, 2007. p. 411).
107. BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*… p. 16.
108. "Una teoría alternativa para establecer una conexión apropiada entre el valor de la democracia y el control judicial de constitucionalidad sería argumentar que el primero requiere de ciertas precondiciones. Cuando los jueces interpretan la constitución y ésta prevalece por sobre la legislación ordinaria, están en realidad protegiendo esas precondiciones" (NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. p. 272).
109. NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. p. 273.
110. Idem, ibidem, p. 279.
111. Idem, ibidem, p. 281.
112. "Es, en última instancia, una cuestión de juicio si está justificado limitar el funcionamiento de la democracia, no para promover directamente la democracia como en el primer caso de control judicial de constitucionalidad, sino para preservar una práctica que le otorga eficacia a las decisiones democráticas" (NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. p. 282).
113. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. p. 300. No mesmo sentido ver: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 458.
114. Atribui-se a James Thayer uma das defesas mais radicais no sentido da deferência do Judiciário: THAYER, James Bradley. *The origin and scope of the American doctrine of constitutional Law*. Boston: Little, Brown and Company, 1893. Sobre a relação entre Tahyer e o escrutínio mínimo, ver: FALLON JR., Richard H. Strict Judicial Scrutiny. *University of California Law Review*, v. 54, 2007. Outro exemplo histórico relevante está na dissidência de Holmes em *Lochner v. New York* (1905):

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 64 21/10/2015 14:33:30

"[A] Constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the state or of *laissez faire*. It is made for people of fundamentally differing views (…) I think that the word 'liberty', in the 14th Amendment, is perverted when it is held to prevent the natural outcome of a dominant opinion, unless it can be said that a rational and fair man necessarily would admit that the statute proposed would infringe fundamental principles (…)". Sobre a relação entre Holmes e Thayer ver: POSNER, Richard. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, v. 100, 2012. p. 526.

115. Em *Craig v. Boren* (1976) o Justice Brennnan afirmou: "To withstand constitutional challenge, previous cases establish that classifications by gender must serve important governmental objectives and must be substantially related to achievement of those objectives". Deriva-se desse caso a criação do segundo nível de escrutínio.
116. No caso *Clark v. Jeter* (1988), a Justice O'Connor estabeleceu: "Between [the] extremes of rational basis review and strict scrutiny lies a level of intermediate scrutiny, which generally has been applied to discriminatory classifications based on sex or illegitimacy. To withstand intermediate scrutiny, a statutory classification must be substantially related to an important governmental objective." A lei da Pensilvânia que determinava que a uma "criança ilegítima" deveria provar a paternidade antes de buscar ajuda de seu pai e que o prazo para tanto era até os seis anos foi declarada inconstitucional pela Suprema Corte.
117. No caso Grutter v. Bollinger (2003) a Justice O´Connor observou: "We have held that all racial classifications imposed by government 'must be analyzed by a reviewing court under strict scrutiny.' (…) We have never held that the only governmental use of race that can survive strict scrutiny is remedying past discrimination. Nor, since *Bakke*, have we directly addressed the use of race in the context of public higher education. Today, we hold that the Law School hás a compelling interest in attaining a diverse student body. (…) We [also] find that the Law School´s admissions program bears the hallmarks of a narrowly tailored plan."
118. Que protege os indivíduos de buscas, sem fundamentação, em sua propriedade e seus documentos e demanda a necessidade de uma causa provável (*probable cause*) para a realização de buscas e apreensões.
119. MORO, Sergio Fernando. *Legislação suspeita*? Afastamento da presunção de constitucionalidade da lei. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2003.
120. "(...) extremamente rigoroso, em que ocorre praticamente uma inversão na presunção de constitucionalidade do ato normativo" (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. p. 459).
121. Uma comparação entre os níveis de escrutínio e a proporcionalidade foi feita da seguinte maneira: "The first stage of PA mandates inquiry into the 'suitability' of the measure under review. The government must demonstrate that the rela-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 65 21/10/2015 14:33:30

tionship between the *means chosen* and the *ends pursued* is rational and appropriate, given a stated policy purpose. This mode of scrutiny is broadly akin to what Americans call 'rational basis' review, although under PA, the appraisal of government motives and choice of means is more searching. In most systems, few laws are struck down at this stage. The second step – 'necessity'– embodies what Americans know as a 'narrow tailoring' requirement. At the core of necessity analysis is a least restrictive-means (LRM) test, through which the judge ensures that the measure at issue does not curtail the right more than is necessary for the government to achieve its goals. (…) The third step – balancing *stricto sensu* – is also known as 'proportionality in the narrow sense'. In the balancing phase, the judge weighs, in light of the facts, the benefits of the act (already found to have been narrowly tailored) against the costs incurred by infringement of the right, in order to decide which side shall prevail" (MATHEWS, Jud; SWEET, Alec Stone. All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing. *Emory Law Journal*, v. 60, 2011. p. 106-7).

122. Ver *Adarand Constructors, Inc. v. Peña* (1995): "The decision here makes explicit that federal racial classifications, like those of a State, must serve a compelling governmental interest, and must be narrowly tailored to further that interest. Thus, to the extent that Fullilove held federal racial classifications to be subject to a less rigorous standard, it is no longer controlling. Requiring strict scrutiny is the best way to ensure that courts will consistently give racial classifications a detailed examination, as to both ends and means. It is not true that strict scrutiny is strict in theory, but fatal in fact."

123. MATHEWS, Jud; SWEET, Alec Stone. All Things in Proportion? p. 130-1. Deve-se lembrar que o caso *Carolene Products* foi menos uma introdução de um nível de escrutínio mais rigoroso e mais uma mudança do foco – no sentido da deferência – do controle de constitucionalidade (WINKLER, Adam. Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts. *Vanderbilt Law Review*, v. 59, 2006. p. 799). Para Tribe, em *Carolene Products* a Suprema Corte declarou que manteria regulações na esfera socioeconômica se qualquer conjunto de fatos conhecidos, ou que pudessem ser inferidos, suportasse a decisão política. Tal controle limitado acabou por se tornar quase que uma abdicação judicial completa. A Corte passou a usar fatos e razões hipotéticas para manter leis sobre economia e saúde ou mesmo, em certos casos, sem qualquer razão substantiva. TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000. p. 1.362.

124. A Suprema Corte decidiu que a lei de Oklahoma que previa a possibilidade da esterilização de criminosos após a terceira condenação configurava uma ofensa a um importante direito fundamental, o direito à reprodução. Além disso, a não previsão da esterilização para crimes de colarinho branco violava a Cláusula de Igual Proteção da 14ª Emenda Constitucional: "He is forever deprived of a basic liberty. We mention these matters not to reexamine the scope of the police power

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 66 21/10/2015 14:33:30

of the States. We advert to them merely in emphasis of our view that strict scrutiny of the classification which a State makes in a sterilization law is essential, lest unwillingly or otherwise invidious discriminations are made against groups or types of individuals in violation of the constitutional guaranty of just and equal laws."

125. "It should be noted, to begin with, that all legal restrictions which curtail the civil rights of a single racial group are immediately suspect. That is not to say that all such restrictions are unconstitutional. It is to say that courts must subject them to the most rigid scrutiny. Pressing public necessity may sometimes justify the existence of such restrictions; racial antagonism never can."
126. "The story of Japanese Americans and strict scrutiny begins with Hirabayashi v. United States and Korematsu v. United States. In these cases, the Court justified its upholding of race-based restrictions on American citizens of Japanese ancestry on the grounds of the exceptional demands of wartime military necessity" (ROBINSON, Greg; ROBINSON, Toni. *Korematsu* and beyond: Japanese Americans and the origins of strict scrutiny. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, 2005. p. 30).
127. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Também podem ser utilizados os seguintes critérios: "(1) O primeiro aspecto a ser considerado é o *grau de legitimidade* democrática do ato normativo. (...) (2) A democracia também deve calibrar a autocontenção judicial num sentido inverso. (...) (3) Critério igualmente importante se relaciona à proteção de minorias estigmatizadas. (...) (4) Outro critério diz respeito à relevância material do direito fundamental em jogo. (...) (5) Outro importante elemento a ser considerado é a comparação entre as capacidades institucionais do Poder Judiciário e do órgão que editou o ato normativo discutido. (...) (6) Finalmente, outro elemento a ser considerado é a época de edição do ato normativo" (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. p. 460-3).
128. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
129. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Jurisdição constitucional, ativismo e democracia*. Conferência de abertura na IX Convenção Latino-americana de Direito (Colad), Curitiba, Paraná, em 27 de outubro de 2011.
130. Deve-se anotar que, entre nós, o postulado da proporcionalidade é amplamente utilizado como instrumento de controle dos atos do Poder Público: "Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 67 21/10/2015 14:33:30

do meio?)" (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 112-3). Ver também: SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais*. p. 167-82.

131. Ver: GARGARELLA, Roberto. *El Derecho a la Protesta*: el primer derecho. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005. Para quem o direito ao protesto é o "primeiro direito", permite demandar a recuperação dos outros direitos.
132. Fiss procura redefinir o papel do Estado no que tange à liberdade de expressão. Ao invés de apenas pensar em tal direito em termos antagônicos com o Estado, seria possível ver a liberdade de expressão como um direito público, instrumento da autodeterminação coletiva, e o Estado como um "amigo da liberdade" de expressão. FISS, Owen. *Libertad de Expresión y Estructura Social*. México, D.F.: Fontamara, 1997. p. 13-4.
133. "(...) refletindo assim um compromisso constitucional cada vez mais forte com a ideia de que todos os cidadãos qualificados para tal devem participar da tomada de decisões públicas" (ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*. p. 165).
134. De acordo com o tipo de discriminação e como ela incide sobre uma minoria. Em casos de "classificações suspeitas" o nível de escrutínio por parte da Corte precisa ser elevado para proteger as minorias. Algumas leis podem "passar no teste", mas a maioria deve acabar por ser declarada inconstitucional diante da dificuldade por parte do governo em justificar a medida discriminatória. Além disso, no caso de classificações "quase suspeitas", o nível intermediário de escrutínio é recomendado. Contudo, nem a própria definição de "classificações suspeitas" é pacífica. Alguns Tribunais podem enfatizar a questão da minoria ser "discreta e insular", outros podem se concentrar na imutabilidade de características do grupo e ainda também podem enfatizar com o histórico de discriminação relacionado ao grupo minoritário. Para Marcy Strauss: "Thus, although described in different ways, the basic factors for determining suspect class status were in place by the early 1980s: (1) prejudice against a discrete and insular minority; (2) history of discrimination against the group; (3) the ability of the group to seek political redress (i.e., political powerlessness); (4) the immutability of the group's defining trait; and (5) the relevancy of that trait. Using some combination of these factors, the Court has deemed various groups suspect, others quasi-suspect, and still others nonsuspect since the 1970s. Facial classifications based on race, national origin, and religion are considered suspect and receive strict scrutiny. Gender and illegitimacy are considered quasi-suspect and receive intermediate scrutiny. Age, socioeconomic status, and mental disability are subject to rational basis review. All other classifications (such as sexual orientation) either have not been decided or are reviewed under the default rational basis standard" (STRAUSS, Marcy. Reevaluating Suspect Classifications. *Seattle University Law Review*, v. 35, 2011. p. 146.)
135. De acordo com Barroso, "deve-se aceitar uma noção de dignidade humana aberta, plástica e plural. Grosso modo, esta é a minha concepção minimalista: a dig-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 68 21/10/2015 14:33:31

nidade humana identifica 1. O valor intrínseco de todos os seres humanos; assim como 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)" (BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 72).

136. "(...) eles são, em sentido material, direitos a ações positivas fáticas, que, se o indivíduo tivesse condições financeiras e encontrasse no mercado oferta suficiente, poderia obtê-las de particulares, porém, na ausências destas condições e, considerando a importância destas prestações, cuja outorga ou não-outorga não pode permanecer nas mãos da simples maioria parlamentar, podem ser dirigidas contra o Estado por força de disposição constitucional" (LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 89).

137. "O mínimo existencial, na qualidade de direito fundamental, exibe, como este, as suas facetas de direito subjetivo e de norma objetiva. Como *direito subjetivo* investe o cidadão na faculdade de acionar as garantias processuais e institucionais na defesa dos seus direitos mínimos. Do ponto de vista *objetivo* o mínimo existencial aparece como norma de declaração de direitos fundamentais, que deve cobrir o campo mais amplo das pretensões da cidadania. Mas, sendo pré-constitucional, não lhe prejudica a eficácia a circunstância de se encontrar implícito no discurso constitucional" (TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 38-9).

138. A legislação perfeccionista pode ser apresentar de diferentes maneiras, por isso, envolve discussões sobre o controle sobre o consumo de drogas, de bebida no trânsito, de cigarros em ambientes públicos e o direito à saúde. O perfeccionismo se caracteriza por entender que aquilo que é bom para um indivíduo ou satisfaz seus interesses é independente de seus próprios desejos ou da escolha de sua forma de vida; logo, cabe ao Estado escolher quais valores e planos de vida são objetivamente melhores para os indivíduos. NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*: un ensayo de fundamentación. Buenos Aires: Astrea, 1989.

139. ACKERMAN, Bruce. *We the people*: Foundations. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

140. "I maintain that democracy should not be understood as simple majoritarianism – let the political branches have their say – but rather as a deep and broad-based deliberative process in which we – all of us – give content to the values that define us as a nation. Constitutional pronouncements do not prevent or even stifle such deliberations, but rather, by fully revealing the threat that is posed to our basic commitments, give such deliberations a certain vitality" (FISS, Owen. The Perils of Minimalism. *Theoretical Inquires in Law*, v. 9, 2008. p. 647-8).

141. Ver, a respeito: TUSHNET, Mark. *I Dissent*: Great Opposing Opinions in Landmark Supreme Court Cases. Boston: Beacon Press, 2008. "Sem dúvida, o escru-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 69 21/10/2015 14:33:31

tínio intertemporal das decisões da Suprema Corte, que jamais se confunde com desacato, autoriza afirmar que determinado voto dissidente é que era o melhor, merecendo servir como inspiração para mudança de opinião, a par de alento para movimentos em defesa dos direitos civis, novas posturas ambientais e abordagens morais civilizatórias. Não são inusuais os casos em que a maioria da Corte entendeu de acordo com tendências epocais e tomou rumos interpretativos que conflitam com os anseios das gerações futuras. Em contrapartida, alguns votos dissidentes deixaram transparecer que foram prolatados com visão de longo prazo, amparados em perspectiva que faltou à maioria" (WEDY, Gabriel. FREITAS, Juarez. O legado dos votos vencidos na Suprema Corte dos Estados Unidos. *Revista Consultor Jurídico*. 26 de março de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-26/legado-votos-vencidos-suprema-corte-estados-unidos>. Acesso em 26.03.2015).

Referências

ACKERMAN, Bruce. Beyond Carolene Products. *Harvard Law Review*, v. 98, n. 4, 1985.

_____. *We the people*: Foundations. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

_____. *We the people*: Transformations. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

ARENDT, Hannah. *The origins of the totalitarianism*. San Diego: Harcourt Brace, 1976.

ARISTOTLE. *Politics*. London: William Heinemann, 1932.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2004.

BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. Understanding the Constitutional Revolution. *Virginia Law Review*, v. 87, n. 6, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. *A razão sem voto*: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade Democrática. *Revista de Direito do Estado*, n. 13, jan./mar. 2009.

_____. Não tenho nenhum orgulho do volume de processos que o Supremo julga. *Os constitucionalistas*, 23.02.2015. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/entrevista-luis-roberto-barroso-nao-tenho-nenhum-orgulho-do-volume-de-processos-que-o-supremo-julga> Acesso em: 02.03.2015.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2011.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 70 21/10/2015 14:33:31

_____. *O novo direito constitucional brasileiro*: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*: The Supreme Court at the Bar of Politics. New Haven: Yale University Press, 1986.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BREST, Paul. The Fundamental Rights Controversy: The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship. *Yale Law Journal*, v. 90, 1981.

BREYER, Stephen. *Active Liberty*. Vintage: New York, 2006.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Jurisdição constitucional, ativismo e democracia*. Conferência de abertura na IX Convenção Latino-americana de Direito (Colad), Curitiba, Paraná, em 27 de outubro de 2011.

_____. *Medidas provisórias*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____; FREIRE, Alexandre. *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2014.

COVER, Robert. The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities. *The Yale Law Journal*, v. 91, n. 7, 1983.

DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioecnomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitucional Law*. v. 5, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2006.

FALLON JR., Richard H. Strict Judicial Scrutiny. *University of California Law Review*, v. 54, 2007.

FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. *Law and contemporary problems*, v. 65, n. 3, 2002.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 71 21/10/2015 14:33:31

FISS, Owen. A Life Lived Twice. *Yale Law Journal*, v. 100, 1991.

_____. *Libertad de expresión y estructura social*. México, D.F.: Fontamara, 1997.

_____. The Perils of Minimalism. *Theoretical Inquires in law*, v. 9, 2008.

GARGARELLA, Roberto. *El Derecho a la protesta*: el primer derecho. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Cambridge: The MIT Press, 1998.

_____. *Theory and practice*. Boston: Beacon Press, 1973.

HAMILTON; MADISON; JAY. *O federalista*. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HIRST, Paul. *Representative democracy and its limits*. Cambridge: Polity Press, 1990.

HOBBES, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Ícone, 2000.

KELSEN, H. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LORENZETTO, Bruno Meneses. *Direito e desconstrução*: as aporias do tempo, do direito e da violência. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

_____. *Os caminhos do constitucionalismo para a democracia*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

MATHEWS, Jud; SWEET, Alec Stone. All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing. *Emory Law Journal*, v. 60, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORO, Sergio Fernando. *Legislação suspeita*? Afastamento da presunção de constitucionalidade da lei. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

MOUFFE, Chantal. *El retorno de lo político*. Barcelona: Paidós, 1999.

NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito*: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*: un ensayo de fundamentación. Buenos Aires: Astrea, 1989.

_____. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.

POSNER, Richard. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, v. 100, 2012.

ROBINSON, Greg; ROBINSON, Toni. *Korematsu* and beyond: Japanese Americans and the origins of strict scrutiny. *Law and contemporary problems*, v. 68, 2005.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 72 21/10/2015 14:33:31

SHAPIRO, Ian. *The state of democratic theory*. Princeton: Princeton University Press, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRAUSS, David A. Is Carolene Products Obsolete? *University of Illinois Law Review*, vol. 2010, n. 4, 2010.

_____. *The living constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

STRAUSS, Marcy. Reevaluating Suspect Classifications. *Seattle University Law Review*, v. 35, 2011.

SUNSTEIN, Cass. If People Would be Outraged by Their Rulings, Should Judges Care? *Stanford Law Review*, v. 60, 2007.

_____. Justice Breyer´s Democratic Pragmatism. *The Yale Law Journal*, v. 115, n. 7, 2006.

_____. *One case at a time*: Judicial Minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

_____. *The partial constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

THAYER, James Bradley. *The origin and scope of the American doctrine of constitutional law*. Boston: Little, Brown and Company, 1893.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRIBE, Laurence. *American constitutional law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000.

_____. *Constitutional choices*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

_____. *The invisible constitution*. New York: Oxford University Press, 2008.

_____. The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories. *Yale Law Journal*. v. 89, 1980.

TUSHNET, Mark. *I dissent*: Great Opposing Opinions in Landmark Supreme Court Cases. Boston: Beacon Press, 2008.

_____. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

VELASCO, Marina. *O que é justiça*: o justo e o injusto na pesquisa filosófica. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição como Reserva de Justiça. *Lua Nova*, n. 42, 1997.

WEDY, Gabriel; FREITAS, Juarez. O legado dos votos vencidos na Suprema Corte dos Estados Unidos. *Revista Consultor Jurídico*. 26 de março de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-26/legado-votos-vencidos-suprema-corte-estados-unidos>. Acesso em: 26.03.2015

WINKLER, Adam. Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts. *Vanderbilt Law Review*, v. 59, 2006.

YOSHINO, Kenji. The Gay Tipping Point. *UCLA Law Review*, v. 57, 2010.

ZIETLOW, Rebecca E. The Judicial Restraint of the Warren Court (and Why it Matters). *Ohio State Law Journal*, v. 69, 2008.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 73 21/10/2015 14:33:31

Doutrina

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 76 21/10/2015 14:33:31

Averbação do sobrenome do padrasto ou madrasta, requisitos legais e proteção contra o uso indevido da faculdade

Carlos Henrique Licheski Klein[1]
Juiz Substituto em 2º Grau no Tribunal de Justiça do Paraná

Introdução

No ano de 2009 (17 de abril), ao acolher o Projeto 206/2007, de autoria do deputado federal Clodovil Hernandes, entrou em vigor a Lei 11.924/09, que promoveu alteração no artigo 57 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), introduzindo o parágrafo 8º, com a seguinte redação:

> § 8º. O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família.

O principal fundamento da alteração legislativa decorre de circunstância fática, tantas vezes repetida e conhecida pela sabedoria popular, que diz que "pai [ou mãe] é quem cria!"[2], de sorte que, muitas vezes, a relação afetiva, os vínculos psicológicos entre o "criador" e o enteado ou enteada são tão ou mais fortes que os vínculos com pai e mãe biológicos.

A lei em questão, realisticamente, passou a tratar e considerar a substância da relação afetiva, que se constrói e desenvolve ao longo de anos de cuidado, dedicação, cooperação, afinidade, preocupação permanente

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 77 21/10/2015 14:33:31

com o bem-estar etc., tudo com o escopo de permitir que enteado ou enteada se desenvolvam plenamente, tornando-se adultos aptos ao convívio social autônomo, livre, ético, solidário, como solidária é a conduta de quem acompanha a criação, com os cuidados e atenções necessários.

Ainda, a lei contempla outra realidade atual, que envolve famílias primitivas desfeitas e a formação de novos núcleos, ampliando o conceito de família e reconhecendo a existência, em possível harmonia, de novas famílias ou núcleos familiares compostos por pais e mães separados, padrastos e madrastas, além de filhos do novo casal ou oriundos de outros casamentos.

Convive-se com a realidade, conformando-se o direito para dar-lhe roupagem moderna, atual, de proteção dos novos interesses e direitos que surgem.

A jurisprudência, aliás, já acolhia referida pretensão, conforme se pode constatar pela simples consulta às notas ao referido parágrafo, no *Código Civil e Legislação em Vigor* de Theotonio Negrão, Saraiva, 32ª Ed., 2013, nota 8, em destaque o reconhecimento da existência de intensos laços afetivos entre a enteada (REsp 220.059, rel. Min. Ruy Rosado) e entre a requerente e as pessoas que a criaram (REsp 605.708), o primeiro ainda no ano 2000 e o segundo em 2008, como fundamento da alteração.

À época, a alteração encontrava amparo no art. 56 da Lei 6.015/73, que permitia ao interessado modificar seu nome, sem prejuízo dos apelidos de família, utilizando-se também do disposto no art. 57 da referida lei, assentando o relator:

> Devo registrar, finalmente, que são dois os valores em colisão: de um lado, o interesse público de imutabilidade do nome pelo qual a pessoa se relaciona na vida civil; de outro, o direito da pessoa de portar o nome que não a exponha a constrangimentos e corresponda à sua realidade familiar. Para atender a este, que me parece prevalente, a doutrina e jurisprudência têm liberalizado a interpretação do princípio da imutabilidade, já fragilizado pela própria lei, a fim de permitir, mesmo depois do prazo de um ano subsequente à maioridade, a alteração posterior do nome, desde que daí não de-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 78 21/10/2015 14:33:31

> corra prejuízo grave ao interesse público, que o princípio da imutabilidade preserva. A situação dos autos evidencia a necessidade de ser aplicada essa orientação mas compreensiva da realidade e dos valores humanos em causa.

O voto ainda destaca que a requerente teria sido abandonada pelo pai biológico ainda jovem, em tenra idade, e foi acolhida pelo padrasto que a criou "*e como verdadeiro pai se apresenta perante a sociedade*", justificando e legitimando que ela, requerente, quisesse lhe prestar justa homenagem.

Requisitos

Compreendido o escopo da lei, inclusive com antecedentes históricos e jurisprudência, é necessário dizer que tal dispositivo, ao tempo em que moderniza as relações, não pode ser tratado com excessiva e perniciosa amplitude, seja para não comprometer sua finalidade, seja para coibir o uso indevido, com riscos evidentes para a criança ou adolescente, principal beneficiada e interessada na modificação.

O pedido de modificação não contempla requisitos formais de excessivo rigor, eis que a hipótese é de jurisdição voluntária, observados os termos do art. 1.103 e seguintes do Código de Processo Civil, exigindo, tão somente, a intervenção do Ministério Público e a citação de todos os interessados e, no caso, como requisito *específico*, a manifestação do padrasto ou madrasta, declinando a expressa concordância.

Podem os requisitos ser assim resumidos, ordenadamente:

a) somente por exceção (art. 57, *caput*);

b) citação de todos os interessados;

c) concordância expressa do padrasto ou madrasta;

d) motivo ponderável;

e) que não haja prejuízo aos apelidos de família;

f) requerimento formulado por enteada ou enteado (interpretação conjunta com o art. 56 da LRP) e

g) intervenção do Ministério Público.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 79 21/10/2015 14:33:31

É desnecessária, me parece, a citação do cônjuge do padrasto ou madrasta, se casado for, em novas núpcias, bem assim de eventuais herdeiros daquele(a), considerando que referida alteração, como é cediço, não importa qualquer efeito patrimonial, somente possível com a adoção.

E, por fim, a citação do genitor ou genitora, *como exceção à regra*, partindo-se do pressuposto de que, *em condições excepcionalíssimas*, se admita o pleito quando a inclusão for requerida pela criança ou adolescente, representada pelo outro genitor.

O pedido do menor representado somente deveria ser admitido em condições excepcionalíssimas

Tratando-se de maior, capaz, no pleno domínio de suas faculdades mentais, *só a ele* e ao *homenageado* interessa a alteração, dispensável a manifestação de qualquer outro, exceção feita, como antes reportado, ao Ministério Público.

A questão que enseja maior cuidado é a admissão de pleito de menor, ainda representado por um dos genitores.

Inicialmente, *como regra geral*, penso que o pedido do menor representado somente deveria ser admitido em condições excepcionalíssimas, exemplificativamente em hipóteses em que não fosse possível aguardar a maioridade deste, em que um dos dois estivesse gravemente enfermo, sem perspectiva de cura.

É que o direito ao nome está ligado ao sentimento de pertencimento, direito da personalidade e, portanto, *personalíssimo*.

Como leciona Luiz Guilherme Loureiro[3], em que pese os avanços tecnológicos, a biometria, os números como identificação (CPF, RG), "*o nome, invocador de toda uma história, de um passado e de uma tradição familiar, continua a ser um importante elemento de identificação e, mais que isso, um direito da personalidade*", acrescentando, em seguida, que "*mais que um mero sinal identificador do indivíduo, o nome constitui* um direito inerente ao ser humano*, de tal forma que não pode existir pessoa natural sem nome (necessidade), tampouco é possível a sua renúncia*".

Ou seja, direito que integra o direito da personalidade é personalíssimo, imaterial, mas suscetível de proteção jurídica, tanto que o uso

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 80 21/10/2015 14:33:32

indevido do nome pode e deve ser reprimido. E, como direito personalíssimo ligado à honra e imagem, estando vivo o titular, *é intransferível* e irrenunciável.

Caio Mário da Silva Pereira[4], se dúvida houver, esclarece que "em linhas gerais os direitos da personalidade envolvem o direito à vida, à liberdade, ao próprio corpo, à incolumidade física, à proteção da intimidade, à integridade moral, à preservação da própria imagem, *ao nome*, às obras de criação do indivíduo e tudo mais que seja digno de proteção, amparo e defesa na ordem constitucional, penal, administrativa, processual e civil".

Então, nesta ordem de ideias, um último requisito seria exigível, *como regra*, e consistiria na plena capacidade do requerente para o exercício do direito de ação, dos atos da vida civil, ou seja, que se trate de pessoa maior ou emancipada.

Proteção contra o uso indevido da faculdade

O uso indevido da faculdade – que me ocorre neste momento e não exclui outros – resulta da constatação de que a criança ou adolescente, no mais das vezes, fruto da sua justificável inexperiência, desenvolvimento incompleto, falta de autonomia econômica ou de autodeterminação, até atingir os dezoito anos de idade, salvo exceções, não se apresenta em condições de decidir e optar validamente.

Recorrendo novamente às sábias palavras de Caio Mário[5], *"o verdor dos anos e a consequente inexperiência, o incompleto desenvolvimento das faculdades intelectuais, a facilidade de se deixar influenciar por outrem, a falta de autodeterminação e auto-orientação impõem ao menor a completa abolição da capacidade de ação"*.

Salienta o mestre que "o direito quer a proteção dos menores", e aqui, mais que em qualquer outra situação, o interesse do menor demanda a sensibilidade necessária para excluir, salvo circunstância excepcionalíssima, o direito de decidir ou de ser representado.

É necessário aprofundar, buscar o escopo da lei, observando que a alteração do nome é exceção à regra, bem assim a representação.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 81 21/10/2015 14:33:32

Traçando um paralelo, o artigo 56 da Lei de Registros Públicos diz que é dado ao interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, pessoalmente ou por bastante procurador, alterar o nome, *desde que não prejudique os apelidos de família*, averbando-se alteração que será publicada pela imprensa. A lei lhe reservou – ao interessado somente – esta prerrogativa.

Referido dispositivo, cuja interpretação foi, aos poucos, sendo mitigada pelos tribunais – mas também constitui exceção –, permite que somente o próprio interessado busque a alteração do registro de nascimento.

É que o nome, como vimos acima, "*é um dos atributos da personalidade. O nome é mecanismo de identificação do sujeito, juntamente com outros atributos da personalidade: a capacidade, a fama, o status (individual, social, familiar e político) e o domicílio*" e constitui direito e dever na medida em que *"sob a ótica do direito privado, as pessoas naturais e jurídicas têm o direito ao nome (Namensrecht), dada sua condição de ser sujeito do direito à identidade, ao passo que do ponto de vista da ordem pública, esses sujeitos de direito, titulares do nome, têm a obrigação e ter um nome (Namenspflicht), a fim de que possam ser identificados perante a sociedade e o poder público*"[6].

Segundo Washington de Barros Monteiro, "*um dos mais importantes atributos da pessoa natural, ao lado da capacidade civil e do estado, é o nome. O homem recebe-o ao nascer e conserva-o até a morte. Um e outro se encontram eterna e indissoluvelmente ligados. Em todos os acontecimentos da vida individual, familiar e social, em todos os atos jurídicos, em todos os momentos, o homem tem de apresentar-se com o nome que lhe foi atribuído e com que foi registrado*" (*Curso de Direito Civil*, vol. 1, p. 100, 39ª ed., Saraiva).

Quanto ao patronímico ou apelido de família, o mesmo Nelson Nery anota que é ele imutável, tal sua grandeza, convindo, por oportuna, a transcrição do seguinte:

> Os elementos fundamentais do nome; a) prenome...; b) pelo sobrenome ou patronímico de família (nomen = nome em sentido estrito) (nome de família, cognome), indicativo de origem, família

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 82 21/10/2015 14:33:32

> e estirpe da pessoa, que pode ser formado pelos apelidos de família do pai, da mãe ou de ambos, bem como de outros elementos que podem vir a ser adotados como indicativos da individualidade do sujeito (Op. cit., p. 278).

A regra, segundo o mesmo autor e todos os demais, com as exceções que a lei contempla, é a *imutabilidade do nome* (*Op. cit*., fls. 278, item 10).

Na mesma linha está a jurisprudência, conforme segue:

> Registro civil. Nome. Alteração pretendida mediante supressão dos patronímicos. Inviabilidade. – Após o decurso do primeiro ano da maioridade, só se admitem modificações do nome em caráter excepcional e mediante comprovação de justo motivo, circunstâncias não configuradas no caso. Recurso especial não conhecido (REsp 439.636/SP, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 15/10/2002, DJ 17/02/2003, p. 288).

O nome, portanto, é atributo pessoal, modificável apenas excepcionalmente, por absoluta necessidade ou vontade do interessado, desde que o faça por motivo justificável, ponderável.

Relembrando, para enfatizar: a alteração legislativa buscava justa homenagem ao padrasto ou madrasta que, ao longo da vida, infância e criação, mereceu o afeto e a distinção de ter seu nome acrescentado ao nome daquele ao qual dedicou carinho e atenção inestimável, por julgamento e opção deste.

É retribuição que deve ser reservada e decidida, salvo excepcionalíssimas situações, pelos interessados na alteração, ao que homenageia e ao homenageado, sem qualquer intervenção ou interferência de terceiros, inclusive da mãe ou pai biológicos, observada a regra do art. 56 da Lei de Registros Públicos.

É que, se em algumas situações – de vexame público, por exemplo – a alteração não pode esperar, a espera nesta hipótese é apenas confirmação do merecimento e da intenção de homenagear.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 83 21/10/2015 14:33:32

A alteração do nome não decorre e não pode se sustentar nos afetos ou desafetos maternos ou paternos, pois a ligação entre casais não necessariamente se reflete entre padrasto/madrasta e enteada/enteado, e pode, também, não ser suficientemente duradoura.

Na modernidade não é incomum casais com diversas núpcias e filhos dos diversos casamentos.

Não é demais lembrar que o casamento, instituição que já foi muito prestigiada e indissolúvel, hoje pode ter por termo uma simples escritura pública (art. 1.124-A do CPC), alteração legislativa que apenas reflete o rompimento das barreiras psicológicas anteriormente existentes para a dissolução da sociedade conjugal.

Consultar a criança ou adolescente sobre seu interesse em alterar o nome ou ceder ao seu pleito não é correto e sua opinião sequer é relevante

Logo, não seria de autorizar uma criança ou adolescente, *representada*, a buscar a alteração de nome, pois múltiplos são os inconvenientes, lembrando que podem vir de lares desfeitos, de separações traumáticas, para eles ou para os genitores, de sorte que a alteração, antes de traduzir ato de amor e afeto, pode apenas resultar da ira, da pressão do genitor mais próximo, das mágoas pequenas ou grandes entre pai/mãe e filho/filha, sem que se saiba exatamente os motivos ou sem que eles sequer estejam lá, certos, identificados, amadurecidos, verdadeiros.

Consultar a criança ou adolescente sobre seu interesse em alterar o nome ou ceder ao seu pleito não é correto e sua opinião sequer é relevante, pois não conhece as implicações e a importância de carregar o nome paterno/materno, assim como não tem condições de avaliar a separação de seus genitores ou o afastamento temporário de um deles.

Admitindo que a hipótese seja de separação dos cônjuges, vínculos ainda tênues ou não suficientemente consolidados, e de uma personalidade ainda em formação, incapaz, por isso mesmo, de decidir e optar validamente, não se pode autorizar a alteração.

Aliás, qualquer dos cônjuges que patrocine alteração desta ordem, com raríssimas exceções, demonstra que, ao fundo da pretendida mudança, há uma relação entre genitores e filho(s) marcada pela separa-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 84 21/10/2015 14:33:32

ção do casal, com todos os malefícios que isto representa para os filhos menores.

Seria já o suficiente para afastar a alteração, mais ainda quando os autos não revelem qualquer fato que justifique um relacionamento conturbado entre pai/mãe e filho (motivo ponderável, como o abandono injustificável).

É de se avaliar que uma criança ou adolescente, no momento da separação de seus genitores, pode não estar apta para formular juízo correto de valor sobre a conduta de um e outro, senão daquilo que lhes trazem eles próprios e os familiares de ambos.

É oportuno o escólio de Maria Berenice Dias[7]:

> Grande parte das separações produz efeitos traumáticos que vêm acompanhados dos sentimentos de abandono, rejeição e traição. Quando não há uma elaboração adequada do luto conjugal, tem início um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge. Os filhos são levados a rejeitar o genitor, a odiá-lo. Tornam-se instrumentos da agressividade direcionada ao parceiro. A forma encontrada para compensar o abandono, a perda do sonho do amor eterno, acaba recaindo sobre os filhos, impedindo que os pais com eles convivam.

Autorizar a alteração nestas circunstâncias, por incapaz representado, implicaria, no mais das vezes, contribuir para a alienação parental[8], eis que um delicado vínculo existente entre pai/mãe e filho pode ser originado por condutas e resistências incompreensíveis advindas do traumático final da relação.

Logo, nesse quadro, que é comum, de possível alienação parental, de tenra idade ou de sujeição emocional e econômica de quem "pretende" a alteração, não vislumbro benefício qualquer no acréscimo do patronímico do padrasto/madrasta.

Primeiro, porque não atenderia a efetivo interesse do menor – ou o risco de não atender seria maior que o benefício – e, de regra, atenderia mais aos afetos e/ou desafetos de quem detém a guarda e representação do menor, influenciável pelas opiniões maternas/paternas, quando –

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 85 21/10/2015 14:33:32

aqui já posso dizer – a "vítima" é incapaz de estabelecer juízos próprios e válidos; *segundo*, pois não reflete o escopo da lei, na medida em que o que se buscava era o reconhecimento de uma relação afetiva intensa e *consolidada*, o que exige maturidade e independência; *terceiro*, porque admitir a alteração do nome, com inclusão do nome do padrasto, pode representar o afastamento definitivo e permanente do pai/mãe biológico, sem investigação ou causa conhecida, servindo o Poder Judiciário tão somente para referendar uma situação de alienação parental; *quarto*, porque a alteração por motivos injustificados ou incertos não pode ser obtida em decorrência de mero capricho do incapaz ou de um dos genitores, ou para igualar os que não são iguais (filhos de casamentos distintos, p. ex.), certo que não educa nem contribui para a formação da personalidade do incapaz.

A jurisprudência, em situações semelhantes, assevera o seguinte:

> Direito civil. Recurso especial. Impossibilidade. Alteração. Sobrenome. Menor absolutamente incapaz. Inexistência. Justo motivo. Art. 56 Da lei 6.015/73. 1. Malgrado seja possível à autora, na qualidade de menor impúbere, devidamente representada por sua mãe, pretender a retificação no registro civil, é imprescindível a caracterização de justo motivo. Inexistente na espécie. Precedentes. 2. Recurso especial não conhecido (REsp 30225/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves).

> Civil. Alteração de sobrenome. Lei n. 6.015/73, Art. 56. Menor relativamente incapaz. Justo motivo não configurado. Improcedência do pedido. I. Nos termos do art. 56 da Lei de Registros Públicos, ao atingir a maioridade civil, o interessado disporá de um ano para postular a alteração do seu nome, com as limitações da espécie. II. Admite-se tempero em tal regra, para que o menor possa pleitear a alteração, devidamente representado ou assistido pelos pais, porém desde que configurado justo motivo, aqui inocorrente. III. Recurso especial não conhecido (REsp 345.456/MG, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 27/11/2001, DJ 22/04/2002, p. 214).

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 86 21/10/2015 14:33:32

> Civil. Alteração de nome requerida por menor impúbere. Inexistência de justo motivo. Ainda que se admita possa o menor impúbere, devidamente representado por sua mãe, postular pela retificação de assento civil, não se verifica, na hipótese, justo motivo para tanto.
> VOTO
> Recolho do r. aresto recorrido, as seguintes passagens:
> [...] A desavença havida entre a mãe do requerente e que levou à separação, seria o motivo de desejar aquela, sem a aquiescência do pai, retirar do filho o apelido do marido, a identificação plena do pai. Esse motivo não é nobre. E nem se justifica pelo fato de não expor o filho a nenhum constrangimento. Tanto o interesse da representante do incapaz não vem marcado pelo interesse do filho, que o nome proposto seria Ney Nicolau da Silva, quando o requerente se chama Ney Farias da Silva Filho, com a clara supressão do apelido do marido e pai 'Farias', nome de família da avó paterna. Não se está com isso, a negar-se, o que a jurisprudência tem aceito, a possibilidade de incluir-se o apelido da família da mãe no nome do filho. No caso, não há justificativa para isso, o nome identifica o pai, a ascendência paterna e o pedido, ao que se tem da inicial, vem marcado pelo claro desejo de punição da mulher contra o ex-marido, pai do requerente. Isso é o que se infere da inicial.
> Não há motivo, ou se há, o motivo não vem marcado pela necessidade e nem pela nobreza de princípio e nem tem o condão de evitar qualquer constrangimento ao requerente, tanto que, inexistente. O requerente, quando atingida a maioridade civil, poderá melhor avaliar as razões de fundo sentimental ou de 'continuidade hereditária' para querendo, receber a alteração de seu nome. Por ora, nada justifica o pedido. [...]
> Recurso não conhecido (REsp 101.996/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 18/05/2000, DJ 14/08/2000, p. 174).

Ao meu sentir, portanto, a alteração e a inclusão do nome, dos apelidos de família de padrasto ou madrasta devem ser formulados pelo

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 87 21/10/2015 14:33:32

próprio interessado, eis que se trata de direito personalíssimo, de cunho não patrimonial e que, de regra, necessita ser amadurecido para ser exercido.

Quando isto não ocorrer e, justificadamente, for exercido por representação, a idade do incapaz e o tempo de convivência devem ser considerados como fatores relevantes para autorizar o exercício do direito por representação, atentando-se para possíveis situações de submissão ou influência, que não atendem ao direito e ao interesse do incapaz.

Colhe-se da jurisprudência:

> Agravo de instrumento. Alteração de registro de nascimento. Inclusão do patronímico do padrasto ao nome da enteada. Oitiva do genitor biológico. Necessidade. Direito ao nome, elemento identificador do indivíduo. Exercício do poder familiar. Inovação legislativa que impõe o preenchimento de requisitos legalmente fixados.
>
> A Lei 11.924/09 alterou o artigo 57 da Lei 6015, acrescentando-lhe o § 8º, cuja regra permite ao enteado requerer a averbação em seu registro de patronímico do padrasto ou madrasta, sem prejuízo dos apelidos de família do requerente. A intenção do legislador não foi alijar o genitor biológico da vida de seu filho, mas franquear às famílias meios de demonstrar a posse de estado de filho que vivenciam. O prestígio ao vínculo afetivo não se confunde, porém, com permissivo à banalização de um dos mais relevantes elementos identificadores do ser humano, qual seja, o nome. A novel legislação, apesar de não fazer menção expressa ao consentimento do genitor, fala do cunho excepcional da alteração requerida, bem como exige a demonstração de 'motivo ponderável' e assim o é justamente porque a modificação ora postulada não se encontra ao alvedrio das partes. Genitor que se encontra no pleno exercício do poder familiar, competindo-lhe, notadamente em razão da tenra idade da menor impúbere, dirigir-lhe a criação e educação, bem como representá-la. Conhecimento e parcial provimento (Agravo de Instrumento nº 0008495-82.2010.8.19.00000 – Nona Câmara Cível Des. Rogério de Oliveira Souza – 29/06/2010 – TJ/RJ).

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 88 21/10/2015 14:33:32

Conclusão

O direito, como ciência cultural, não pode ficar alheio ao que a sociedade e os novos costumes impõem e modificam, cumprindo-lhe o permanente exercício da conformação para que possa seguir sempre servindo de instrumento de justiça e pacificação social.

Ao operador cabe, na complementação desta missão, estar atento para a realidade que o cerca, com o objetivo de não permitir que a utilização destes instrumentos sirva para propósitos escusos, inconfessáveis ou irremediavelmente danosos.

Retirar o nome do genitor ou genitora ou acrescentar ao nome de um filho a designação familiar de outrem, na nossa tradição jurídica e social, soa como ofensa pessoal, ato de repúdio, de desligamento, de estremecimento dos laços de pertencimento que unem pais e filhos, convindo que se restrinja a faculdade, sob pena do bem transformar-se em irremediável mal.

Notas

1. Carlos Henrique Licheski Klein. Juiz Substituto em 2º Grau no Tribunal de Justiça do Paraná. Pós-Graduado em Direito do Consumidor e Contratos – Universidade de Coimbra.
2. Referência no texto "Sobre a averbação do sobrenome do padrasto ou madrasta", Maurício Doutor, no sítio jus.com.br/artigos/12970
3. *Registros públicos, teoria e prática*, 6. ed. Método, p. 62.
4. *Instituições de direito civil*, 27. ed. revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes, Forense, vol. I, p. 205.
5. *Op. cit*., p. 232.
6. *Código Civil Comentado*, Revista dos Tribunais, 10. ed. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, p. 278.
7. *Alienação parental e suas consequências*, Maria Berenice Dias.
8. "Alienação Parental é um termo criado na década de 80 pelo Dr. Richard Gardner, um psiquiatra americano. Infelizmente, trata-se de um fenômeno tão comum e corriqueiro que dificilmente deixou de ser observado por uma pessoa em nossa sociedade, mesmo que esta não trabalhe diretamente com famílias e seus conflitos, nem tenha ouvido antes a expressão. Consiste em uma forma de abuso emocional, geralmente iniciado após a separação conjugal, no qual um genitor (o

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 89 21/10/2015 14:33:32

guardião) passa a fazer uma campanha desqualificadora e desmoralizadora do outro genitor, visando afastar dele a criança e destruir o vínculo afetivo existente ente os dois." *O efeito devastador da alienação parental; e suas sequelas psicológicas sobre o infante e genitor alienado* – Larissa A. Tavares Vieira e Ricardo Alexandre Aneas Botta,

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 90 21/10/2015 14:33:32

Os juizados especiais cíveis no Estado do Rio de Janeiro – A questão relativa às demandas de massa e o papel das turmas recursais na uniformização da jurisprudência[1]

Alexandre Chini[2]
Juiz de Direito do Estado do Rio de Janeiro

A busca por uma justiça restaurativa, célere e capaz de trazer a paz social é tão antiga quanto a própria ideia de justiça. João Miguel Galhardo Coelho, em seus *Julgados de paz e mediação de conflitos*[3], faz um resgate histórico: *"Em busca das menções mais remotas à figura dos Juízes de paz, encontramos, no Código Visigótico, referências aos* defensores *ou* assertores pacis*, importante corpo de magistrados investidos por especial autoridade real, com prerrogativa de 'fazer e manter a paz'... Outro indício histórico encontra-se nos forais dos conselhos portugueses da Idade Média, como o da vila acastelada de Caja (1260), onde pode ler--se 'O injuriado dê tréguas ao ofensor e receba a satisfação por autoridade do dito juiz e vizinhos'"*. O autor ainda faz referência às Ordenações Afonsinas, que estabelecem que "*os juízes devem muito trabalhar por trazer às partes a concórdia, e isto não é de necessidade, mas de honestidade e virtude por os tirar de trabalhos, omesios e despesas*"; bem como alude, outrossim, às Cortes de Elvas de 1481-82, às Ordenações Manuelinas e às Ordenações Filipinas.

Outro fato que deve ser observado é o da criação, no Brasil, pela Constituição de 1824, outorgada por D. Pedro I, da figura dos juízes de paz (art. 162), que não guarda relação com o atual modelo de simplificação procedimental introduzida pela Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, mas que, de qualquer forma, serviu de inspiração ao mesmo monarca ao outorgar em Portugal a Constituição de 1826.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 91 21/10/2015 14:33:32

Pois bem, no decorrer dos séculos, em Portugal, o modelo dos juízes de paz foi sendo aperfeiçoado até se transformar, com a edição da Lei 78, de 13 de julho de 2001, em uma nova categoria de tribunais vocacionados para a resolução de causas cíveis de menor complexidade.

De qualquer forma, a ideia de uma justiça simplificada no sistema jurídico brasileiro sempre esteve presente. Apenas para não cansar o leitor, cito os seguintes registros, selecionados em nota de pé de página por Felippe Borring Rocha, em seu *Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais*[4]:

> Art. 113, item 25 da Carta Constitucional de 1934: *"Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção; admitem-se, porém, Juízos especiais em razão da natureza das causas."*; art. 106 da CF de 1937: *"Os Estados poderão criar Juízes com investidura limitada no tempo e competência para julgamento das causas de pequeno valor, preparo das que excederem da sua alçada e substituição dos Juízes vitalícios."*; art. 124, XI, da CF de 1946: *"Os Estados organizarão a sua Justiça, com observância dos arts. 95 a 97 e também dos seguintes princípios: [...] poderão ser criados cargos de juízes togados com investidura limitada ou não a certo tempo, e competência para julgamento das causas de pequeno valor. Esses juízes poderão substituir os juízes vitalícios"* (com a EC 16/65, a redação do inc. XI ficou com a seguinte redação*: "Poderão ser criados cargos de juízes togados com investidura limitada ou não a certo tempo, e competência para julgamento de causas de pequeno valor. Esses juízes poderão substituir os vitalícios"*); art. 136 da Carta de 1967: *"Os Estados organizarão a sua Justiça [...] § 1º A lei poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça: b) Juízes togados com investidura limitada no tempo, os quais terão competência para julgamento de causas de pequeno valor e poderão substituir Juízes vitalícios*; art. 144, § 1º, b, da EC 1/69*: "Os Estados organizarão a sua justiça [...]A lei poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça: b) juízes togados com investidura limitada no tempo, os quais terão competência para julgamento de causas de pequeno valor e poderão substituir juízes vitalícios"* (com a EC 7/77, a redação do item b ficou assim*: "juízes togados com*

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 92 21/10/2015 14:33:32

investidura limitada no tempo, os quais terão competência para julgamento de causas de pequeno valor e de crime a que não seja cominada pena de reclusão, e poderão substituir os vitalícios"). Ver, também, na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LC 35/79), o art. 17 § 4º*: "Poderão os Estados instituir, mediante proposta do respectivo Tribunal de Justiça, ou Órgão Especial, juízes togados, com investidura limitada."*

No Brasil, o primeiro passo rumo à simplificação do procedimento veio com a promulgação do Código de Processo Civil de 1973. O rito sumário previsto no art. 275 do CPC foi uma tentativa de redução do tempo do processo em sentido estrito[5]. Contudo, o verdadeiro passo foi dado com a edição da Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984, que efetivamente criou um juizado competente para a solução das pequenas causas, assim consideradas em razão do seu valor.

Entretanto, somente em 1995 é que o atual modelo de juizados especiais cíveis foi implantado, através da Lei 9.099, que, atendendo a determinação do art. 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988, possibilitou que questões conflituosas que não eram conhecidas pelo velho modelo de justiça passassem a ser discutidas através do rito simplificado dos juizados especiais.

Por outro lado, na medida em que a Lei 9.099/95 facilitou o acesso à justiça, teve início um significativo aumento do número das demandas ajuizadas, transformando o sistema dos juizados no mais acalentado instrumento de exercício da cidadania e inclusão social disponível em nossa estrutura jurídica.

Nesse contexto, só a título de exemplo, no ano de 2014, foram tombados no sistema dos juizados[6] 888.574 novos processos, dos quais 119.342 foram objeto de recursos para as turmas recursais.

Assim, assegurar a celeridade, a qualidade técnica das decisões, bem como a segurança do sistema não é tarefa que se execute sem considerar fatores externos e internos que possam elevar o número de processos tombados ou a taxa de recorribilidade.

A verdade é que o sistema dos juizados especiais já contou com 71,8% da confiança da população[7] e que, no ano de 2014, representou

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 93 21/10/2015 14:33:32

53% de toda a demanda distribuída no Estado do Rio de Janeiro, ao custo total da atividade de 10,89%[8] de todo o gasto com a 1ª instância, ou seja, R$ 404.681.577,69 enquanto que a Justiça comum (1ª instância) custou R$ 2.790.246.418,90 e a 2ª instância R$ 519.506.243, de um total de R$ 3.714.434.240,04, referentes a toda a atividade judiciária do Estado.

Os dados estatísticos demonstram que o sistema dos juizados se revela como a forma economicamente mais viável de efetivação da tutela jurisdicional, se levarmos em conta o Relatório de Despesa do Poder Judiciário por atividade e categoria de 2014 – da Diretoria Geral de Planejamento, Acompanhamento e Finanças.

O sistema dos juizados se revela como a forma economicamente mais viável de efetivação da tutela jurisdicional

Por certo não é possível gerenciar este sistema sem organização, conhecimento (treinamento contínuo das pessoas envolvidas) e sem a adoção de métodos que imponham um conceito de controle de qualidade e padronização em todas as etapas da operação. Devemos buscar a eficiência na prestação dos serviços com o incentivo à conciliação, flexibilização procedimental[9] e com a implantação de um sistema de processamento eletrônico que torne mais segura e ágil a atividade cartorária.

Devemos buscar, também, a implantação de um modelo de gestão que contextualize um fluxograma de trabalho, readequando procedimentos que adotem controle de qualidade total, sobretudo para que estejamos preparados para enfrentar os fatores internos e externos que venham a interferir de forma negativa em toda a estrutura administrativa.

As demandas de massa, como, por exemplo, conflitos individuais de natureza multitudinárias, podem comprometer toda a estrutura dos juizados especiais cíveis, inviabilizando a prestação jurisdicional.

Exemplos recentes de conflitos individuais que se transformaram em processos de massa, de um dia para o outro, foram as questões relativas ao intitulado "Cartão Megabônus"[10] e as demandas relativas à cobrança de tarifa de esgoto[11], quando a concessionária não realiza a coleta, transporte e escoamento dos dejetos sanitários.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 94 21/10/2015 14:33:32

Explicando melhor: o Cartão Megabônus era uma modalidade de cartão pré-pago, oferecido geralmente a pessoas sem condições de obter créditos. O fato é que o referido cartão deu ensejo à propositura de grande número de ações, por propaganda enganosa, postulando os consumidores o cancelamento de seus cartões, a devolução das mensalidades pagas e indenização por danos morais, estes últimos sob o fundamento da frustração experimentada pelos autores, ao verificar que o cartão por eles contratado não lhes dava direito a nenhum crédito.

A onda de demandas só terminou quando foi editada a Súmula 147 do TJRJ nos seguintes termos:

> Nas ações indenizatórias decorrentes da contratação do 'Cartão Megabônus', os danos morais não podem ser considerados *in re ipsa*, cumprindo ao consumidor demonstrar a ofensa à honra, vergonha ou humilhação, decorrentes da frustração da expectativa de sua utilização como cartão de crédito.

Do mesmo modo, uma quantidade avassaladora de demandas foi proposta em busca da devolução da tarifa de esgotamento e de indenização por danos morais, ao argumento de que a cobrança da tarifa de esgoto pressupõe a prestação integral do serviço de esgotamento sanitário, e não apenas a realização da coleta, do transporte e do escoamento dos dejetos.

Contudo, apesar de algumas turmas recursais terem revisto seu entendimento inicial, a verdade é que este tipo de demanda de massa só terminou quando o Superior Tribunal de Justiça julgou o REsp 1.339.313/RJ[12], que reconheceu a legalidade da cobrança de tarifa de esgotamento sanitário.

A provocação que se faz é justamente a seguinte: ambas as demandas foram propostas inicialmente nos juizados, seja porque o sistema dos juizados é vocacionado à inclusão social e à democratização do Poder Judiciário, seja porque, no sistema dos juizados, as partes não necessitam ser representadas por advogados (art. 9º da Lei 9.099/95)[13] nas causas de até vinte salários mínimos, salvo para ofertar qualquer tipo de recurso, ou porque a sentença de primeiro grau não condenará

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 95 21/10/2015 14:33:32

o vencido nas custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé (art. 55).

Apesar de tudo, e isto é relevante, nenhuma das hipóteses citadas foi objeto de uniformização pelas turmas recursais, o que gerou decisões divergentes entre os colegiados, possibilitando que os juizados adotassem várias posições a respeito do mesmo tema.

Esta experiência nos leva a concluir que é fundamental para o sistema dos juizados que as turmas recursais tenham uma jurisprudência consolidada na forma regimental, Resolução 14/2012 alterada pela Resolução 05/2013, valendo destacar o art. 41, *verbis*:

> A Turma de Uniformização, destinada a dirimir divergência entre decisões proferidas por Turmas Recursais, será presidida pelo Desembargador Presidente da COJES e composta pelos integrantes das Turmas Recursais da competência onde se verifica a divergência de julgados e pelo Juiz Coordenador das Turmas Recursais.

As turmas recursais, diante da próxima onda de demandas de massa, devem se antecipar ao evento e uniformizar seus entendimentos, até mesmo de forma analógica, nos termos do art. 476 do CPC[14], facultando ao julgador a possibilidade de obter o pronunciamento prévio da turma unificadora. O que não pode ocorrer é cada uma das cinco turmas julgar de forma diferente uma da outra, em prejuízo à segurança jurídica e à funcionalidade do próprio sistema.

A uniformização da jurisprudência possibilitará a cassação ou reforma liminar da sentença ou acórdão contrários à orientação firmada pela turma unificadora (parágrafo único do art. 48 do RITR), além de possibilitar o não recebimento do recurso inominado[15].

> Art. 48 – Julgado o mérito do pedido de uniformização, os demais pedidos sobrestados serão apreciados pelos Juízes dos Juizados ou integrantes das Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou os declararão prejudicados, se veicularem tese não acolhida pela Turma de Uniformização.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 96 21/10/2015 14:33:33

> Parágrafo Único. Mantida a decisão pelo Juiz do Juizado ou integrante da Turma Recursal, poderá a Turma de Uniformização, a requerimento do interessado, cassar ou reformar, liminarmente, a sentença ou o acórdão contrário à orientação firmada, proferindo a decisão que deverá ser observada no caso.

Ademais, se bem utilizado, o pedido de uniformização pode ser de grande valia para a racionalização dos trabalhos desenvolvidos perante os juizados especiais, conforme se extrai da seguinte orientação:

> Havendo foco expressivo de demandas em massa, os juizados especiais solicitarão às Turmas Recursais e de Uniformização Regional o julgamento prioritário da matéria repetitiva, a fim de uniformizar a jurisprudência a respeito e de possibilitar o planejamento do serviço judiciário (Enunciado 6 do FONAJEF).

Sobre o ponto, observa, ainda, o ministro Luiz Fux[16]:

> A Jurisprudência assumiu o mesmo relevo característico dos sistemas de família da *common law,* vinculando juízes e tribunais, reclamando, por seu turno, a perfeita adequação da causa ao precedente (*distinguishing*), a possibilidade de sua modificação (*overruling*), bem como a modulação temporal da modificação jurisprudencial no afã de evitar a surpresa judicial, interdição que conspira em prol da prometida segurança jurídica eclipsada em cláusula pétrea constitucional. Essa força emprestada à jurisprudência viabiliza, também, a previsibilidade das decisões, respeitando as justas expectativas dos jurisdicionados e preservando em níveis aceitáveis o denominado ' risco Brasil'. É que a mudança abrupta da jurisprudência desorganiza a vida de pessoas e empresas e por via oblíqua afasta os investimentos no país, cuja *ratio essendi* se situa exatamente na previsibilidade da legalidade da atividade empreendida.

Atualmente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro conta com cinco turmas recursais cíveis, centralizadas na capital do estado,

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 97 21/10/2015 14:33:33

compostas por 25 magistrados. Cada um dos 25 juízes recebeu uma distribuição diária de novos processos que variou entre 22,11 em fevereiro/2015 e 18,8 em março/2015. No ano de 2014 eram 20 magistrados e a média diária de processos distribuídos foi de 26,6 processos para cada um dos integrantes do colegiado.

No ano de 2014, conforme relatório do tempo de permanência do processo no Conselho Recursal, extraído do sistema E-Jud, o tempo médio entre a distribuição e o julgamento foi de 66,09 dias, sendo o tempo médio entre a distribuição e a baixa de 109,58 dias, tendo sido distribuídos 119.342 novos processos e baixados 120.272 processos.

Por sua vez, em 2014, a taxa de recorribilidade das decisões proferidas nos juizados foi de 13%. Contudo, essa taxa pode variar para mais ou para menos, dependendo da orientação jurisprudencial assim como de outros fatores.

Quais seriam estes outros fatores?

Seriam, por exemplo[17], as sucessivas inclusões de novos legitimados admitidos a propor ações perante os juizados (art. 8º da Lei 9.099/95), além das pessoas físicas (inciso I), as microempresas (inciso II), as pessoas jurídicas qualificadas como organização da sociedade civil de interesse público (inciso III), as sociedade de crédito ao microempreendedor e, por fim, a recente modificação trazida pela Lei Complementar 147, de 7 de agosto de 2014, que alterou o art. 8º, § 1º, para incluir no inciso II as pessoas enquadradas como microempreendedores individuais e as empresas de pequeno porte na forma da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006.

Confira a atual redação:

> Art. 8º Não poderão ser partes, no processo instituído por esta Lei, o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil.
>
> ~~§ 1º Somente as pessoas físicas capazes serão admitidas a propor ação perante o Juizado Especial, excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas.~~
>
> § 1º Somente serão admitidas a propor ação perante o Juizado Especial: (Redação dada pela Lei nº 12.126, de 2009)

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 98 21/10/2015 14:33:33

> I – as pessoas físicas capazes, excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas; (Incluído pela Lei nº 12.126, de 2009)
> ~~II – as microempresas, assim definidas pela Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999; (Incluído pela Lei nº 12.126, de 2009)~~
> II – as pessoas enquadradas como microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte na forma da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)
> III – as pessoas jurídicas qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, nos termos da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999; (Incluído pela Lei nº 12.126, de 2009)
> IV – as sociedades de crédito ao microempreendedor, nos termos do art. 1º da Lei nº 10.194, de 14 de fevereiro de 2001. (Incluído pela Lei nº 12.126, de 2009)
> § 2º O maior de dezoito anos poderá ser autor, independentemente de assistência, inclusive para fins de conciliação.

O texto do art. 8º na verdade autoriza um número indefinido de pessoas jurídicas legitimadas a propor ações perante os juizados. Como exemplo as alterações trazidas pela Lei 9.790, de 23 de março de 1999, e a Lei 10.194, de 14 de fevereiro de 2001.

Explicitando: a Lei 9.790, de 23 de março de 1999, que define as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, o fez de forma genérica, abrindo margem a várias possibilidades de enquadramento nesta condição.

Do mesmo modo podemos citar a Lei 10.194, de 14 de fevereiro de 2001, que estabelece regras às sociedades de crédito ao microempreendedor e à empresa de pequeno porte, equiparadas às instituições financeiras para os efeitos da legislação, que são, na verdade, companhias de capital fechado e empresas por cotas de participação.

Mas não é só. Ainda existe a possibilidade da competência dos juizados especiais cíveis ser fixada de forma absoluta para o conhecimento de ações civis cujo valor esteja compreendido na alçada estabelecida pela Lei 9.099/95.

Sobre esse quesito, vem à discussão Ricardo Augusto de Sales[18], in *A Competência Absoluta dos Juizados Especiais Cíveis*, selecionando al-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 99 21/10/2015 14:33:33

guns juristas que têm a mesma opinião do referido autor. Nesse sentido, quero aqui enfatizar a necessidade de se debater o impacto que eventual alteração da competência poderia gerar no sistema dos juizados, cabendo transcrever:

> Entretanto, não é somente devido à competência funcional, que é absoluta, a competência dos Juizados Especiais para as matérias elencadas na lei que os concebeu, mas também em razão da competência material, haja vista ter a lei enumerado a espécie material de demanda que poderá ser apreciada nos Juizados Especiais, tendo excluído por definitivo a competência dos demais órgãos jurisdicionais, mesmo que concorrentemente. Sustentando que é absoluta a competência dos Juizados Especiais há inúmeros doutrinadores de escol. Veja-se:
> 'A competência dos juizados especiais cíveis em face das normas constitucionais e infraconstitucionais', por ANTONIO DE PÁDUA FERRAZ NOGUEIRA (RF 339/39); 'A competência absoluta e a ausência do limite do valor da causa nos Juizados Especiais Cíveis', por J. S. FAGUNDES CUNHA (RJ 227/123); 'Lei nº 9.099/95: a obrigatoriedade da competência e do rito', por HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES (Ajuris 67/186); 'Juizados Especiais cíveis: absoluta a sua Competência', por LOURI GERALDO BARBIERO (Lex-JTA162/6); 'Inconstitucionalidade da opção ao autor para ingressar nos Juizados Especiais', por LUIS FELIPE SALOMÃO (RT 746/73, RF 342/545, RJ 240/7), Nota ao art. 3º da Lei nº 9.099/95, por THEOTÔNIO NEGRÃO (Código de Processo Civil, p. 1412, ed. Saraiva, 31ª edição). No mesmo sentido do que aqui se esposa, considerando obrigatória a competência do Juizado Especial, traz se à menção os seguintes arestos: Lex-JTA 157/13, 158/15, RF 337/295, RJ 226/88, Bol. AASP 1.969/299j; RJTAMG 65/266, maioria'.

Por fim, ainda com relação ao alargamento da competência dos juizados, tramitam na Câmara dos Deputados os projetos de lei 5.696/2001 e 599/2003, que conferem aos juizados competência para processar e

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 100 21/10/2015 14:33:33

julgar as ações de família. Tais projetos encontram-se aguardando parecer do relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC)[19].

Concluindo: não podemos perder o foco, pois, embora não tenhamos o controle das variáveis, podemos uniformizar nossos entendimentos para que possamos dar mais um passo na consolidação dos juizados como vertente pacificadora. A atuação do magistrado deve estar alinhada com um programa de trabalho organizado, impessoal e contínuo, que estabeleça uma política responsável e integrada nos juizados e turmas recursais, adotando um controle de qualidade total orientado por prioridades, com um processo produtivo alicerçado em dados estatísticos seguros.

Notas

1. Resumo do Painel apresentado no dia 18 de maio de 2015, na EMERJ, aos juízes em vitaliciamento.
2. Alexandre Chini. Titular do I Juizado Especial Cível da Comarca de Niterói, foi integrante da Comissão de Apoio à Qualidade dos Serviços Judiciais – COMAQ e da Comissão Judiciária de Articulação dos Juizados Especiais – COJES, tendo integrado as Turmas Recursais do Estado, em 2013, exercendo a função de Coordenador das Turmas Recursais Cíveis, Criminais e Fazendárias no respectivo período. Reconduzido para o biênio 2015/2017.
3. Editora Âncora, 1a. ed., 2003, pp. 13-15.
4. *Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais*, 7. ed., Atlas, p. 5.
5. BECKER, Laércio Alexandre. *Op. cit.* "O que podemos chamar genericamente de 'tempo do processo' em sentido amplo (TPSA) é um gráfico composto por, no mínimo, três linhas paralelas, sendo uma constante e duas variáveis – além de outros elementos que podem interferir diretamente no TPSA. A constante é a temporalidade ordinária: o tempo profano, do calendário – ver 'A erosão do sagrado processual', nesta coletânea. É o tempo marcado, para o Judiciário de todo o país, pelo relógio atômico de rubídio instalado no STF, com precisão de bilionésimos de segundo. (Um preciosismo de dar inveja à Fórmula 1). A primeira variável é, digamos, o 'tempo do processo' em sentido estrito (TPSE), medido pela extensão dos prazos processuais, bem como pelo número de fases processuais, de audiências e de recursos possíveis. Reduzir esses elementos é promover uma 'sumarização formal'. A segunda variável é o, por assim dizer, tempo do meio técnico do processo (TMTP): tempo de encaminhamento das

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 101 21/10/2015 14:33:33

petições para juntada, dos autos para julgamento nos diversos graus de jurisdição, das comunicações dos atos processuais para ciência das partes etc. Ele é alterado com a alteração do próprio meio técnico utilizado pelo processo."

6. Cível, Criminal e Fazendária.
7. Os dados retirado da pesquisa: A Imagem das Instituições Públicas Brasileiras – realizada pela AMB e disponível em www.amb.com.br
8. Fonte: DW RAC – Sistema de Gestão de Custos; Nota: Rateio da Atividade Administrativa por categoria de despesa. Processos: DGJUR/DEIGE; elaboração: DGPCF/DEPLO/DIACC; emissão: maio/2015.
9. Antonio Aurélio Abi-Ramia Duarte, in *Flexibilização Procedimental nos Juizados Especiais Estaduais*, editora JC, 2014.
10. 501.876 (quinhentos e um mil oitocentos e setenta e seis) novos processos.
11. 699.280 (seiscentos e noventa e nove mil duzentos e oitenta) novos processos.
12. Administrativo. Recurso especial. Ação de repetição de indébito. Serviço de esgotamento sanitário. Prestação de serviços de coleta e transporte dos dejetos. Inexistência de rede de tratamento. Tarifa. Legitimidade da cobrança. 1. Não há violação do artigo 535 do CPC quando a Corte de origem emprega fundamentação adequada e suficiente para dirimir a controvérsia. 2. À luz do disposto no art. 3º da Lei 11.445/2007 e no art. 9º do Decreto Regulamentador 7.217/2010, justifica-se a cobrança da tarifa de esgoto quando a concessionária realiza a coleta, transporte e escoamento dos dejetos, ainda que não promova o respectivo tratamento sanitário antes do deságue. 3. Tal cobrança não é afastada pelo fato de serem utilizadas as galerias de águas pluviais para a prestação do serviço, uma vez que o concessionário não só realiza a manutenção e desobstrução das ligações de esgoto que são conectadas no sistema público de esgotamento, como também trata o lodo nele gerado. 4. O tratamento final de efluentes é uma etapa posterior e complementar, de natureza socioambiental, travada entre a concessionária e o Poder Público. 5. A legislação que rege a matéria dá suporte para a cobrança da tarifa de esgoto mesmo ausente o tratamento final dos dejetos, principalmente porque não estabelece que o serviço público de esgotamento sanitário somente existirá quando todas as etapas forem efetivadas, tampouco proíbe a cobrança da tarifa pela prestação de uma só ou de algumas dessas atividades. Precedentes: REsp 1.330.195/RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 04.02.2013; REsp 1.313.680/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 29.06.2012; e REsp 431121/SP, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 07/10/2002. 6. Diante do reconhecimento da legalidade da cobrança, não há o que se falar em devolução de valores pagos indevidamente, restando, portanto, prejudicada a questão atinente ao prazo prescricional aplicável as ações de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto. 7. Recurso especial provido, para reconhecer a legalidade da cobrança da tarifa de esgotamento sanitário. Processo submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 102 21/10/2015 14:33:33

13. "Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistida por advogados, nas de valor superior, a assistência é obrigatória."
14. Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando: I – verificar que, a seu respeito, ocorre divergência; II – no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas. Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo.
15. Nos termos do art. 518, § 1º, do CPC, na redação da Lei 11.276/06, regra absolutamente compatível com o sistema dos Juizados Especiais, o juiz não receberá o recurso inominado quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.
16. *Revista In Verbis,* n. 43, 2014, p. 22.
17. Outro fator que poderia elevar taxa de recorribilidade – devolução das custas ao recorrente vencedor – *e.g.*, Lei 11.404, de 19 de dezembro de 1996 – Pernambuco; Provimento 35/2008/CGJ – Mato Grosso, e, Resolução 01/2005 – CSJEs – Paraná.
18. *Revista dos Juizados Especiais Cíveis do TJDFT*, jul./dez., 2002, p. 24.
19. Consulta realizada no dia 19 de maio de 2015. Referencia: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=109254

Referências

BECKER, Laércio Alexandre. *Qual é o jogo do processo,* Sergio Antonio Fabris Editor.

CAMPOS, Vicente Falconi. *TQC – Controle da Qualidade Total (no estilo japonês),* 8. ed. 2004, editora INDG.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e Pratica dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais,* 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, Jaime Octávio Cardona. Julgados de paz e justiça, in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. III, n. 10, junho 2013, Bonijuris.

GAULIA, Cristina Tereza. *Juizados Especiais Cíveis:* o espaço do cidadão no Poder Judiciário, Renovar, 2005.

GALHARDO COELHO,João. Miguel, *Julgados de paz e mediação de conflitos*, 1a. ed. Âncora, 2003.

GOUVEIA, Mariana França. *Curso de resolução alternativa de litígio,* 2. ed. Almedina, 2012.

MELLO, Flávio Citro de. A Turma Recursal Como Elemento de Política e de Administrção Judiciária para Gestão do Contencioso de Massa, in *Revista Direito em Movimento da EMERJ*, v. 16, setembro de 2012, pp. 89.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 103 21/10/2015 14:33:33

OBERG, Eduardo. In *Os Juizados Especiais Cíveis e a Lei 9.099/95 (Doutrina e Jurisprudência do STF, STJ e dos Juizados Cíveis)*, 2. ed. 2009, Lumen Juris.

ROCHA, Felippe Borring. *Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais*. 7. ed. Atlas.

SANTOS, Marisa Ferreira dos; CHIMENTI, Ricardo Cunha. In *Juizados Especiais Cíveis e Criminais:* federais e estaduais, v. 15, tomo II/, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Coleção Sinopses Jurídicas, v. 15, tomo II.

SALES, Ricardo Augusto de. "A Competência Absoluta dos Juizados Especiais Cíveis", in *Revista dos Juizados Especiais Cíveis do TJDFT*, jul./dez., 2002.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 104 21/10/2015 14:33:33

Suicídio – Referências e inferências jurídicas, psicológicas, sociológicas e literárias – Estudo de um caso

Francisco de Assis Filgueira Mendes[1]
Desembargador Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Ceará

Chamemos de Joaquim o nosso personagem que é real, tendo em vista que o seu verdadeiro nome, por expressa disposição legal e louvável recomendação ética, não pode ser revelado. A narrativa é verdadeira em todos os fatos e circunstâncias e serviu de palco para o desempenho de todos os personagens que a protagonizaram com mais um drama judicial-processual.

Joaquim era de temperamento irritadiço, frágil e paradoxalmente tempestuoso. A depressão (o mal do século) lhe afligia, dia a dia, com variações, tornando-o mais ou menos sociável, melancólico.

Do histórico, vários licenciamentos do emprego e internamentos em clínicas psiquiátricas, onde se submetia a tratamento, e, a cada melhora, a liberação médica com retorno às suas atividades habituais.

Assim ia vivendo nosso personagem, até que, desavindo-se com a mulher, deixou o lar conjugal e passou a residir com os irmãos em outra cidade, momento em que procurou a companhia de seguros onde constituíra três contratos de seguro e alterou a cláusula beneficiária de uma das apólices, a qual favorecia a mulher e os filhos, fazendo nesta consignar os nomes dos irmãos como beneficiados pelo pagamento da verba securitária.

Dias após a efetuação modificativa, Joaquim praticou suicídio, disparando contra sua própria vida um tiro de revólver. Aberta a sucessão, todos os beneficiários, novos e originários, da apólice referida habilitaram-se perante a companhia de seguros, buscando o recebimento

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 105 21/10/2015 14:33:33

da quantia estipulada a título de benefício. Diante da dúvida de quem deveria ser contemplado com o pagamento (se a mulher e os filhos ou os irmãos), foi proposta pela companhia de seguros uma ação de consignação em pagamento (art. 895 do Código de Processo Civil), tendo como promovidos os reclamantes do pagamento constante da revogada cláusula estipulatória.

A temática central esposada pela mulher e os filhos foi a de que, ao proceder à alteração dos beneficiários, encontrava-se o avençante padecendo de enfermidade psíquica que, obnubilando seu discernimento e, consequentemente, fragilizando sua vontade, tornou-o incapaz de praticar atos da vida civil; ao revés, os irmãos do beneficiário propugnaram pela valitude da manifestação de vontade, considerando a ausência de provas de que, ao praticar o ato alterativo, estivesse ele sob influência de enfermidade incapacitante. No juízo do primeiro grau, a demanda declaratória e constitutiva prestigiou como verdadeiros beneficiários os irmãos, tendo em vista o constante do aditivo alterativo; inconformados, apelaram os outros contendores.

O cerne da controvérsia consiste na aferição do fato de estar ou não o contratante capaz de manifestar sua vontade de forma inequívoca

No segundo grau de jurisdição, foi deferida a súplica apelatória pela maioria, ficando revertida a decisão inicial. Submetido o acórdão ao crivo de embargos de declaração de natureza infringente, restou mantido inócuo o *decisum*, mesma sorte desdobrada na decisão majoritária ditada em sede de recurso infringente do julgado. Atualmente a decisão ainda é submetida a um hipotético recurso especial, endereçado ao Superior Tribunal de Justiça.

Analisemos, então, os aspectos jurídicos do caso, pinçados de voto não proferido.

De início, importa destacar que o cerne da controvérsia consiste na aferição do fato de estar ou não o contratante capaz de manifestar sua vontade de forma inequívoca quando da alteração da apólice de seguro, a qual restou por instituir novos beneficiários do seguro de vida por aquele contratado com a outrora consignante – excluída da

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 106 21/10/2015 14:33:33

lide em razão da ausência de discordância sobre o valor depositado –, inobstante as alegações dos antigos beneficiários de que o segurado estaria acometido por grave enfermidade mental que teria retirado-lhe o discernimento, alegação essa que, se verdadeira, nulificaria referido ato.

Ipso facto, individualizado o objeto central da lide, verificou-se, da análise detida dos documentos acostados aos autos do processo, que o segurado, de fato, padecia de depressão em estado grave, com histórico de afastamento de suas atividades laborais para tratamento de saúde e de internação em clínica de repouso, circunstância essa inclusive admitida pelos irmãos do segurado, últimos beneficiários do seguro, quando afirmaram, em contestação, que "ter alguém depressão não significa absolutamente faltar-lhe discernimento e uso da razão".

Entretanto, estar o celebrante acometido de depressão não significa que era portador de "grave enfermidade mental", supostamente capaz de retirar-lhe a própria direção de suas condutas, porque inexistia, nos autos, qualquer prova nesse sentido, não sendo lícito, assim, inferir que o segurado não possuía discernimento à época do fato controverso, sob pena de subverter-se a declaração de vontade consubstanciada na alteração proposta do cartão do seguro em favor dos últimos beneficiários.

Esse é o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *in verbis*:

> Apelação. Anulação de acordo de partilha, por dissolução de união estável. Descabimento.
>
> Caso em que a parte autora/apelante pretende anular acordo de partilha. **Mas não veio aos autos um mínimo de prova a sustentar a alegação de que, em função de depressão, a autora/apelante estivesse com capacidade reduzida quando da celebração do acordo**. Ademais, a análise dos termos do acordo e da divisão dos bens não permite aferir qualquer desproporcionalidade ou prejuízo resultante da partilha, tal qual estipulada pelo acordo. E por tudo isso, descabe mesmo anular o acordo celebrado quando da dissolução da união estável. Negaram provimento (Apelação Cível nº 70037986353, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 16/09/2010).

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 107 21/10/2015 14:33:33

Diga-se, ainda, que a sua internação em casa de saúde, ocorrida no período de 31 de outubro a 15 de novembro de 1991, não seria capaz de demonstrar, por si só, a diminuição de sua capacidade para gerir a própria manifestação de vontade, havendo inúmeros motivos pelos quais uma pessoa com depressão poderia optar pela internação, a exemplo da busca de tratamento psiquiátrico que possibilitasse amenizar a angústia e infelicidade, mantendo, todavia, a aptidão mental para realizar os atos da vida civil, não lhe viciando a livre manifestação de vontade.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também se manifestou nesse sentido:

> Apelação cível. Ação de anulação de partilha cumulada com sobrepartilha e indenização por dano moral. Anulação da partilha.
> Não demonstrado nenhum vício de consentimento por parte da autora ao anuir ao acordo celebrado entre as partes em sede de ação de dissolução de união estável, não estando presentes nenhuma das hipóteses previstas no art. 171 do CC/02, mantém-se a improcedência da anulatória. **Eventual tratamento psiquiátrico e medicamentoso a que estava se submetendo a autora por ocasião da celebração do acordo não o macula, se a alegada depressão não lhe retirou a capacidade de discernir e não viciou a sua manifestação de vontade.** Ação de sobrepartilha. Descabe partilhar valores supostamente oriundos da prática de agiotagem pelo réu, se não há demonstração de que eram utilizados recursos do casal de companheiros nos empréstimos efetuados pelo requerido, tampouco de quem teria tomado tais empréstimos e quais os valores. Dano moral. *Quantum*. Cabível o valor fixado a título de indenização por dano moral à autora pelas ofensas que lhe foram dirigidas pelo réu, considerando que a função precípua da responsabilidade civil é reparatória, e não meramente punitiva, no moderno Direito Civil. Ademais, os autos não conferem maiores elementos de prova acerca da **capacidade** financeira do ofensor, com vista à majoração da indenização fixada. Sucumbência. Tendo a requerente decaído em maior parte no seu pedido, deve ser mantida a sucumbência fixa-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 108 21/10/2015 14:33:33

> da na sentença, inclusive em relação à condenação aos honorários advocatícios, fixada adequadamente a ambos advogados. Apelação desprovida (Apelação Cível nº 70034693580, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 25/08/2010).

Desse modo, a declaração de incapacidade do segurado, passível de retroagir à data da alteração dos beneficiários na apólice do seguro de vida, fulminando tal ato de nulidade por vício na manifestação de vontade do declarante, *demandaria a existência de prova robusta e inequívoca de sua incapacidade*, qualidade de prova exaustiva que não se verificou dos documentos constantes nos autos.

Ad argumentandum, ainda que a depressão tivesse vulnerado sua declaração de vontade, a suposta incapacidade deveria ser aferida em ação autônoma, com declaração judicial de interdição, a qual possui, em regra, efeitos *ex nunc*, de acordo com o art. 1.184 do Código Civil, não retroagindo, assim, para alcançar os atos outrora praticados pelo interditado, razão pela qual haveria a necessidade de propositura de ação anulatória posteriormente àquela, com o desiderato de anular os atos reputados como inválidos, ou qualquer outra capaz de assegurar à parte adversa o direito ao contraditório e à ampla defesa, consoante entendimento exposto no voto do desembargador José Conrado Kurtz de Souza, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, colacionado abaixo:

> Apelação cível. Família. Capacidade. Interdição. Efeitos da sentença. Art. 1.184 do CPC. **Incapacidade a partir da prolação da sentença. Impossibilidade de conceder efeitos *ex tunc* ao provimento judicial. Nulidade dos negócios entabulados pelo interditado em momento anterior à interdição que se há de buscar em demandas contra os terceiros envolvidos, assegurando-se o contraditório**.
>
> Impossível declarar-se, para o passado, os efeitos da interdição, pois que não o permite o art. 1.184 do Código Civil. Eventuais prejuízos materiais advindos do estado de incapacidade do interditado

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 109 21/10/2015 14:33:33

> que, ao tempo em que entabulados negócios, não tinha esse *status*, devem se perseguidos em demanda própria, assegurando-se aos terceiros o contraditório. Apelação desprovida. (Segredo de justiça) (Apelação Cível nº 70030117584, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 14/10/2009).

Há que se ressaltar, porém, que não se está a dizer que, na consignação em pagamento, não há possibilidade de discussão de outros pedidos, o que foge à verdade, pois, na espécie, quando da exclusão do devedor consignante da lide, por ausência de controvérsia quanto ao valor depositado, com a consequente continuação da demanda em relação aos consignados, esta caiu na vala do procedimento ordinário, sendo lícito aos litigantes oporem as matérias pertinentes ao seu direito.

No entanto, tratando-se o presente caso de matéria relativa à capacidade de pessoa, esta teria que ser verificada em ação própria, com pronunciamento judicial anterior que houvesse interditado o segurado, oportunidade em que os primevos beneficiários poderiam pleitear a anulação – *inclusive na própria consignação, em razão dos princípios da instrumentalidade das formas e economia dos atos processuais* – da modificação da apólice que estatuiu como novos beneficiários do seguro de vida os irmãos do segurado, o que, de fato, não se constatou, tendo Joaquim falecido, aparentemente, sem nenhuma restrição à sua livre manifestação de vontade.

De outra sorte, apenas para que fique evidente o posicionamento adotado, pois já dito em momento anterior, dos documentos e peças expostos nos autos da consignatória não se vislumbrou, *de maneira inequívoca*, qualquer circunstância que denotasse a suposta "grave enfermidade mental" do segurado – *não se considerando a depressão que o afligia, e o tratamento psiquiátrico dela decorrente, como fator capaz, por si só, de viciar sua manifestação de vontade* –, motivo pelo qual configuraria medida de extrema temeridade nulificar ato praticado por pessoa aparentemente em pleno gozo de suas faculdades mentais, no livre exercício de disposição inerente à vida privada.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 110 21/10/2015 14:33:34

Na mesma esteira, não merece guarida a tese do cônjuge e filhos de que o magistrado *a quo* teria sentenciado a lide sem a devida manifestação acerca das provas constantes nos autos, sem tecer qualquer análise crítica das provas produzidas por aqueles apelantes, quer sobre a documental, quer sobre a testemunhal. Isso porque ao juiz da causa é dada a prerrogativa de julgá-la de acordo com os princípios do livre convencimento motivado e do valor da prova, os quais preceituam que o magistrado é soberano na análise e na valoração das provas, desde que explicite as razões e fundamentos de sua decisão, consoante entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, *in verbis*:

> Direito civil e processual. Responsabilidade. Morte por afogamento em piscina de estabelecimento hoteleiro. Danos materiais e morais. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Ausência de salva-vidas. Culpa exclusiva da vítima. Inexistência. Despesas com funeral devidas. Exclusão do 13º salário da indenização por danos materiais. Danos morais mantidos.
>
> 1. **É cediço ser o juízo destinatário final da prova, competindo-lhe, portanto, a análise da conveniência e da necessidade de sua produção, tendo em vista as circunstâncias de cada caso, deixando de realizar atos e provas que reputar desnecessários para o exame da lide, contanto aprecie o que entende substancial para o deslinde do feito, prolatando sua decisão de modo fundamentado** (art. 93, IX, da CF/1988, e arts. 130, 131 e 330 do CPC).
>
> 2. Diante de fatos incontroversos e do acervo probatório existente, o magistrado de primeiro grau indeferiu a produção das provas testemunhal e pericial, por considerá-las despiciendas à formação do seu entendimento. Não caracterizado, pois, o cerceamento de defesa [...] (TJ/CE, Apelação nº 5049-23.2009.8.06.0112-1, Des. Rel. Fernando Luiz Ximenes Rocha, 1º Câmara Cível, Dje em 22/06/2011).

De fato, da análise acurada da sentença prolatada pelo juízo *a quo* observou-se que houve manifestação expressa do magistrado acerca das provas apresentadas, inclusive sobre as que refutou, afirmando mais

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 111 21/10/2015 14:33:34

adiante que a informação veiculada pela esposa, separada de fato, e filhos de que o falecido não detinha o domínio de sua faculdade mental quando procedeu à modificação debatida carece de comprovação inequívoca, apesar de ser fato sua depressão crônica e suas mudanças de humor, todavia, sem configurar a alardeada insanidade.

Logo, fica patente a apreciação do magistrado acerca das provas documentais e testemunhais apresentadas pelo cônjuge e filhos do segurado, que apenas não as considerou como inequívocas diante dos fatos aos quais se prestariam a demonstrar, valorando-as de acordo com seu livre convencimento, fundamentando sua decisão de modo claro e satisfatório.

Sendo assim, diante da ausência de procedimento declaratório de interdição em momento anterior ao seu falecimento e por meio de decisão judicial declarando-o inapto para a prática dos atos civis, bem como diante da carência de prova inequívoca capaz de atestar sua incapacidade no momento da alteração dos beneficiários da apólice de seguro, o pleito foi declarado improcedente, mantendo-se, nesse ponto, inalterada a sentença objurgada.

Direcionemos agora nossa mirada para os aspectos psicanalíticos, sociológicos e literários que tangem a questão.

Na revelação da etiologia do ato suicida, em precisa definição de Sophie de Mijolla-Mellor, o encontro com a identificação dos conteúdos psiquiátricos e psicanalíticos do gesto extremo:

> O suicídio é um ato sintomático que, na maioria das vezes, se insere no quadro das depressões e das melancolias. Sua etiologia é variada e complexa, visto que se caracteriza ao mesmo tempo por um desmoronamento do Eu, com autocensuras e uma diminuição ou até a perda total de autoestima, e por uma onipotência mágica que permite aniquilar os perseguidores internos, e um sentimento maníaco baseado na negação da própria morte. Se o suicídio pode parecer a resposta a uma culpa persecutória, ele também é uma projeção dessa culpa sobre os objetos e uma libertação de um domínio deles pela morte, cuja escolha é feita pelo próprio sujeito[2].

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 112 21/10/2015 14:33:34

Em definição técnica e forte no sentido social, e de conclusão amarga e pessimista, Steve Taylor verbaliza:

> Definir suicídio não tem sido geralmente visto como um problema. O suicídio é um autocídio intencional. Mas a pesquisa sobre a natureza de atos suicidas, fatais ou não-fatais, tem desafiado a noção convencional de que todas as mortes de suicídios autênticos têm por objetivo a morte e podem assim distinguir-se de uma variedade de atos de "falsos" suicídios, tais como os "gritos por socorro", quando a intenção é viver. Stengel foi um dos primeiros a mostrar que os atos suicidas, incluindo a maior parte dos que terminam em morte, são manifestações de comportamento de aceitação de riscos, empreendidos com a intuição ambivalente e caracterizados pela incerteza quanto ao desfecho[3].

Alguns pesquisadores têm usado o termo "parassuicídio" a fim de descrever o comportamento que, embora se situe aquém de uma tentativa real de suicídio, é mais, porém, do que um gesto manipulativo. Essas observações têm implicações para definir e teorizar o suicídio. Stengel definiu o suicídio como "qualquer ato deliberado de dano cometido por uma pessoa contra si própria e no qual ela não pode estar certa de sobreviver"[4]. Talvez a questão fundamental para a pesquisa corrente não seja por que as pessoas se matam, mas por que tantas mais (possivelmente 100.000 por ano no País de Gales) arriscam suas vidas no que Stengel comparou a um ordálio medieval.

A ética do suicídio tende a não continuar dirigindo o seu foco para a culpabilidade moral de quem atenta contra a própria vida. O pensamento do século XX tem compaixão pelo suicídio, mas fica intrigado com o mistério do que impele indivíduos a desejarem desligar-se da boa sociedade:

> No século XX, com uma população envelhecendo e recursos em declínio, o ressurgimento do suicídio como responsabilidade social, até como dever, não pode ser desprezado[5].

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 113 21/10/2015 14:33:34

Em nota final ao verbete "suicídio", elaborada por Elisabeth Roudinesco e Michel Plon, a drástica anatemização de que,

> com efeito, sabemos que, quando um sujeito quer tirar a própria vida, nenhuma terapia consegue impedir que o faça. Entretanto, numerosos depoimentos mostram que essa questão é mais complexa e que a análise permitiu que alguns melancólicos evitassem o suicídio[6].

Enunciados os esboços conceituais da pulsão destrutiva da vida pelo próprio detentor do elo vital, carece de necessária aproximação e exame o fato da caracterização ou não do estado de morbidez fautor da culminação extrema como de insânia patológica obnubiladora dos atos de vontade antecedentes ao momento final, ou seja, a extração conclusiva pelo raciocínio de que, por presunção, o suicida de antanho deveria estar enfermizado mentalmente, daí ter contaminado as suas manifestações de vontade pela incapacidade de emiti-las, isto é, a aceitação do suicídio como gesto supremo (último estágio) de um desaguar patológico, marcando indelevelmente, desde o início do estado de desequilíbrio mental, um divisor de incapacidade sinalizante de um vício de vontade.

Consigne-se inexistir, carreado nos autos, probatório do antecedente estado precário da saúde mental do suicida ou cooptação de sua vontade por comportamento viciado, daí a impossibilidade cognoscente da aceitação de sua incapacidade anterior, o que motiva, de pronto, a repulsa da ilação empírica de que, por ter praticado autocídio, deveria estar afetado em sua capacidade mental de bem discernir.

Em cuidadosa e sensível abordagem da psiquiatria em relação com a sociedade, apresentando como resultante a psiquiatria social, sob a ótica de epidemiologia no demonstrativo de quais doenças atingem quais pessoas e sob quais circunstâncias, bem como o papel da sociedade no desenvolvimento das doenças mentais, quer da saúde pública quer de como o conhecimento médico sobre a loucura pode ser útil às comunidades, o médico psiquiatra Daniel Martins de Barros traz a lume a temática do suicídio em contraponto com o "estágio" mental do

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 114 21/10/2015 14:33:34

suicida e dos efeitos reflexos do ato em obra valiosa da intersecção da medicina forense e da literatura:

> Se lembrarmos da discussão presente no conto "O lapso", veremos que, assim como outros atos da vida civil, deixar um testamento é um ato jurídico e, portanto, para ser válido, precisa ser feito por um agente capaz. É de se imaginar que uma família litigante, que quisesse invalidar o testamento, pudesse dizer que o ato suicida era o maior índice de incapacidade do testamentário. Mas, como vimos, a incapacidade pode ser parcial: o *de cujus* poderia não ser apto para gerir seus autocuidados com o objetivo de fazer a manutenção de sua vida – e eventualmente precisaria de um curador, ou até mesmo de uma internação involuntária –, mas ainda assim saber fazer contas, saber quem é sua família e amigos, avaliando de forma realista e racional para quem quer deixar o depósito. É preciso lembrar que, para a lei, o que importa de fato não é se o indivíduo tem ou não algum diagnóstico psiquiátrico, se simplesmente está ou não doente, mas sim qual a interferência dessa doença, se presente, no fato em questão. Isso porque, mesmo padecendo com algum transtorno mental, a pessoa pode ser capaz de discernir diversos aspectos da vida comum. No caso de um testamento, o que interessa à justiça é apenas se, ao testar, a pessoa tinha noção do que estava fazendo, dos valores envolvidos, do seu relacionamento com as pessoas para quem estava deixando os bens etc. Mesmo que o suicida esteja deprimido a ponto de não ter mais qualquer esperança e busque na morte alívio para sua dor, se suas capacidades cognitivas restam intactas não há o que perquirir com relação a seu testamento[7].

Além dessa discussão, contudo, e ainda mais fundamental, é lembrar que o suicídio, embora seja sempre um ato extremo, não é sempre um ato irracional. O fato de a pessoa tirar a própria vida não significa, *per se*, que ela padecia necessariamente de algum transtorno mental.

De Durkheim, no seminal "*O Suicídio*", às estatísticas mais modernas, sabe-se que as pessoas se matam pelas mais diferentes razões; a doença mental é um dos fatores associados que aumenta muito o risco,

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 115 21/10/2015 14:33:34

não podendo, contudo, ser considerada causa necessária e suficiente. Hoje em dia não restam dúvidas de que o suicídio é um fenômeno social, como o homicídio, e assim como este suas variáveis são múltiplas e complexas demais para serem reduzidas ao campo da psiquiatria.

Ao se concluir o presente trabalho, mister se faz a reafirmação de que nosso labor cuidou apenas de estudo de um caso advindo de uma disputa judicial sobre a titularidade beneficiária de uma apólice de seguro, cuja cláusula instituidora de pessoas a serem contempladas com o valor segurado foi alterada às vésperas do instituidor pôr fim à própria vida.

Cogita-se de um olhar sobre a questão jurídica versante sobre o ato extremo e a não presunção da incapacidade mental do agente de praticar atos da vida civil anteriormente e contígua à data do ato epilogal, sendo válida a estipulação modificada, pois nenhum vício de vontade tisna de nulidade, inclusive ressumbrante, a capacidade do agente.

Não restam dúvidas de que o suicídio é um fenômeno social

A imersão psicológica penetra nos meandros do inconsciente individual, suas alterações e mutações, motivação para a prática do ato final da própria vida, sob motivações diversas, sem que o título de tragédia ou ato de consciência heroica venha a se concluir em juízo final do comportamento do personagem. A seara literária vai das obras técnicas de psicanálise de Sophie de Mijolla-Mellor, Steve Taylor, Stengel, Elisabeth Roudinesco e Michel Plon, além do clássico "*O Suicídio*", de Émile Durkheim, *en passant* pelo *approach* sociológico do fato social global de William Outhwaite e Tom Bottomore, à crônica de comportamento humano na tríade analítica do direito, psiquiatria e sociedade, incidindo sobre personas criadas pela genial imaginação de Machado de Assis, espraiando-se em douta lição de que o "suicídio, embora seja um ato extremo, não é sempre um ato irracional"[8]. Por derradeiro, cumpre-nos o dever de afirmar que nenhum juízo de valor resta estabelecido ao gesto de Joaquim, cabendo-nos apenas questionar acerca de suas motivações: se a desesperança aos valores da vida, que ruíram em seu universo pessoal, inclusive com o desfazimento de seu lar conjugal, ou se

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 116 21/10/2015 14:33:34

a falta de crença nos fundamentos maiores da vida social, quedante em autêntico niilismo soterrador de sua individualidade e de seus valores.

Dedicamos o presente trabalho à memória de Joaquim.

Notas

1. Francisco de Assis Filgueira Mendes. Desembargador Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, Professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará e membro efetivo do Instituto Paranaense de Direito Processual.
2. MIJOLLA, Alain de. *Dicionário Internacional de Psicanálise*. Rio de Janeiro: Imago, 2º vol., p. 1.813.
3. OUTHWAITE, William (org.); BOTTOMORE, Tom (org.). *Dicionário do Pensamento Social do Século XX*. Rio de Janeiro: Zahar, 1996, p. 753.
4. *Idem*, *ibidem*, p. 753.
5. *Idem*.
6. ROUDINESCO, Elisabeth (org.); PLON, Michel (org.). *Dicionário de Psicanálises.* Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 741.
7. BARROS, Daniel Martins de. *Machado de Assis*: a loucura e as leis – direito, psiquiatria e sociedade em doze contos machadianos. São Paulo: Brasiliense, 2010, p. 108-9.
8. BARROS, Daniel Martins de. *Ob. cit.*, p. 108.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 117 21/10/2015 14:33:34

Bullying e cultura da paz

Eduardo Cambi[1]
Promotor de Justiça no Estado do Paraná

Priscila Sutil de Oliveira[2]
Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP

Resumo: O *bullying* é uma forma de violência que atinge, diretamente, o ambiente escolar. O fenômeno vem sendo estudado para que possa ser melhor identificado, a fim de ser prevenido, como estímulo à cultura da paz. Precisa da compreensão integrada da família, da escola e da sociedade para que se promovam os valores humanos, a ética e a cidadania.

1. Introdução

Procuramos compreender a legislação nacional sobre o *bullying* para a concepção de uma política *antibullying* que envolva a capacitação de profissionais da educação, pais e familiares, bem como sensibilize toda a sociedade.

É enfatizado que o *bullying* é uma forma de violência, que atinge especialmente crianças e adolescentes, e deve ser prevenido e combatido com educação para os direitos humanos.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 119 21/10/2015 14:33:34

2. Origem e conceito de *bullying*

A expressão "*bullying*", de origem inglesa, está sendo incorporada à língua portuguesa para descrever atos de violência física, psicológica ou moral, de forma repetitiva e intencional, praticados por um indivíduo ou por um grupo de pessoas contra sujeitos incapazes de promover sua autodefesa[3].

É controverso se os atos considerados como *bullying* possuem como agentes apenas os estudantes ou também se é possível verificar professores e outras pessoas da sociedade que praticam ou instigam a realização do *bullying*.

Todo *bullying* é uma violência, mas nem toda violência é *bullying*[4]. Para que tal fenômeno se caracterize, é preciso que os comportamentos agressivos ocorram entre pares em situação desigual de poder, e que a vítima tenha dificuldade de se defender. Por isso, o *bullying* não se confunde com o *assédio moral*, que envolve a exposição de trabalhadores a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas, que podem culminar na pressão para que a vítima desista do seu emprego[5].

É certo que o *bullying* atinge de modo especial o ambiente escolar[6]. Diante do aumento da violência nas escolas, os profissionais da educação, pais, estudiosos do direito e a sociedade passaram a debater o fenômeno do *bullying* a fim de buscar formas de melhor identificá-lo para não se prejudicar o pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes.

Para a caracterização do *bullying*, é preciso considerar, pelo menos, três fatores[7]: a) *frequência* – a violência deve acontecer repetitivamente; b) *intensidade* – a violência deve causar sofrimento físico, psicológico ou moral; c) *intencionalidade* – a violência deve ser intencional.

O *bullying* expõe crianças e adolescentes a situações constrangedoras e até mesmo a agressões físicas[8]. Caracteriza-se por atitudes agressivas, intencionais e repetidas, que acontecem sem motivação evidente, como resultado do desprezo ou da intenção de humilhar o outro, adotadas por um ou mais estudantes contra a vítima, que tem dificuldades de se defender, mostrando-se vulnerável às agressões[9]. Isso ocorre porque essas crianças e adolescentes têm dificuldade de lidar com a pressão

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 120 21/10/2015 14:33:34

da vida em sociedade, com sentimentos de raiva e frustração, por apresentarem baixo nível de habilidades sociais e de autoproteção, além de possuírem comportamentos agressivos ou passivos prejudiciais ao seu bem-estar e desenvolvimento saudável[10].

Dentre os principais fatores para alguém praticar *bullying*, incluem-se[11]: i) falta de limites nos processos educacionais no contexto familiar; ii) carência de um modelo de educação capaz de associar a autorrealização com atitudes socialmente produtivas e solidárias, o que leva os agressores a procurar se afirmar por meio de ações egoístas e maldosas; iii) vivência de situações momentâneas como separação traumática dos pais, ausência de recursos financeiros, doenças na família etc.; iv) falta de empatia (sentimento essencial para o exercício do altruísmo), o que faz com que essas crianças e adolescentes apresentem a transgressão como base estrutural de suas personalidades.

O *bullying* pode ser verbal (como insultar, ofender, falar mal, colocar apelidos pejorativos), de ordem física e material (como bater, empurrar, beliscar, roubar, furtar ou destruir pertences da vítima), psicológica e moral (como humilhar, excluir, discriminar, chantagear, intimidar e difamar), sexual (como abusar, violentar, assediar e insinuar) e virtual ou *cyberbullying* (quando praticado por meio de ferramentas tecnológicas, como celulares, filmadoras e *internet*; ao ser propagado pelas redes sociais, o efeito multiplicador do sofrimento das vítimas pode ser imensurável)[12].

As práticas de *bullying* podem variar conforme o gênero. Nos homens, geralmente, a conduta se caracteriza por ações expansivas e agressivas. Nas mulheres, é mais comum as manifestações implícitas, como fofocas, boatos, olhares, sussurros e isolamento das colegas[13].

O ciclo do *bullying* envolve as figuras da vítima, do agressor e da testemunha, mas também diz respeito a toda comunidade escolar (alunos, professores, funcionários e familiares).

Há três tipos de vítimas de *bullying*, classificadas em típicas, provocadoras e agressoras. As *típicas*, na maioria das vezes, apresentam sinais de timidez, aparência frágil, e não conseguem reagir aos comportamentos agressivos dirigidos a ela. Já as vítimas *provocadoras* são as capazes de instigar as pessoas agressivas contra si mesmas, enquanto as vítimas

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 121 21/10/2015 14:33:34

agressoras são aquelas que repassam os maus tratos sofridos em outra vítima escolhida por ela, como forma de compensação.

Em qualquer um desses casos, podem ser constatados *círculos viciosos* que fazem do *bullying* um problema difícil de ser controlado, na medida em que as vítimas também aceitam, fomentam ou provocam a violência[14].

Por outro lado, há as pessoas que assistem às agressões praticadas pelo agente. Tais espectadores podem ser classificados em passivos, ativos e neutros. Os *passivos* são aqueles que, ao presenciarem cenas de violência, estão propensos a sofrer as consequências psíquicas, porque suas estruturas psicológicas são frágeis[15]. Os *ativos* são aqueles que dão apoio aos agressores, geralmente com risadas e incentivos verbais. Já os espectadores *neutros* não demonstram nenhuma sensibilidade ou senso crítico quando presenciam situações de *bullying*[16].

Infelizmente, essa prática é muito comum no cenário escolar, com consequências psicológicas e sociais sérias, especialmente para as vítimas.

3. *Bullying* na sociedade brasileira

O *bullying* é um conjunto de comportamentos agressivos, físicos, psicológicos ou morais, que inclui diferentes formas de discriminação, exclusão e humilhação, as quais ocorrem sem motivação evidente e de maneira reiterada.

Na escola, envolve, de modo geral, um aluno com mais força contra outro estudante que não consegue encontrar um modo eficiente para se defender e que acaba se colocando em uma posição de submissão[17]. Nesse caso, além da própria agressão e/ou humilhação, há a vitimização decorrente das repetições desses atos perante o grupo social.

As consequências mais comuns do *bullying* incluem a fragilização da saúde física e mental, dificuldades de socialização, baixo rendimento escolar, ansiedade, isolamento social, desinteresse, agressividade, irritabilidade, passividade, distúrbios de alimentação ou do sono e baixa autoestima.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 122 21/10/2015 14:33:34

Muitas atitudes comportamentais podem causar sequelas para a vida toda da vítima, a depender da predisposição genética e da intensidade das agressões. O *bullying* pode criar traumas e transtornos emocionais que podem ser levados para a vida adulta (como a síndrome do pânico, depressão, anorexia e bulimia, fobia social e ansiedade generalizada), a exigir apoio psiquiátrico ou psicológico para a superação do problema, e, nos casos mais graves, pode causar quadros de esquizofrenia, homicídio e suicídio[18].

O combate ao *bullying* exige a intervenção de profissionais capacitados para instruir todas as pessoas envolvidas nesse cenário de violência, sejam elas autores, vítimas, espectadores, educadores ou responsáveis, para que seja possível a prevenção, a redução ou a reparação dos danos causados.

Ademais, é preciso um estudo dos alunos e das famílias envolvidas no *bullying*, para que os traumas não acompanhem as vítimas ao longo da sua vida[19], nem, tampouco, os agressores continuem fazendo novas vítimas.

O combate ao *bullying* se fundamenta no reconhecimento e na valorização das diferenças e das diversidades. Traz grandes desafios éticos[20] que exigem a transmissão de valores humanos para as crianças e adolescentes. As políticas *antibullying* devem estar fundadas no fortalecimento dos laços de solidariedade e de uma educação para a mediação de conflitos, baseada na *cultura da paz*, em que se reconheça o respeito e a reciprocidade mútuos, para se evitar a propagação da violência.

A violência nas escolas é um problema social grave e complexo. Uma das grandes questões a serem enfrentadas pela sociedade brasileira é a promoção do respeito entre as pessoas e suas diferenças. Para tanto, crianças, adolescentes e adultos devem assumir suas responsabilidades enquanto cidadãos.

As escolas influenciam diretamente a convivência social e podem aproximar pessoas a partir da compreensão das suas diferenças.

Pesquisa realizada pela Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e à Adolescência (Abrapia)[21] constatou que a maioria das escolas brasileiras não possui projeto de ação *antibullying*[22].

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 123 21/10/2015 14:33:34

Nessa pesquisa, verificou-se que a ocorrência de *bullying* é maior nas escolas em que há rotatividade de professores, o que, aliado à ausência de projeto de ações efetivas, aumenta a incidência de violência no meio escolar. Além disso, a pesquisa revelou que 40,5% dos 5.785 alunos de 5ª a 8ª séries que responderam as perguntas admitiram estar envolvidos em situações de *bullying* nas escolas, sendo que 16,9% eram vítimas, 10,9% eram vítimas/agressoras e 12,7% agressores.

Com efeito, o fenômeno do *bullying* deve ser combatido urgentemente, a começar com a adoção de estratégias para proteger crianças e adolescentes de praticar ou sofrer *bullying* que incluam o estímulo à liderança positiva, a importância de todos os problemas serem comunicados (as vítimas, muitas vezes, não pedem ajuda aos pais ou às autoridades escolares com receio de receber possíveis retaliações, de não ser popular na escola ou para poupar seus pais de terem um filho frágil ou covarde[23]), a não tolerância com atitudes agressivas e o ensino de habilidades pessoais que permitam que os estudantes sejam protagonistas de sua própria segurança física e emocional[24].

É necessário envolver e capacitar professores e funcionários, bem como a família e os estudantes, sendo recomendada a criação de comitês *antibullying*, para que a escola se torne um espaço democrático capaz de desenvolver o respeito aos direitos humanos e de promover o exercício da cidadania[25].

A educação é fator de desenvolvimento capaz de modificar e transformar vidas, promover a cidadania e tornar o ser humano mais responsável e solidário. É, portanto, um instrumento indispensável para que a pessoa reconheça a si próprio como agente ativo na modificação da mentalidade de seu grupo e se torne protagonista na construção de uma sociedade democrática[26].

O envolvimento da família é fundamental para que seja oferecido suporte emocional adequado aos estudantes e para que eles continuem, em casa, a perpetuação da cultura da paz e respeito ensinada nas escolas[27].

A ausência de uma estratégia definida para combater o *bullying* fortalece o *círculo da violência*, diminui a eficácia da educação na transformação dos seres humanos e incentiva as práticas sociais injustas.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 124 21/10/2015 14:33:35

4. Da legislação nacional

Fundamentos para tratar, de forma abrangente, da questão do *bullying* no Brasil podem ser extraídos de regras dispersas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O direito à convivência comunitária e a proteção das crianças e dos adolescentes contra toda forma de violência estão presentes na legislação brasileira.

O artigo 227, *caput*, da Constituição Federal assegura os direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocar crianças e adolescentes a salvo de todas as formas de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) ressalta, de maneira ainda mais específica, a necessidade de proteção desses seres em desenvolvimento e em situação de maior vulnerabilidade[28].

O artigo 5º da Lei 8.069/90 afirma que nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma de qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Já os artigos 15, 17 e 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente cuidam do direito à liberdade, ao respeito e à dignidade. O artigo 15 acentua que a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. O artigo 17 protege o direito ao respeito que consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. Por sua vez, o artigo 18 estabelece que é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

No âmbito do direito à educação, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/96) prevê, no artigo 3º, que o ensino será

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 125 21/10/2015 14:33:35

ministrado com fulcro em determinados princípios, dentre os quais o do respeito à liberdade e apreço à tolerância.

Com efeito, a educação brasileira deve buscar formas de convivência escolar que promovam a alteridade e o exercício de deveres como ponto de equilíbrio para a proteção dos direitos da criança e do adolescente[29].

Assim, o artigo 27, inc. I, da Lei 9.394/96 fixa, entre as diretrizes para os conteúdos curriculares da educação básica, a difusão de valores fundamentais ao interesse social, aos direitos e deveres dos cidadãos, de respeito ao bem comum e à ordem democrática.

Ademais, o artigo 32, incisos III e IV, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, ao tratar do ensino fundamental obrigatório, afirma que seu objetivo é a formação básica do cidadão, mediante o desenvolvimento da capacidade de aprendizagem para a aquisição de conhecimentos e habilidades e a formação de atitudes e valores, bem como o fortalecimento dos vínculos de família, dos laços de solidariedade humana e da tolerância recíproca em que se assenta a vida social.

O Conselho Nacional de Educação, em 30 de maio de 2012, estabeleceu, na Resolução 1/2012, as diretrizes nacionais para a educação em direitos humanos. No artigo 5º, *caput*, restou afirmado que a educação em direitos humanos tem como objetivo central a formação para a vida e para a convivência, no exercício cotidiano dos direitos humanos como forma de vida e de organização social, política, econômica e cultural nos níveis regionais, nacionais e planetário.

A preocupação com a educação em direitos humanos está presente na agenda da Organização das Nações Unidas pelo menos desde 1993, quando os artigos 78 a 82 da Declaração do Programa de Ação de Viena definiram ser ela essencial nos programas de formação e informação, a fim de promover ações estáveis e harmoniosas na sociedade.

Em 2003, o Brasil tornou oficial a educação em direitos humanos como política pública, com a instituição do Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. O Decreto 7.037/09, atualizado pelo Decreto 7.177/10, disciplina o Plano Nacional de Direitos Humanos-3, cujo eixo V versa sobre educação e cultura em direitos humanos[30].

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 126 21/10/2015 14:33:35

No entanto, não há uma legislação nacional que verse, especificamente, sobre a instituição de um programa de prevenção e de repressão do *bullying* nas escolas. Vários estados e municípios, contudo, já legislaram para a criação de programas de combate à violência nas escolas.

Por exemplo, no Rio de Janeiro, a Lei Estadual 3.441/2000 disciplinou o Programa de Prevenção da Violência nas Escolas, com os seguintes objetivos: i) formar comissões de prevenção da violência, suas causas e possíveis soluções; ii) desenvolver ações educativas e de valorização da vida, dirigidas às crianças, aos adolescentes e à comunidade; iii) implementar outras ações identificadas como formas de combate à violência; iv) aumentar o vínculo estabelecido entre a comunidade e a escola; v) garantir a formação de todos os integrantes da equipe técnica, do corpo docente e servidores operacionais da rede de ensino, com vistas a evitar a ocorrência de violência nas escolas.

Bullying está conceituado como sendo a prática de atitudes agressivas, intencionais e repetitivas, adotadas por um indivíduo ou grupo de indivíduos contra outros, sem motivação

No Estado do Paraná, há a Lei 17.335/12, que institui programa de combate ao *bullying*, por meio de equipe interdisciplinar, a fim de que promovam atividades didáticas, informativas, de orientações e prevenção.

Em Santa Catarina, foi editada a Lei 14.651, de 12 de janeiro de 2009, a qual dispõe sobre a instituição de programa de combate ao *bullying*, de ação interdisciplinar e de participação comunitária nas escolas públicas e privadas. No artigo 1º, parágrafo único, da referida lei, o termo *bullying* está conceituado como sendo a prática de atitudes agressivas, intencionais e repetitivas, adotadas por um indivíduo ou grupo de indivíduos contra outros, sem motivação evidente, causando dor, angústia e sofrimento e executadas em uma relação desigual de poder, o que possibilita a vitimização. Tal lei também classifica o fenômeno da seguinte maneira: a) *bullying* verbal: apelidar, falar mal e insultar; b) *bullying* moral: difamar, disseminar rumores e caluniar; c) *bullying* sexual: assediar, induzir ou abusar; d) *bullying* psicológico: ignorar, ex-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 127 21/10/2015 14:33:35

cluir, perseguir, amedrontar, aterrorizar, intimidar, dominar, tiranizar, chantagear e manipular; d) *bullying* material: destroçar, estragar, furtar, roubar; e) *bullying* físico: empurrar, socar, chutar, beliscar, bater; e f) *bullying* virtual ou *cyberbullying*: divulgar imagens, criar comunidades, enviar mensagens e invadir a privacidade, com o intuito de assediar a vítima ou expô-la a situações vexatórias.

Ademais, no Município do Rio de Janeiro, a Lei 5.089/09 dispõe sobre a inclusão de medidas de conscientização, prevenção e combate ao *bullying* escolar no projeto pedagógico elaborado pelas unidades públicas de ensino, com os seguintes objetivos: i) prevenir e combater a prática do *bullying* nas escolas; ii) capacitar docentes e equipe pedagógica para a implementação das ações de discussão, prevenção, orientação e solução do problema; iii) incluir regras contra o *bullying* no regimento interno da escola; iv) orientar as vítimas de *bullying* visando à recuperação de sua autoestima para que não sofram prejuízos em seu desenvolvimento escolar; v) orientar agressores, por meio de pesquisa dos fatores desencadeantes de seu comportamento, sobre as consequências de seus atos, visando torná-los aptos ao convívio em uma sociedade pautada pelo respeito, igualdade, liberdade, justiça e solidariedade.

De forma semelhante, em Curitiba, a Lei 13.632/10 determina que escolas públicas e privadas estabeleçam uma política *antibullying* em sua gestão, desenvolvendo planos locais para prevenção e o combate às práticas de *bullying*.

No Congresso Nacional, tramitam projetos de leis sobre o tema. O Projeto de Lei 5.369/09, apresentado pelo deputado federal Vieira da Cunha (PDT-RS), que institui programa de combate ao *bullying*, foi aprovado pela Câmara dos Deputados e, remetido ao Senado Federal, onde também foi aprovado, mas com mudanças. Atualmente, o projeto aguarda a apreciação pela Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado da Câmara dos Deputados. Tal projeto, na forma deliberada pelo Senado Federal, define *bullying* como a "*sequência de episódios de violência física ou psicológica, intencionais e repetitivos, praticados reincidentemente por um indivíduo ou grupo contra outro indivíduo ou grupo, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas, produzindo na vítima prejuízos físicos, morais e/ou psicológicos*".

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 128 21/10/2015 14:33:35

Esse projeto de lei, também na forma aprovada pelo Senado Federal, lista dez objetivos do que passa a denominar Programa de Combate à Violência Sistemática: 1) prevenir e combater a prática de violência sistemática (*bullying*) no âmbito educacional; 2) capacitar profissionais da educação e equipes pedagógicas para a implementação das ações de discussão, prevenção, orientação e solução do problema; 3) implementar e disseminar campanhas de educação, conscientização e informação; 4) orientar familiares e responsáveis para identificar e enfrentar situações de violência sistemática; 5) garantir assistência psicológica, social e jurídica às vítimas e aos agressores; 6) integrar os meios de comunicação de massa com as escolas e a sociedade, para identificação, conscientização, prevenção e combate ao problema; 7) promover a cidadania e o respeito ao outro, nos marcos de cultura de não violência, de tolerância e pautada pelos direitos humanos; 8) investir em medidas de responsabilização articuladas a ação pedagógica voltada ao agressor que promova mudanças de comportamento; 9) promover medidas de conscientização, prevenção e combate a todos os tipos de violência, com ênfase nas práticas recorrentes de violência sistemática, ou de constrangimento físico e psicológico cometidos por estudantes, profissionais da educação e demais integrantes da comunidade escolar; 10) proteger a integridade física e psicológica da vítima, priorizando a garantia de sua permanência e a continuidade de suas redes de sociabilidade no ambiente escolar.

Cabe destacar, entre tais objetivos, a necessidade de capacitação dos profissionais da educação e das equipes pedagógicas para a identificação do *bullying*. Afinal, o artigo 56, inc. I, do Estatuto da Criança e do Adolescente torna compulsória a comunicação, pelos dirigentes de estabelecimento de ensino fundamental, ao Conselho Tutelar, dos casos de maus-tratos envolvendo seus alunos. As omissões quanto à comunicação de suspeitas ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescentes, por parte de professores ou responsáveis por estabelecimento de ensino, podem acarretar infração administrativa, prevista no artigo 245 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com a imposição de multa de três a vinte salários, que deve ser aplicada em dobro em caso de reincidência. Porém, grande parte das pessoas que trabalham nas escolas e também nos conselhos tutelares não sabe diagnosticar nem

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 129 21/10/2015 14:33:35

identificar qual o procedimento a ser realizado em casos de *bullying*, pois a prevenção da violência nas escolas nem sempre integrou a preocupação quanto à formação desses profissionais[31].

Crianças e adolescentes que são vítimas de *bullying* apresentam, normalmente, alguns sinais[32]. Na escola, ficam no recreio isoladas do grupo ou buscam estar perto de adultos para protegê-las. Na sala de aula, apresentam postura retraída, faltas frequentes, estão geralmente deprimidas, tristes, ansiosas ou aflitas. Nas atividades em grupo, são as últimas a serem escolhidas ou são excluídas. Aos poucos, deixam de se interessar pelas atividades e tarefas escolares. Também podem apresentar hematomas, arranhões, cortes ou roupas rasgadas/danificadas.

Os pais e familiares também devem prestar atenção aos sinais característicos do *bullying*[33]. Em casa, as vítimas reclamam, com frequência, de problemas de saúde (como dores de cabeça, enjoo, dor de estômago, tonturas, vômitos, perda de apetite, insônia, mudanças frequentes e intensas de estado de humor, com explosões repentinas de irritação ou raiva). Em geral, não têm amigos ou se relacionam muito pouco, havendo uma ausência de telefonemas, e-mails, mensagens, torpedos, convites para festas e passeios com colegas ou o grupo escolar. Além disso, costumam apresentar desculpas para faltar, sem motivo, às aulas.

Por outro lado, o Projeto de Lei 1.011/11, de autoria do deputado federal Fábio Faria (PMN/RN), define o crime de intimidação escolar no Código Penal brasileiro, no contexto dos crimes contra a honra, propondo a introdução do artigo 141-A, com a seguinte redação: *"Intimidação escolar Art. 141-A – Intimidar o indivíduo ou grupo de indivíduos que de forma agressiva, intencional e repetitiva, por motivo torpe, cause dor, angústia ou sofrimento, ofendendo sua dignidade em razão de atividade escolar ou em ambiente de ensino: Pena – detenção de um mês a seis meses e multa. § 1º O Juiz pode deixar de aplicar a pena: I – quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a intimidação. § 2º Se a intimidação consiste em violência ou vias de fato, que por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerarem aviltantes: Pena – detenção de três meses a um ano e multa, além da pena correspondente à violência. § 3º Se a intimidação tem a finalidade de atingir a dignidade da vítima ou vitimas pela raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de*

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 130 21/10/2015 14:33:35

pessoa idosa ou que seja portadora de deficiência: Pena – reclusão de dois a quatro anos e multa. § 4º Considera-se intimidação escolar, para os efeitos penais as atitudes agressivas, intencionais e repetitivas, adotadas por um indivíduo intimidador ou grupo de indivíduos intimidadores contra outro(s) indivíduo(s), sem motivação evidente, causando dor, angústia ou sofrimento e, executadas em uma relação desigual de poder, o que possibilita a caracterização da vitimização." Tal projeto de lei aguarda parecer na Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF).

É curial enaltecer ainda as iniciativas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Em 2010, o CNJ editou a cartilha "*Bullying: Justiça nas escolas*" como parte do Projeto Justiça nas Escolas. Em setembro de 2013, o CNMP criou o projeto didático "Conte até 10 nas Escolas – Cartilha com roteiros de aulas"[34], com o objetivo de estimular e enriquecer o debate entre direção, docentes, pais e alunos das unidades de ensino quanto ao tema da violência e quais as formas de enfrentá-la. O referido projeto foi dividido em quatro temas, entre os quais a "Violência nas Escolas e Bullying".

A maioria das escolas brasileiras ainda não está preparada para enfrentar o problema do *bullying* de maneira eficaz

O *bullying* também tem ocupado bastante espaço na mídia. Mencione-se o episódio ocorrido na Escola Municipal Tasso da Silveira, em Realengo, no Rio de Janeiro, em 2011, que causou a morte de vários estudantes e, logo depois, o suicídio do autor dos disparos, que se declarara, anteriormente, vítima de *bullying*.

Apesar do crescente número de leis e de todos os programas de apoio e divulgação, a maioria das escolas brasileiras ainda não está preparada para enfrentar o problema do *bullying* de maneira eficaz, embora reconheça a existência de uma *cultura de violência* que invade o ambiente escolar[35].

O *bullying* é verificado de formas diferentes em cada escola. Por essa razão, o seu enfrentamento não se resume a "receitas prontas"[36], devendo essa espécie de violência ser analisada de forma contextualizada[37]. O tema não pode ser mais encarado sem a seriedade neces-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 131 21/10/2015 14:33:35

sária. Brincadeiras sem graça, chacotas ou mesmo humilhações, não raramente, podem ir além de meros comportamentos infantis ou imaturos[38], escondendo processos de vitimização que precisam ser diagnosticados e tratados.

Logo, é indispensável a capacitação dos profissionais da educação para lidar com esse problema, a maior conscientização de estudantes, pais e sociedade, além da formação de equipes interdisciplinares para atuarem na área da infância e juventude e a articulação de redes de proteção envolvendo instituições como os conselhos escolares, tutelares, dos direitos da criança e do adolescente e da educação, sem prejuízo do desenvolvimento de programas voltados para a ressocialização e a recuperação tanto dos autores quanto das vítimas e das testemunhas de *bullying*.

Os ciclos de *bullying* estão ligados à falta de habilidades essenciais relacionadas à prevenção da violência. Na construção de um programa *antibullying*, devem ser consideradas as seguintes habilidades para o desenvolvimento pessoal: tomada de decisões; pensamento criativo; comunicação efetiva; autoconhecimento; lidar com emoções; resolução de problemas; pensamento crítico; capacidade de relacionamento interpessoal; empatia; enfrentamento dos estressores[39].

Além disso, é necessário aprofundar os conhecimentos quanto à aplicação da psicologia com crianças e adolescentes, inclusive para buscar o aperfeiçoamento científico para que seja possível diagnosticar, prevenir e combater a ocorrência do *bullying*.

No contexto social, para perceber a violência e identificar os fatos conforme as atitudes praticadas pelos agentes no ambiente escolar, também é preciso entender as causas que levam crianças e adolescentes a praticar o *bullying*.

5. Violência doméstica e *bullying*

Está cada vez mais comum crianças e adolescentes presenciarem cenas de violência. Imagens e vídeos explicitando cenas de agressões e humilhações estão disponibilizadas abertamente para serem assistidas,

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 132 21/10/2015 14:33:35

compartilhadas e propagadas para toda sociedade, seja na televisão, seja na *internet*.

Aliás, não raro, os "trotes" acadêmicos extrapolam os limites, provocando diversas agressões e, infelizmente, até morte de alunos.

Pesquisa realizada por Anna C. Baltry a respeito dos efeitos provocados pelo *bullying* dentro do âmbito familiar confirma que as crianças que presenciam cenas de agressão no ambiente familiar demonstram maiores riscos de cometer violência contra seus pares e de serem vítimas de intimidação[40]. Ademais, o impacto da violência doméstica teve resultado diferente para meninos e meninas. De modo geral, os meninos que vivenciaram violência doméstica de forma direta ou foram expostos a ela demonstraram maior probabilidade de se envolverem em situações de intimidação na escola, principalmente como agressores[41]. Já as meninas que foram expostas à violência psicológica entre os pais tiveram significativo envolvimento em *bullying* como autor/alvo[42].

O meio social em que as crianças e adolescentes vivem pode desencadear ou ser fator agravante para que elas sejam autores ou vítimas de *bullying*. Por isso, torna-se primordial o auxílio de equipes multidisciplinares e o aperfeiçoamento técnico dos profissionais que possuem contato direto com as crianças e adolescentes, em nível escolar, para que possam melhor identificar a ocorrência de possíveis formas de violências domésticas e concluir se o estudante está em situação de risco. Neste caso, os fatos devem ser levados ao conhecimento dos conselhos tutelares, da polícia, do Ministério Público ou do Poder Judiciário para evitar maiores traumas e prevenir o *bullying* no meio social.

O ensinamento dos valores humanos, da ética, do respeito às diferenças, da solidariedade e do altruísmo começa dentro de casa. É da responsabilidade dos pais, como educadores de seus filhos, que deve ser estendido ao ambiente escolar, onde crianças e adolescentes passam grande parte de seu tempo[43].

Por sua vez, a escola, com auxílio da família e da comunidade, deve proporcionar um aprendizado que ultrapasse o conteúdo dos currículos disciplinares. Uma das missões da educação é formar um povo, isto

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 133 21/10/2015 14:33:35

é, ajudar as *pessoas* a sonhar para que, juntas, possam construir um país melhor[44]. As escolas devem ser o espaço para que professores e alunos compartilhem seus sonhos, porque sem eles não há povo nem a possibilidade da edificação de um país mais justo.

Diante do fenômeno da violência, a escola além de realizar um papel de socialização, também deve buscar a promoção dos direitos humanos e encontrar formas de prevenir e evitar conflitos.

Como a existência de conflitos é inevitável, o essencial é aprimorar os espaços democráticos, pelo empoderamento de todos os integrantes da rede escolar (alunos, responsáveis, professores, funcionários administrativos e de apoio). Casos de *bullying* devem ser discutidos não apenas com as pessoas envolvidas no conflito, mas também com a comunidade escolar e a família, para que as responsabilidades sejam *compartilhadas* e o poder da educação, da aprendizagem e da transformação de boas práticas seja valorizado[45].

A não repetição do *bullying* exige a permanente observação do comportamento dos integrantes da comunidade escolar a fim de que os valores humanos e as condutas éticas sejam fortalecidos e difundidos (inclusive por intermédio do desenvolvimento de atividades culturais, esportivas e multidisciplinares), para servirem como exemplos de pacificação. Nesse sentido, é essencial construir *propostas metodológicas* inovadoras em que o problema da violência, presente na escola ou na comunidade, seja objeto de reflexão e análise coletiva, para que todos os envolvidos possam buscar soluções com fundamento nos direitos humanos.

Como a violência é socialmente constituída, a previsão de programas e de políticas *antibullying*, aliada à educação em direitos humanos na perspectiva interdisciplinar e transversal (a ser considerada na construção dos projetos político-pedagógicos, dos regimentos escolares, dos planos de desenvolvimento institucionais e dos programas pedagógicos das instituições de ensino superior), serve para que os profissionais da educação e os estudantes possam ser capacitados para diagnosticar o *bullying* e, junto com as famílias e a comunidade, inibir maiores danos psicológicos e sociais às vítimas, além de propagar a *cultura da paz*.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 134 21/10/2015 14:33:35

6. Conclusão

A educação permite que as pessoas se reconheçam como *protagonistas* na construção de uma sociedade democrática e menos violenta. Disseminar a formação ética, baseada nos valores da dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, justiça, paz e reciprocidade fortalece os laços de solidariedade, emancipa os indivíduos para defenderem interesses sociais relevantes, empodera os cidadãos e os torna agentes de transformação social.

O respeito entre as pessoas e as suas diferenças impõe a consciência dos deveres e o reconhecimento dos direitos fundamentais. A aceitação da diversidade e o respeito à diferença torna possível a convivência pacífica.

No preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, está estabelecido que *"o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo*". Ainda, o artigo 1º enfatiza que *"todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns com os outros com espírito de fraternidade*".

Em sociedades marcadas pela exclusão, por conflitos, por desigualdades estruturais, por injustiças institucionalizadas e por direitos fundamentais sistematicamente violados, cresce a violência, a cidadania é enfraquecida e a democracia fica seriamente ameaçada.

Nesse contexto, a educação para os direitos humanos deve ser priorizada para fortalecer o respeito à dignidade de cada ser humano[46], possibilitar o pleno desenvolvimento da personalidade, promover o respeito às diferenças e à igualdade, além de permitir a participação social efetiva na construção de uma sociedade livre baseada na cultura da paz.

O *reconhecimento do outro* como alguém que tem dignidade e é sujeito de direitos fortalece os laços de solidariedade. Permite que, pela educação, os conflitos sejam prevenidos ou mediados de forma a evitar ou minimizar os efeitos nocivos da violência nas escolas.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 135 21/10/2015 14:33:35

O *bullying* é um tipo de violência, por vezes silenciosa, que atinge crianças e adolescentes. A ausência de planos *antibullying* no âmbito escolar dificulta o seu diagnóstico, prevenção e resolução, acentua a cultura da violência e afasta a escola da promoção dos direitos humanos.

Portanto, é necessário que a sociedade tenha atenção a esse problema para que seja possível a melhor capacitação dos profissionais da educação, a formação de equipes interdisciplinares e a atuação efetiva de redes de proteção na área da infância e juventude (que incluem projetos político-pedagógicos e regimentos internos construídos coletivamente, com a participação ampla e democrática dos estudantes, grêmios estudantis, conselhos escolares, tutelares, dos direitos da criança e do adolescente e da educação), o maior envolvimento da família e da comunidade[47], bem como o desenvolvimento de estratégias para a ressocialização e recuperação das vítimas de *bullying*, além da educação dos agressores e das testemunhas para que o ciclo de violência cesse e seja possível praticar o respeito, a reciprocidade e a aceitação das diferenças.

Abstract

Bullying is a form of violence usually manifested in schools. The correct diagnosis is very important to prevent violence and to stimulate the peace culture. Family, school and society must act together to promote human values, the ethics and citizenship.

Notas

1. Eduardo Cambi. Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria Geral de Justiça do Paraná. Membro do Grupo de Trabalho de Defesa do Direito à Educação do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia. Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR).

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 136 21/10/2015 14:33:35

2. Priscila Sutil de Oliveira. Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista em Direito Constitucional pela Rede de Ensino LFG. Bacharel em Direito pela Faculdade União de Ponta Grossa-Paraná. Consultora Jurídica e Pesquisadora.
3. Comportamento insistente de quem procura intimidar, por meio de violência física ou psicológica, alguém que é incapaz de se defender geralmente em ambiente escolar. Cfr. HOUAISS, Antônio. *Dicionário da língua portuguesa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010. p. 121.
4. MACHADO, Juliana Schweidzon. *Bullying*: práticas positivas de prevenção na escola. Rio de Janeiro: Ministério Público do Rio de Janeiro, 2014. p. 34.
5. ALBINO, Priscila Linhares; TERÊNCIO, Marlos Gonçalves. Considerações críticas sobre o fenômeno do *bullying. Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense,* v. 15, jul./dez./2009, p. 169-195.
6. MARRA, Cecília Auxiliadora dos Santos; TOSTA, Sandra de Fátima Pereira. Violência escolar: percepção e repercussão no cotidiano da escola. In: *Síndrome do medo contemporâneo e a violência na escola*. Coord. Luiz Alberto Oliveira Gonçalves e Sandra de Fátima Pereira Tosta. Belo Horizonte: Autêntica, 2008. p. 153-190.
7. MACHADO, Juliana Schweidzon. Idem. p. 34.
8. LOPES NETO, Aramis A. *Bullying*: comportamento agressivo entre estudantes. *Jornal de Pediatria:* Sociedade Brasileira de Pediatria, Porto Alegre, v. 81, n. 5, nov. 2005, p. 164-172.
9. LOPES NETO, Aramis A. Injúrias intencionais (violência): *bullying* – comportamento agressivo entre estudantes. In: *Tratado de pediatria*. Org. Fábio Ancona Lopez e Dioclécio Campos Júnior. Barueri: Manole, 2007. p. 137.
10. MACHADO, Juliana Schweidzon. Idem. p. 36.
11. SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Bullying. Cartilha 2010 – Projeto Justiça nas Escolas.* Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010. p. 8-9.
12. Idem, p. 7-8.
13. ALVES, Márcia Renata Ferreira. *Consequências penais na prática do bullying.* Lorena: Centro Universitário Salesiano de São Paulo, 2011. Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:m_BBhzE-ddcJ:www.revista.unisal.br/lo/index.php/revdir/article/download/103/67+ &cd =1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em: 31 de maio 2015.
14. Idem. Ibidem.
15. SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Bullying*: mentes perigosas nas escolas. Rio de Janeiro. Objetiva, 2010. p. 43.
16. Idem, p. 37-46.
17. GOMES, Ana Elizabeth Gondim; REZENDE, Luciana Krauss. *Reflexões sobre bullying na realidade brasileira utilizando a técnica da análise de conteúdo:* revisão bibliográfica. (Disponível em: http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/CCBS/Pos-Graduacao/Docs/Cadernos/Volume_11/Gomes_e_Rezende_v_11_n_1_2011.pdf Acesso em: 14/04/15).

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 137 21/10/2015 14:33:36

18. SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Bullying. Cartilha 2010 – Projeto Justiça nas Escolas.* Cit., p. 9.
19. Idem. Ibidem.
20. A *ética* permite gerenciar os conflitos e apontar caminhos para a construção pessoal e coletiva. Serve, ainda, para advertir contra as ameaças de destruição do bem comum e da justiça, bem como chamar atenção para o respeito que se deve ter aos outros seres humanos. Cfr. BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Educação em Direitos Humanos*: Diretrizes Nacionais. Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013. p. 37.
21. A Abrapia é uma entidade privada com fins públicos, idealizada pelo pediatra Lauro Monteiro e fundada em 1988 no Rio de Janeiro, que tem como objetivo a defesa e a promoção dos direitos de crianças e adolescentes. Atualmente suas pesquisas estão disponíveis no site: www.observatóriodainfancia.com.br.
22. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA MULTIPROFISSIONAL DE PROTEÇÃO À INFÂNCIA E A ADOLESCÊNCIA – ABRAPIA. *Bullying:* violência na escola. Disponível em: <http://www.observatoriodainfanicia.com.br>. Acesso em: 17 out. 2008.
23. SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Bullying. Cartilha 2010 – Projeto Justiça nas Escolas.* Cit., p. 12.
24. MACHADO, Juliana Schweidzon. Idem. p. 45.
25. PIRES, Sergio Fernandes Senna. Lie to Me – Quinto Episódio. *Instituto Brasileiro de Linguagem Corporal*. Disponível em < http://linguagemcorporal.net.br/lie-to--me-quinto-episodio/>. Acesso em 18 Abril 2015.
26. BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Educação em Direitos Humanos*: Diretrizes Nacionais. Cit., p. 11 e 44.
27. MACHADO, Juliana Schweidzon. Idem. p. 45.
28. SILVA, Márcia Valéria Almeida da; RIBEIRO, Vanessa Matos; DINIZ, Samilly Oliveira. *Bullying*: práticas positivas de prevenção na escola. Rio de Janeiro: Ministério Público do Rio de Janeiro, 2014. p. 11-5.
29. Idem. p. 14.
30. O Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, ao explicitar tal assunto, afirma se tratar de *"um processo sistemático e multidimensional que orienta a formação do sujeito de direitos, articulando as seguintes dimensões: a) apreensão de conhecimentos históricos constituídos sobre direitos humanos e a sua relação com os contextos internacional, nacional e local; b) afirmação de valores, atitudes e práticas sociais que expressem a cultura dos direitos humanos em todos os espaços da sociedade; c) formação de uma cultura cidadã capaz de se fazer presente nos níveis cognitivo, social, ético e político; d) desenvolvimento de processos metodológicos participativos e de construção coletiva, utilizando linguagens e materiais didáticos contextualizados; e) fortalecimento de práticas individuais e sociais que gerem ações e instrumentos em favor da promoção, da proteção e da defesa dos direitos humanos, bem como da reparação das violações".*

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 138 21/10/2015 14:33:36

31. SILVA, Elizângela Napoleão da; ROSA, Ester Calland de Sousa. Professores sabem o que é *bullying*? Um tema para a formação docente. *Psicol. Esc. Educ.*, Maringá, v. 17, n. 2, dez./2013, p. 329-338.
32. SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Bullying. Cartilha 2010 – Projeto Justiça nas Escolas.* Cit., p. 10.
33. Idem. Ibidem.
34. Cartilha Conte até 10 nas escolas. Disponível em: http://www.educacao.mppr.mp.br/arquivos/File/publicacoes/cnmp/cartilha_conte_ate_10_escolas_cnmp.pdf. Acesso em: 02 de junho 2015.
35. VENTURA, Alexandre; FANTE, Cleo. *Bullying*: intimidação no ambiente escolar e virtual. Belo Horizonte: Conexa, 2011. p.123.
36. Idem, ibidem.
37. FREIRE, Alane Novaes; AIRES, Januária Silva. A contribuição da psicologia escolar na prevenção e no enfrentamento do *bullying*. *Revista Psicologia Escolar e Educacional*, 16(1). Recuperado: 29 abril de 2013. Disponível: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-85572012000100006. Acesso em: 18 de maio de 2015.
38. ESCOREL, Soraya Soares da Nóbrega. *Bullying escolar e a visão do Ministério Público no enfrentamento do problema.* https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1141/R%20DJ%20Coment%20civil%20%20Bullying%20escolar%20-%20soraya.pdf?sequence=1-p.4.
39. MACHADO, Juliana Schweidzon. Idem. p. 40-1.
40. FRANCISCO, Marcos Vinicius; LIBORIO, Renata Maria Coimbra. Um estudo sobre *bullying* entre escolares do ensino fundamental. *Psicol. Reflex. Crit.*, Porto Alegre, v. 22, n. 2, 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722009000200005&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 13 abr. 2015.
41. Idem. Ibidem.
42. WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque. Violência intrafamiliar e intimidação entre colegas no ensino fundamental. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, v. 39, n. 138, p. 995-1.018.
43. SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Bullying. Cartilha 2010 – Projeto Justiça nas Escolas.* Cit., p. 11.
44. ALVES, Rubem. *Conversas sobre educação.* 11. ed. Campinas: Verus Editora, 2014. p. 8-9.
45. SILVA, Márcia Valéria Almeida da; RIBEIRO, Vanessa Matos; DINIZ, Samilly Oliveira. Idem. p. 26-7.
46. A dignidade da pessoa é a condição na qual cada ser humano pode exigir ser tratado como semelhante a todos os demais, independentemente do seu gênero, cor da pele, preferência sexual, religião ou concepções de mundo. A dignidade permite que cada ser humano seja único e irrepetível. Cfr. Luis Sime Poma. La educación en derechos humanos: una pedagogía del reconocimien-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 139 21/10/2015 14:33:36

to. In: *Hacia una pedagogía de la convivencia.* Lima: Fondo Editorial, PUCP, 2002. p. 22.

47. O artigo 205 da Constituição Federal estabelece que a *"educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho"*. De igual modo, o artigo 2º da Lei 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) deixa claro que a *"educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios da liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho"*. Também o Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 53, par. ún., dispõe: *"É direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar das propostas educacionais"*.

Referências

ALBINO, Priscila Linhares; TERÊNCIO, Marlos Gonçalves. Considerações críticas sobre o fenômeno do *bullying. Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense,* v. 15, jul./dez./2009.

ALVES, Márcia Renata Ferreira. *Consequências penais na prática do bullying.* Lorena: Centro Universitário Salesiano de São Paulo, 2011. Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:m_BBhzE-ddcJ:www.revista.unisal.br/lo/index.php/revdir/article/download/103/67+&cd=1&hl=pt--BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em: 31de Maio 2015.

ALVES, Rubem. *Conversas sobre educação.* 11. ed. Campinas: Verus Editora, 2014.

ESCOREL, Soraya Soares da Nóbrega. *Bullying escolar e a visão do Ministério Público no enfrentamento do problema.* https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1141/R%20DJ%20Coment%20civil%20%20Bullying%20escolar%20-%20soraya.pdf?sequence=1-p.4.

FRANCISCO, Marcos Vinicius; LIBORIO, Renata Maria Coimbra. Um estudo sobre *bullying* entre escolares do ensino fundamental. *Psicologia:* reflexão e crítica, Porto Alegre, v. 22, n. 2, 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722009000200005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 13 abr. 2015.

FREIRE, Alane Novaes; AIRES, Januária Silva. A contribuição da psicologia escolar na prevenção e no enfrentamento do *bullying*. *Revista Psicologia Escolar e Educacional*, 16(1). Recuperado: 29 abr de 2013. Disponível: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-85572012000100006. Acesso em: 18 de maio de 2015.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 140 21/10/2015 14:33:36

GOMES, Ana Elizabeth Gondim; REZENDE, Luciana Krauss. *Reflexões sobre bullying na realidade brasileira utilizando a técnica da análise de conteúdo*: revisão bibliográfica. Disponível em: http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/CCBS/Pos-Graduacao/Docs/Cadernos/Volume_11/Gomes_e_Rezende_v_11_n_1_2011.pdf Acesso em: 14/04/15).

HOUAISS, Antônio. *Dicionário da língua portuguesa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

LOPES NETO, Aramis A. *Bullying*: comportamento agressivo entre estudantes. In: *Jornal de Pediatria*: Sociedade Brasileira de Pediatria, Porto Alegre, v. 81, n. 5, nov. 2005.

_____. Injúrias intencionais (violência): *bullying* – comportamento agressivo entre estudantes. In: *Tratado de Pediatria*. Org. Fábio Ancona Lopez e Dioclécio Campos Júnior. Barueri: Manole, 2007.

MACHADO, Juliana Schweidzon. *Bullying*: práticas positivas de prevenção na escola. Rio de Janeiro: Ministério Público do Rio de Janeiro, 2014.

MARRA, Cecília Auxiliadora dos Santos; TOSTA, Sandra de Fátima Pereira. Violência escolar: percepção e repercussão no cotidiano da escola. In: *Síndrome do medo contemporâneo e a violência na escola*. Coord. Luiz Alberto Oliveira Gonçalves e Sandra de Fátima Pereira Tosta. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

PIRES, Sergio Fernandes Senna. Lie to Me – Quinto Episódio. *Instituto Brasileiro de Linguagem Corporal*. Disponível em < http://linguagemcorporal.net.br/lie-to-me--quinto-episodio/>. Acesso em: 18/04/2015.

POMA, Luis Sime. La educación en derechos humanos: una pedagogía del reconocimiento. In: *Hacia una pedagogía de la convivencia.* Lima: Fondo Editorial, PUCP, 2002.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Bullying: mentes perigosas nas escolas.* Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

_____. *Bullying. Cartilha 2010 – Projeto Justiça nas Escolas.* Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010.

SILVA, Márcia Valéria Almeida da; RIBEIRO, Vanessa matos; DINIZ, Samilly Oliveira. *Bullying*: práticas positivas de prevenção na escola. Rio de Janeiro: Ministério Público do Rio de Janeiro, 2014.

SILVA, Elizângela Napoleão da; ROSA, Ester Calland de Sousa. Professores sabem o que é *bullying?* Um tema para a formação docente. *Revista Semestral de Psicologia Escolar e Educacional*, Maringá, v. 17, n. 2, dez./2013.

VENTURA, Alexandre; FANTE, Cleo. *Bullying*: intimidação no ambiente escolar e virtual. Belo Horizonte: Conexa, 2011.

WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque. Violência intrafamiliar e intimidação entre colegas no ensino fundamental. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, v. 39, n. 138.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 141 21/10/2015 14:33:36

As expectativas da doutrina europeia de encontrar um paradigma para a configuração da responsabilidade do Estado por ato legislativo

Vanessa Massaro[1]
Advogada

1. Introdução

A responsabilidade do Estado por atos legislativos contém, pela sua própria essência, uma referência a conceitos fundamentais da dogmática relativa aos entes públicos, ou seja, o de *soberania popular* como poder limitado e o de *lei* como resultado do exercício do poder estatal, os quais representam as bases do estado democrático de direito. Contudo, a afirmação da existência de tal responsabilidade implica a atuação plena do princípio de imputabilidade de todos os entes públicos no desenvolvimento de suas respectivas funções, "*corolário do estado de direito*" (Bifulco R., *A responsabilidade do Estado por atos legislativos*, Padova, 1999, página 12) [tradução nossa].

Portanto, o estudo da responsabilidade do Estado por ato legislativo comporta não apenas uma consideração sobre os instrumentos de proteção das posições jurídicas subjetivas do cidadão, como também suas reivindicações em relação às autoridades públicas, uma reconsideração sobre a aplicabilidade efetiva das suas reivindicações em relação a todas as instituições estatais e, não menos notável, uma reavaliação das características dos modernos estados democráticos pluralistas na redefinição da forma do estado constitucional de direito, no que se refere às tentativas modernas de redução progressiva na limitação do poder estatal.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 143 21/10/2015 14:33:36

Ao analisar a evolução histórica do princípio da legalidade e suas implicações, verifica-se que esta evolução não exprime apenas a exigência de uma prévia norma legal em sentido *stricto*, fundamentada no poder atribuído a uma autoridade estatal governamental, mas que também seja uma fonte de legitimação do poder atribuído, desvinculado dos limites que lhe eram impostos no passado por obra do princípio da soberania estatal.

As eventuais limitações que o princípio da legalidade possa estar sofrendo nos dias atuais podem ser consideradas legítimas se os fatos forem muito bem fundamentados em relação a uma determinada questão e sobre a base de princípios de valores com os quais esta derrogação da norma possa ser equilibrada.

2. Mecanismos históricos utilizados e a necessidade de resolver o problema da responsabilidade estatal

A progressiva abertura do circuito político europeu a múltiplos e diferentes interesses sociais por meio de uma ligação recíproca com o nascimento do Estado *pluriclasse,* ou podemos dizer de um Estado de *multi-catégories,* e com a relativa predisposição de mecanismos jurídicos diretos que se traduziram a um nível normativo, contempla esta nova complexidade, qual seja, a de que os pressupostos legais e políticos da irresponsabilidade do Poder Legislativo podem mudar os termos da representação política, do produto parlamentar e, inclusive, da organização do Estado.

Devido a essas alterações estruturais e culturais, a doutrina europeia, principalmente, começa a resolver o problema da responsabilidade do Estado por atos legislativos nos casos de ocorrência de um dano na esfera jurídica do indivíduo, formulando premissas para a superação da barreira da arbitrariedade do legislador, ainda que este pensamento seja muito utilizado e defendido doutrinariamente em alguns países.

Desde as primeiras reflexões doutrinárias, as questões relacionadas com os fundamentos e os pressupostos da responsabilidade pública não poderiam mais ser fortemente influenciados pelo antigo dogma da

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 144 21/10/2015 14:33:36

incompatibilidade entre a responsabilidade e o poder soberano, mesmo que tal pensamento tivesse a possibilidade de estabelecer sólidos fundamentos ao longo dos séculos e em diferentes formas de estados, principalmente nos estados europeus.

Este dogma ainda é muito atual em alguns países, porém hoje é necessário levar-se em consideração o fato de que em um ordenamento democrático não pode faltar uma clara e adequada responsabilidade pelo exercício de um poder, e que tal responsabilidade deve ser determinada pelo próprio Estado no exercício independente de sua função, mesmo que o equilíbrio entre direitos e responsabilidades seja dificilmente alcançado, na forma concreta ou abstrata, por causa da forte resistência geral do poder a se sobrepor às regras, principalmente no caso de ocorrerem eventuais transgressões e de o poder estatal estar obrigado a responder por isso.

A problemática relativa à responsabilidade pública não pode ser adequadamente exposta senão sobre a ótica da evolução entre a liberdade, a responsabilidade e o poder

O maior grau de resistência reside na máxima expressão da soberania, conforme declara o jurista Lombardi: "*A garantia se apega onde o Estado revela a sua mais alta expressão, a de Poder Legislativo, que concentra em si legalidade, legitimidade, racionalidade e imunidade absoluta*" ("Ilícito constitucional e responsabilidade do legislador", em "Direito Público Comparado Europeu", 2000, p. 1.796) [tradução nossa].

Essa relutância em aceitar a responsabilidade do legislador que existe até os dias de hoje na Europa pode ter como causa eventos ocorridos no passado, especialmente no que tange à afirmação do princípio da responsabilidade da administração pública e consequentemente do Estado, para assim reconstruir a história da relação entre o Estado e o direito, através de um enredo sobre as consequências da existência do axioma que entende um poder público livre de legalidades e, por conseguinte, livre de qualquer responsabilidade, "*que é, em última análise, a história da judicialização das autoridades públicas na difícil relação entre as violações das situações objetivas e das lesões causadas em situações jurídicas subjetivas onde as persistentes e numerosas declarações de não ha-*

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 145 21/10/2015 14:33:36

ver conciliação entre a responsabilidade e poder se traduzem em espaços vazios de proteção" (Carrà M. em "*A afirmação da responsabilidade da administração pública em algumas experiências europeias*", citado por D. Sorace em "*A responsabilidade pública na experiência jurídica europeia*", Bolonha 1994, p. 33) [tradução nossa].

De uma parte, a problemática relativa à responsabilidade pública em geral não pode ser adequadamente exposta senão sobre a ótica da complexa evolução entre a liberdade, a responsabilidade e o poder; de certa forma, uma eventual responsabilidade do legislador encontra fundamentos no êxito desta evolução. Com relação a este tema, o jurista Ferrajoli, em sua obra "*Direitos fundamentais*" (Bari. 2001, p. 18 e ss.) defende a identificação do estado de direito com a dimensão substancial da democracia, por influência da qual os direitos fundamentais viriam a impor obrigações à legislação, ou seja, a sujeição do direito ao próprio direito acarretaria, de forma menor, "*a presunção de regularidade dos atos que cabem ao poder público*" (Gianformaggio L., "Direito e razão entre ser e dever ser". Turim, 1993, p. 28) [tradução nossa].

3. A multiplicidade de modelos de ressarcimento na União Europeia e o elemento culpa

Surgiu uma multiplicidade de modelos de responsabilidades do Estado com base nas diferenças do elemento culpa em comparação entre as diversas experiências jurídicas europeias no que se refere à responsabilidade pública, porém com um revés essencial, não porque se responde a uma questão cognoscitiva e de reconhecimento, mas uma exigência relacionada a um contexto inserido numa reflexão sobre a responsabilidade do legislador e que seria útil para satisfazer uma necessidade urgente de resolver a incógnita fundamental que afeta a base do tema em tela, que seria a comparação dos sistemas nacionais de responsabilidade do Estado à luz das características históricas e culturais desses mesmos países, uma vez que tal metodologia contribuiria para clarear as razões do nascimento do instituto da responsabilidade do legislador em contraponto com o axioma da irresponsabilidade estatal.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 146 21/10/2015 14:33:36

As primeiras tendências jurisprudenciais advindas das cortes de justiça italianas no que se refere à responsabilidade do legislador ocorreram por conta das sentenças de juízes nacionais, de elaborações doutrinárias e da evolução das disciplinas internas da responsabilidade estatal, mesmo que num contexto apenas municipal, primeiramente. Em relação a este questionamento, o jurista Häberle, em sua obra denominada "*Cultura dos direitos e os direitos da cultura no espaço constitucional europeu"* (Milão, 2003). afirmou: "*O tempo é maduro para uma canonização da comparação jurídica (direito comparado) como 'quinto' método de interpretação das normas*" [tradução nossa].

Uma análise aprofundada sobre a cultura jurídica e sobre os direitos nacionais europeus encontra sua utilidade no sentido de compreender-se em que modo ocorre a presunção de irresponsabilidade jurídica daqueles que detêm o poder, bem como dos legisladores em específico, pois tal dogma teve sua origem no estado de direito ocidental a reboque de um complexo de princípios jurisprudenciais comunitários.

4. O sistema comunitário europeu de responsabilidade do Estado

O sistema comunitário europeu de responsabilidade do Estado valoriza as tradições de cada país mediante a circulação cultural dos vários modelos jurídicos, sendo que as semelhanças dos modelos comunitários europeus estão destinadas a concentrar-se no método dialético hegeliano chamado de *Aufhebung*, num esforço de superamento crítico do passado, por meio de um movimento de transformação e desenvolvimento por experiências ocorridas com o fluxo temporal, caracterizado principalmente pela conservação relativa do que foi superado através da manifestação de potencialidades e tendências que seriam latentes.

Em consequência, para que os resultados e as conclusões que emergem na União Europeia encontrem uma dimensão concreta, entende-se necessário que sejam recebidas e aceitas pelos ordenamentos de cada país-membro. Também a Corte Europeia deve analisar o fato de que os

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 147 21/10/2015 14:33:36

juízes nacionais exercitam as suas atribuições institucionais lastreados nos instrumentos que estejam previstos no direito interno de cada país, ou seja, nos procedimentos jurisdicionais previstos em seus respectivos ordenamentos, como por exemplo o controle de constitucionalidade, de legitimidade e de mérito, a fim de atualizar os paradigmas comunitários no que se refere à bagagem jurídica e cultural do Estado do qual seja originário, e sem prescindir dos modelos de responsabilidade pública vigentes.

Neste sentido escreve o jurista Manfrellotti: "*O ordenamento comunitário dispõe de mecanismos de tomadas de decisões e órgãos legitimados a iniciar os relativos procedimentos, mas não dispõe de instrumentos para levar tais escolhas a efetividade. As decisões da União Europeia constituem titulo executivo, mas que valem diante dos órgãos jurisdicionais dos Estados membros que requeiram a tutela do direito*" ("*Sistema das fontes e endereço político nas dinâmicas da integração europeia*". Turim, 2004, p. 26-7) [tradução nossa].

Vários sistemas convergem no sentido de uma tentativa única de ressarcimento dos danos produzidos pela administração pública

Diante de uma análise mais aprofundada sobre os diferentes modelos de responsabilidade estatal por ato legislativo nos diversos países da União Europeia, o que podemos concluir, num primeiro momento, é que os vários sistemas convergem no sentido de uma tentativa única de ressarcimento dos danos produzidos pela administração pública, nos casos em que esteja demonstrado um nexo de causalidade entre o prejuízo causado e a atuação da administração pública.

No que se refere ao modelo francês e ao modelo espanhol de ressarcimento de danos, por exemplo, podemos observar doutrinariamente que houve uma passagem do sistema baseado na responsabilidade por culpa para a responsabilidade objetiva do Estado, ofuscando e minimizando a figura do agente administrativo que produz o dano, focalizando-se mais na atividade administrativa em sentido *stricto.*

Estas mudanças na responsabilização do Estado nas diversas vertentes europeias, de um lado, ampliaram a tutela do cidadão diante do

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 148 21/10/2015 14:33:36

poder administrativo estatal, porém, de outra parte, trouxeram consigo uma grande demanda de ações de responsabilidade estatal.

Observou-se que estas inclinações doutrinárias seriam uma resposta para a ampliação daquela noção específica de sacrifício do indivíduo em relação ao interesse público por parte da jurisprudência alemã, por exemplo, pois os tribunais alemães estariam mais voltados a estender por analogia as pretensões individuais de ressarcimento para diferentes espécies de direitos também tutelados ou protegidos.

Diante dessas evoluções sistemáticas gerais, a fórmula abstrata da responsabilidade do Estado por ato legislativo reconduz conceitualmente ao esquema da responsabilidade administrativa por atos legítimos; todavia, tal responsabilidade ainda está bem longe de estar consagrada autonomamente nos ordenamentos europeus, por ser considerada por alguns doutrinadores como defeituosa de consistência, veracidade e fundamento.

Nos diferentes sistemas europeus, a responsabilidade do legislador, mesmo que se desvinculando da hegemonia dos diversos modelos, torna-se sempre uma hipótese remota e excepcional, limitada a casos muito raros de condenação por procedimentos específicos, que se baseiam em uma justiça de equidade extremamente empírica, porém flexível, indeterminada e privada de referências normativas.

Contudo, nos casos em se possa tipificar algum tipo de responsabilidade estatal por ato legislativo nos tribunais europeus, mesmo que tais entendimentos possam estar baseados em inconsistentes formulações jurisprudenciais e doutrinárias, impõe-se contextualmente um vínculo e a condição, no entendimento de alguns tribunais europeus, de que o legislador deve prever uma reparação pelas lesões que causar.

5. A doutrina alemã sobre o tema da responsabilidade estatal

Os juristas alemães, principalmente da década de 1820, demonstraram-se opostos ao dogma da incompatibilidade entre a responsabilidade no exercício das atividades administrativas de direito público

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 149 21/10/2015 14:33:36

e a soberania estatal, mesmo que tal cânone esteja muito presente em vários ordenamentos jurídicos até os dias atuais.

Os autores alemães procuram sustentar uma responsabilidade direta do Estado, a chamada *Staatshaftung*. No entanto, tal teoria contrastava com a *teoria do mandato*, que previa uma relação contratual.

Alguns defendiam a tese de que o exercício do poder estatal de forma ilegítima acarretaria uma responsabilidade pelos danos que porventura viessem a ocorrer em consequência de uma ação imediata e de forma originária, não abrindo espaço para maiores discussões neste sentido.

Entretanto, mais tarde este modelo foi abandonado e retornou-se a acolher a chamada teoria do mandato, a qual defende a ideia de que o Estado não seria juridicamente capaz de assumir obrigações, nem mesmo poderia ser um sujeito de direito e obrigações de forma direta. A base deste pensamento renascido no século XIX é que a relação entre o Estado e seus agentes públicos seria um contrato de mandato.

A fórmula do mandato foi muito criticada, pois o mandato é um contrato mediante o qual o mandante outorga poderes a outro, o mandatário, a fim de que este realize determinados atos em nome daquele, mas sob a responsabilidade do mandante. Portanto, o agente seria o mandatário, como pessoa física, do mandante, como pessoa jurídica, que agiria em seu nome e sob a responsabilidade deste, tendo em vista a outorga de poderes.

Refutações surgiram na época sobre tal teoria, sendo a mais significativa a incapacidade voluntária do Estado em outorgar mandatos, ficando em aberto a questão sobre a titularidade do outorgante.

Outra controvérsia bastante discutida foi o fato de haver ou não uma responsabilização do Estado na hipótese de abuso por parte do agente público, ou seja, do mandatário, pois neste caso o Estado não responderia por seus atos perante terceiros se o agente público agisse com excesso ou além das atribuições que lhe foram conferidas por mandato.

Esta última abordagem encontrou espaço no código alemão que entrou em vigor em janeiro de 1900, o qual disciplinava alguns estados germânicos de forma singular, mas outros estados introduziram a responsabilidade indireta e derivada daquela culposa dos funcionários públicos no exercício de suas funções.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 150 21/10/2015 14:33:37

6. O papel do jurista Otto Mayer na defesa da caracterização da responsabilidade estatal na doutrina alemã

Com o ressurgimento do pensamento jusnaturalista, a ideia do sacrifício individual em detrimento do interesse público volta à tona, mas agora com a sua extensão para as atividades estatais ilegítimas, por obra do autor alemão O. Mayer em sua obra "*Direito administrativo alemão*" (*Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1896).

Para o jurista tedesco, o Estado e os cidadãos possuem uma relação de direito público que se caracteriza justamente pela sujeição daqueles ao poder soberano estatal. Suas ideias encontram guarida na necessidade de ressarcimento de danos, chamada no direito alemão de *öffentlichtliche Entsschädigung,* ou seja, no seu entendimento, sendo a relação do Estado com o cidadão uma relação de direito público, este último estaria sujeito a acatar os interesses estatais em detrimento de seu direito individual, o chamado *besondere Opfer*, e também estariam os cidadãos sujeitos a obrigações desiguais na relação de uns contra os outros quando uma atividade pública assim o determinasse, tratando de forma diferenciada as pessoas em nome da soberania estatal.

As ideias defendidas por Otto Meyer podem ter sido um início importante na caracterização da responsabilidade estatal, pois foram gradualmente sendo acatadas pela jurisprudência na defesa de uma coincidência de fundamentos que se baseavam na especialidade, ou seja, no ônus imposto aos cidadãos em benefício do interesse de uma coletividade.

7. A experiência alemã no contexto da responsabilidade estatal e controle sobre as leis arbitrárias

Foi exatamente a experiência alemã através da Constituição de Weimar de 1919 (*Verfassung des Deutschen Reichs)* que colocou em evidência, antes de todas as outras, o fato de ser inadequado o dogma da soberania e supremacia da lei em relação às grandes mudanças ocorridas na realidade social e política dos países naquela época. Foi também a corte germânica que instituiu o primeiro controle de fato sobre as leis arbitrárias.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 151 21/10/2015 14:33:37

Assim, foi a jurisprudência alemã, através das interpretações do artigo 153 da Constituição de Weimar, que rezava especificamente sobre o direito de tutela da propriedade e sobre a expropriação no âmbito do sistema de ressarcimento de dano por lesões a direitos, que primeiramente contemplou questões nunca antes discutidas, como a extensão do conceito clássico de desapropriação previstos na lei para todas as situações jurídicas patrimoniais e as limitações da propriedade, através das sentenças proferidas pelo *Reichsgericht* em 18 de novembro de 1921, em 22 de fevereiro de 1924, em 13 de dezembro de 1924 e também em 11 de março de 1927 (consulta em 9 de junho de 2015 http://www.bundesverfassungsgericht.de e http://www.bverwg.de)

Em 1933 a responsabilidade do Estado foi reconhecida também nos casos de intervenções não jurídicas numa sentença proferida pelo Tribunal Administrativo Alemão, o chamado *Reichsgericht,* de 11 de abril daquele mesmo ano (consulta em 9 de junho de 2015 http://www.bundesverfassungsgericht.de e http://www.bverwg.de).

Neste contexto, no sistema alemão em um determinado momento houve a intenção de reconhecimento da responsabilidade do legislador somente quando uma lei assim o determinasse. Porém, tal exigência não foi acolhida por divergência doutrinária em outros países da União Europeia, justamente porque se entendeu que esta ideia fora construída sobre a base de um substrato formalístico errôneo e desviado, pois esta teoria pressupunha que a atividade do legislador seria meramente técnica e assemelhava-se à atividade de um mero funcionário público.

Devido aos defeitos apresentados pelo modelo teutônico nesta matéria, as disciplinas fundadas sobre a autolimitação do poder estatal foram consideradas imperfeitas, por falta de clareza e uniformidade dos sistemas de responsabilização do legislador. Também porque persiste uma dúvida quanto à centralidade do sujeito que sofre o dano, uma vez que o sujeito que causa o dano, dentro da organização do sistema reparatório europeu, busca como solução pragmática os paradigmas encontrados na jurisprudência do órgão administrativo francês, chamado *Conseil d'État* e nas decisões proferidas pelos juízes administrativos espanhóis, o que caracterizaria a impossibilidade ontológica de prever um sistema exclusivamente comunitário de responsabilidade do Estado (legislador).

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 152 21/10/2015 14:33:37

8. A legislação alemã sobre o tema da responsabilidade estatal por ato legislativo

Mesmo com a modificação constitucional alemã de 1994, a qual atribuiu ao *Bundesanleih* a competência legislativa concorrente sobre a responsabilidade do Estado, e apesar dos numerosos entendimentos doutrinários neste sentido, não existe ainda na Alemanha uma lei federal que preveja reformas relativas à responsabilidades do poder público.

Contudo, nas palavras do jurista Bifulco, podemos entender que "*a tendência da doutrina alemã através do 'Amtshaftung' é de reconhecer a responsabilidade do Estado por atos legislativos, sustentando que a adoção de uma lei inconstitucional constitua uma violação dos deveres atribuídos ao parlamentar*" ("*A responsabilidade do Estado por atos legislativos*", p. 136) [tradução nossa].

Alguns entendem que a tese da responsabilidade estatal por ato legislativo do direito alemão seria muito rígida, pois, segundo a teoria alemã, a injustiça de um dano derivado da eventual declaração de inconstitucionalidade de uma lei incluiria necessariamente a vontade culposa do legislador e assim estaria demonstrado o elemento culpa. Em contrapartida, muitos autores, entre os quais podemos citar M. Clarich, entendem que "*é muito abrangente a questão da responsabilidade da administração pública do ordenamento alemão*" (Bifulco R. "A responsabilidade do Estado por ato legislativo", p. 141, e Berti G., "Função de vigilância e responsabilidade civil da administração pública", Nápoles, 2005, v. II, p. 880 e ss.) [tradução nossa].

9. O modelo francês de responsabilidade estatal e o surgimento da noção de serviço público

O modelo francês de responsabilidade pública tem sua origem no século XIX com a evolução do estado social de direito, quando se originou a noção de serviço público e se previu a definição de um novo ramo do direito, o direito administrativo. Juntamente com ele nasce uma disciplina eclética que é a chamada responsabilidade do Estado,

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 153 21/10/2015 14:33:37

a qual, em termos quase objetivos, chamou-se para o direito francês de *responsabilité pour faute,* e em termos objetivos propriamente ditos chamou-se de *responsabilité sans faute*.

Na França, a responsabilidade estatal se fundamenta num critério de igualdade dos deveres públicos perante os cidadãos, tendo um conteúdo cultural e social muito atento à figura daquele que sofre o dano, conforme cita brilhantemente o autor Lazari, em seu livro "*Modelos e Paradigmas da responsabilidade do Estado*" (p. 93).

Inicialmente, na legislação francesa existiam algumas leis que contemplavam de forma muito embrionária a responsabilidade por culpa do administrador público. Tais leis referiam-se às questões relativas a ferrovias, aos correios, aos impostos indiretos etc. Insta salientar que somente uma legislação específica sobre serviços públicos previa um ressarcimento por danos; porém, tal compensação ocorreria com o aval de normas de responsabilidade objetiva, baseadas sobre o direito da expropriação por parte do Estado no interesse público e absolutamente estranha à ideia de culpa.

Com o surgimento da definição de um caráter de especialidade para responsabilidade estatal, sancionada pelo chamado *Conseil d'État* francês, que é considerado um órgão de administração e não de justiça, houve mudanças nos objetivos e na função do Estado por meio da passagem de um sistema no qual o administrador público e o juiz se sobrepunham à lei para o chamado estado de direito, com a formação de um modelo de responsabilidade estatal que se orienta no sentido de consentir uma tutela maior aos objetivos sociais proclamados pela doutrina francesa.

10. A chamada *responsabilitè pour faute* do direito francês

Vale dizer que a *responsabilitè pour faute* se caracteriza pela subsistência de fatores objetivos predominantes e pela impossibilidade ou inutilidade em procurar a culpa de um funcionário na realização de um determinado serviço público. Pois, uma vez esquecido o elemento humano, torna-se muito difícil uma definição entre *a faute de service,*

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 154 21/10/2015 14:33:37

que é imputável ao funcionário público no exercício de suas funções, da chamada *faute du service*, que é imputável somente à administração pública, no contexto de uma substancial equivalência entre a culpa e a ilegitimidade, sendo esta a expressão utilizada por Calzolaio, em sua obra "*O ilícito do Estado entre o direito comunitário e o direito interno*" (p. 105), uma vez que a culpa seria objetiva, no caso de buscar-se uma definição de responsabilidade estatal no sistema francês.

11. A criação de uma graduação do elemento culpa na França

A fim de evitar-se que a culpa objetiva comportasse sempre consigo consequências em relação à responsabilidade, oportunamente o juiz administrativo francês contempla uma graduação para a ideia de culpa, modulada variavelmente sobre as modalidades das ações administrativas, vinculadas à criação de duas figuras singulares para uma melhor definição do tema: a chamada *faude lourde*, que seria a culpa grave cometida no desenvolvimento das atividades administrativas, e a *faute simple*, entendida como uma culpa mais branda, referindo-se às condutas lícitas mas que em alguns casos poderiam gerar uma indenização devido a um dano causado ao indivíduo.

O que ocorre na França é a criação de uma "qualidade administrativa" para a culpa, cuja expressão é usada por Lazari, em sua obra "*Modelos e paradigmas da responsabilidade do Estado*" (p. 145), mas que não pressupõe a formação de um sistema objetivo de responsabilidade, e inclusive exclui a existência do elemento culpa.

12. A *responsabilitè sans faute* na França

No que se refere à determinação do sistema de *responsabilitè sans faute*, a atividade equitativa do chamado *Conseil d'État* faz um balanceamento entre o prejuízo suportado por aquele que sofre ou sofrerá o dano e as vantagens decorrentes de tal ação administrativa, e, se existe

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 155 21/10/2015 14:33:37

uma rarefação da função sancionadora da responsabilidade pública ou se permanece somente a função reparatória, segundo entendimentos doutrinários, a tendência seria de não ocorrer a responsabilização da administração pública. Nesta categoria de responsabilidade, aplicável também na presença de procedimentos legítimos, existe uma distinção entre a *responsabilitè pour risque,* na qual deve existir um requisito a mais, o chamado "prejuízo anormal" citado por Moreau em sua obra "*A responsabilidade administrativa*" (Paris, 1996, p. 99), e um caráter de especialidade, considerada através da noção qualitativa pelo *Conseil d'État*, numa decisão de 31 de março de 1995.

Não é por acaso que no campo da *responsabilitè sans faute* encontre espaço uma responsabilidade normativa, através da lei, no caso de haver uma violação do princípio da igualdade em relação aos encargos públicos por obra da jurisprudência, a qual, na palavras de Pizzorusso, possui "*o grande mérito [...] de admitir a possibilidade de reconhecer como 'dano' no sentido legal as consequências negativas que uma medida legislativa pode causar aos cidadãos e a entidades privadas*" ("*A responsabilidade do Estado por atos legislativos na Itália*", citação n. 176.57) [tradução nossa].

13. A jurisprudência francesa como parâmetros para a doutrina europeia

Em matéria de jurisprudência francesa, podemos dizer que o celebre caso *Arrêt La Fleurette*, cuja decisão do *Conseil d'État* foi proferida em 14 de janeiro de 1938, e também as decisões proferidas por este mesmo órgão administrativo francês em 21 de janeiro de 1944, 3 de janeiro de 1963, 18 de dezembro de 1981, 14 de dezembro de 1984 e finalmente em 21 de janeiro de 1998 referiram-se a um número pequeno de condenações, mas que possuíram um grande valor doutrinário, segundo o entendimento do jurista B. Delfino, em "*A experiência francesa sobre a responsabilidade por danos ocasionados pela lei*", no *Convênio de Estudos de Ciência da Administração Pública*, ocorrido nos dias 21 a 23 de setembro de 2000 em Milão (consulta em www.conseil-etat.fr, acesso em 3 de junho 2015).

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 156 21/10/2015 14:33:37

Contudo, é positivo o esforço de tentar conciliar-se alguns tipos de soluções em relação à infalibilidade do legislador e a necessidade de uma medida indenizatória, mesmo em relação ao princípio da soberania estatal e da igualdade, pois, nos julgamentos sobre a responsabilidade do legislador, o chamado *Conseil d'État*, mesmo querendo excluir a culpa, acatou em suas decisões a gravidade e a especialidade do dano cometido, bem como a necessidade de previsão legal para o caso de uma eventual reparação do dano causado. Neste sentido, observa o jurista Lazari em seu livro "*Modelos e paradigmas da responsabilidade do Estado*" (p. 153): "*É oportuno observar que quase todas as hipóteses de responsabilidade do legislador francês se referem a atos legislativos definidos nos termos da lei*" [tradução nossa].

Em contraste com o tema, o jurista italiano Bifulco ("*A responsabilidade do Estado por atos legislativos*", p. 35-6) entende que, "*para que se tenha um dano especial, [...] não se deve estar necessariamente diante de uma lei*".

No entanto, o argumento de que a responsabilidade do legislador ocorreria apenas no caso de atos administrativos emanados de uma lei que afete o direito de um indivíduo seria muito forçado, pois cada problema seria resolvido de forma muito simplificada, mediante a transposição do modelo de responsabilidade da administração pública para o legislador.

14. Como julga o órgão administrativo francês – *Conseil d'État*

Como dito antes, positivo é o esforço de conciliar a infalibilidade do legislador e a necessidade de uma medida indenizatória, ou o princípio de soberania popular com o princípio da igualdade, tanto que, nos julgamentos de questões sobre a responsabilidade do legislador, o órgão administrativo francês, querendo excluir a culpa, fez referência à gravidade e à especialidade do dano e a suas previsões legais sobre uma eventual reparação de um dano causado.

No entendimento do jurista Waline ("*A responsabilidade administrativa no direito francês*", p. 71), "*a jurisprudência francesa que condena*

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 157 21/10/2015 14:33:37

o Estado a ressarcir as consequências danosas na aplicação de uma lei é mais um acontecimento esporádico que um acontecimento comum", mas este entendimento vem à tona tendo em vista a necessidade de haver uma discussão sobre a restauração da ideia de que o legislador e seus atos podem ser objeto de um juízo de responsabilidade por culpa também, e não somente em razão de um juízo indenizatório. Há jurisprudência que chega a configurar uma hipótese de ilícito cometido pelo Estado numa decisão proferida pelo tribunal administrativo na cidade francesa de Nantes em 18 de fevereiro de 1998 (*Revista de Direito Administrativo*, n. 330, 1997) [tradução nossa].

Portanto, a doutrina francesa admite uma responsabilidade por fraude, superando a substancial contradição entre a admissão de uma responsabilidade e a configuração do elemento culpa, "*resolvendo as dificuldades encontradas diante do sistema solidário de indenizações e admitindo uma maior responsabilidade por parte da administração pública*" (Guettier, C., *"A responsabilidade administrativa*", Paris, 1996, p. 30) [tradução nossa].

A jurisprudência francesa teve a honra de ser pioneira e de assumir, sem dúvida, um "caráter pragmático", mas a falta de um controle de constitucionalidade da lei representou posteriormente um defeito originário na teoria da responsabilidade do legislador, pois limitou consideravelmente os resultados advindos, uma vez que permaneceu intacta a antiga ideia da supremacia da lei em detrimento dos direitos individuais (Bifulco R., "*A responsabilidade do Estado por atos legislativos*", p. 28.).

15. A experiência francesa sobre e responsabilidade estatal

Foi na França onde maturaram as primeiras teorias sobre a responsabilidade do Estado em relação à lei, em decorrência da obra do autor francês Barthélemy publicada em 1907, o qual afirmava, "*a propósito do projeto de regulamentação de empregos, [...] a responsabilidade pecuniária do Estado pelos prejuízos causados a uma categoria de cidadãos por uma reforma legislativa*", publicada em "Revista de Direito Público", 1907, p. 92 [tradução nossa].

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 158 21/10/2015 14:33:37

Podemos mencionar ainda o autor Scelle, em seu artigo "*A propósito do estabelecimento do monopólio de seguros no Uruguai: Estudo sobre a responsabilidade do Estado-legislador*", publicado na "Revista de Direito Público", número XXX, no ano de 1913, p. 657, citado pelo autor Bifulco, em "*A responsabilidade do Estado por ato legislativo*" (p. 27), tendo em vista que os ilustres juristas franceses citados anteriormente foram os primeiros a contemplar o tema da responsabilidade estatal de forma doutrinária na França.

Somente na França, houve uma progressiva capacitação da administração do poder executivo, ligada a uma gradual extensão das obrigações do Estado numa ampliação de seu poder potencialmente causador de danos aos cidadãos, havendo uma significativa mudança nas relações entre administrados e administração, o que propiciou, inclusive, um grande impulso no abandono ao princípio de irresponsabilidade do poder público.

Em tal contexto, a jurisprudência da *Conseil d'État*, manifestada na sentença de 14 de janeiro de 1938, no caso *La Fleurette,* inaugura de certa forma uma responsabilidade dos administradores públicos por *faute de service* e também pelo chamado *risque exceptionelle.* Tal decisão foi utilizada como uma referência nos debates sobre a responsabilidade do legislador, mas sem citar num plano prático todas as iniciativas que abstratamente poderiam ser entendidas como consequência destas (Pizzorusso A., "*A responsabilidade do Estado por atos legislativos na Itália*", p. 175, em http://www.conseil-etat.fr, consultado em 9 junho de 2015).

Ainda assim, a jurisprudência francesa, apesar do intuito de demonstrar a responsabilidade estatal, não contribuiu de maneira significativa para a definição de um modelo de responsabilidade do legislador.

16. Primeiros paradigmas sobre a responsabilidade estatal por ato legislativo na União Europeia

As experiências singulares nos diversos países da União Europeia sobre este tema demonstraram defeitos de concepção, bem como dificuldades na concretização de um novo paradigma, num contexto mais

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 159 21/10/2015 14:33:37

amplo de responsabilidade dos poderes públicos, pois parece ainda existir uma zona franca para os legisladores nos países do velho continente.

No tocante ao sistema comunitário europeu, as condenações do Estado por uma omissão do legislador em relação às suas obrigações legislativas derivam de fontes jurisprudenciais como a sentença *Francovich,* através da qual individuaram-se pela primeira vez novos meios de garantia aos cidadãos a uma tutela eficaz. Além disso, posições jurídicas foram construídas ao longo do sistema comunitário europeu com vistas a uma eventual inércia do legislador de um determinado país-membro. Com fulcro nesta famosa sentença, iniciou-se um processo de definição de um sistema geral de responsabilidade do Estado, impondo maior rigor e pontualidade ao direito comunitário europeu (Scoditti E., "*Francovich*" *levada a sério: a responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário derivado de decisões judiciais.* em "Foro It.", IV, 2004, p. 4).

Posteriormente, com a sentença *Brasserie du Pêcheur,* a Corte de Justiça de Luxemburgo amplia o instituto da responsabilidade estatal, pois esta passa a caracterizar-se como qualquer violação do direito comunitário europeu nesse sentido (Corte de Justiça da Comunidade Europeia – CGCE, 5 de março de 1996, n. C-46 e 48/93, acesso em 11 de junho de 2015, http://curia.europa.eu).

Na falta de normas positivas sobre a responsabilidade estatal por ato legislativo dos estados-membros da União Europeia, por atos e omissões dos legisladores no exercício de suas funções, a Corte Europeia se vale não somente de princípios encontrados no ordenamento comunitário europeu, mas, sobretudo, daqueles princípios basilares existentes nos vários sistemas dos países-membros, pois, no entendimento da Corte de Justiça Europeia, seria no âmbito das normas internas de cada país-membro que o Estado seria obrigado a reparar os danos provocados, já que aí estariam fixadas as condições normativas em matéria de ressarcimento de danos, uma vez que tais ordenamentos não poderiam prever normas que dificultassem demasiadamente a obtenção de uma indenização. Por isso, a Corte de Justiça Europeia defende a necessidade de dar atenção às leis internas dos países-membros.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 160 21/10/2015 14:33:37

Portanto, a tendência da Corte Europeia seria a de remeter a questão aos juízes dos países-membros, vinculando-os aos princípios da efetividade e da equivalência como um remédio ressarcitório em caso de violação do direito comunitário europeu por parte do legislador.

Apesar disso, a Corte de Justiça Europeia seria criadora de um duplo processo de circulação de modelos, pois, de uma parte, existe uma elaboração comunitária de regras sobre o ilícito praticado pelo legislador que assumem as características comuns dos diversos esquemas de responsabilidade estatal, e, de outra parte, existem também expectativas voltadas a introduzir nas disciplinas dos países-membros uma forma de responsabilidade do legislador fomentada pelos órgãos jurisdicionais da comunidade europeia.

A corte entende ser impossível que um modelo ou paradigma de responsabilidade do Estado por violação de direito comunitário europeu esteja subordinado a um elemento subjetivo, como o dolo ou a culpa na conduta lesiva, porque a prova concreta desta última agravaria bastante os procedimentos nacionais (de cada país-membro) de tutela dos direitos do cidadão na comunidade europeia.

Partindo-se do pressuposto de que o ato normativo interno do estado-membro, ou a sua omissão, seja caracterizado pela tutela de interesses superiores proclamados no âmbito do direito comunitário europeu e que sua ilicitude seja suficiente para considerar a responsabilidade do legislador, a jurisprudência europeia entende não haver a necessidade de nenhuma investigação sobre o elemento culpa neste sentido, pois no entendimento dos ordenamentos nacionais europeus subsiste o antigo postulado de que nenhuma culpa pode subsistir onde exista uma ampla discricionariedade legislativa.

17. Os paradigmas europeus contrários a uma objetividade absoluta

Na elaboração de um paradigma europeu tendencialmente objetivo, a jurisprudência da Corte de Justiça Europeia não contempla uma objetividade absoluta de imputação, procurando elaborar uma

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 161 21/10/2015 14:33:37

fórmula indefinida de violação, ou seja, quando o dano possa estar suficientemente caracterizado sem uma investigação sobre o elemento culpa, como afirmamos anteriormente, tendo como objetivo ceder um espaço limitado para as decisões dos juízes nacionais nesse sentido.

Na tentativa de compactar os modelos existentes nas normas internas dos países-membros e o modelo comunitário europeu, a doutrina jurídica europeia ainda necessita fazer uma análise profunda sobre as diferenças entres os padrões de responsabilidade pública, com base em uma crítica coerente sobre os defeitos existentes nos sistemas ressarcitórios, pesquisando-se ponderadamente soluções para o problema da responsabilidade do legislador, a fim de encontrar uma resposta concreta e poder tutelar de forma mais precisa os direitos dos cidadãos europeus em relação aos poderes públicos, inclusive em face aos legisladores nacionais dos estados-membros.

A doutrina jurídica europeia ainda necessita fazer uma análise profunda sobre as diferenças entres os padrões de responsabilidade pública

A doutrina europeia mais atenta a esta temática se atém às semelhanças entre os modelos franceses de responsabilidade da administração pública e os paradigmas comunitários europeus de responsabilidade estatal, contemplando principalmente as figuras jurisprudenciais da *responsabilitè pour faute* elaboradas pelo órgão administrativo francês *Conseil d'État.*

À luz do vasto panorama da cultura jurídica europeia sobre o tema, o que salta aos olhos é a renovada centralidade do elemento culpa em relação ao dogma da infalibilidade do legislador, mesmo que sempre bastante conflitante entre si, como um veículo de interação entre os diferentes sistemas existentes nos estados-membros europeus, os quais estão sempre muito empenhados em um movimento centralizador dos ensinamentos comunitários sobre o assunto da responsabilidade por ato legislativo, bem como nas constantes atividades de pesquisa para o desenvolvimento de parâmetros sobre a definição de paradigmas que possam disciplinar esta particular esfera de responsabilidade pública no que tange aos direitos internos dos países-membros da União Europeia.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 162 21/10/2015 14:33:37

18. Conclusão

A afirmação da existência da responsabilidade do Estado é fundamentada no princípio de sua imputabilidade na execução de suas atividades, e o estudo da responsabilidade do Estado traz principalmente uma reobservância sobre os instrumentos utilizados para a proteção dos direitos dos cidadãos. Contudo, esta nova perspectiva do tema proposto ocorre de forma mais atenta aos resultados ocorridos na aplicação dos princípios ou dos instrumentos de proteção dos cidadãos em relação às instituições públicas.

A aplicabilidade dos instrumentos de tutela dos cidadãos permite também uma reavaliação sobre como se comporta o denominado "estado democrático de direito" na atualidade, tendo em conta as tentativas de redução do poder estatal que ocorreram durante o desenvolvimento histórico dos países-membros da União Europeia.

O nascimento dos chamados Estados pluriclasses contemplou principalmente o fato de serem criados novos pressupostos legais e políticos, os quais estariam ligados à responsabilidade estatal, e inclusive poderiam mudar a forma da representação popular e da organização do Estado.

Devido ao desenvolvimento destas novas necessidades, a doutrina europeia busca resolver a responsabilidade do Estado por ato legislativo nos casos em que ocorram danos na esfera jurídica, criando formas de superar a arbitrariedade do legislador, numa tentativa de contrariar o princípio da irresponsabilidade do Estado, abrindo espaço para se chegar à conclusão de que o Estado deveria, sim, responder por atos legislativos danosos, mesmo que tal dogma ainda esteja muito presente em alguns países da União Europeia.

O que se observa com o presente estudo é o fato de que, segundo os doutrinadores europeus, não pode deixar de existir uma detalhada responsabilidade do exercício do poder estatal, pois a maioria da doutrina europeia entende que a responsabilidade deve ser determinada pelo próprio Estado, quando da elaboração das leis, mesmo que tal equilíbrio esteja longe da realidade europeia pela forte resistência do Estado em responder pelos danos causados, mesmo sendo legalmente obrigado a fazê-lo.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 163 21/10/2015 14:33:38

Acredita-se que esta relutância de muitos em aceitar a responsabilidade do legislador que existe até os dias atuais na Europa pode ter sua origem em eventos históricos do passado, uma vez que o poder público estava livre da qualquer responsabilidade. Consequentemente, tal pensamento está muito presente ainda na maioria dos países europeus.

Com este trabalho, verificou-se também que na União Europeia surgiu uma multiplicidade de modelos de ressarcimento com base nas diferenças do elemento culpa, tendo sido comparadas as experiências jurídicas europeias, ponderando-se assim os sistemas de responsabilidade do Estado pelas características históricas e culturais de cada país-membro, trazendo à tona, de certa forma, a necessidade de criação do instituto da responsabilidade do legislador e opondo-se ao axioma da irresponsabilidade do Estado.

Observou-se que o sistema comunitário europeu de responsabilidade do Estado por ato legislativo respeita e valoriza as tradições de cada país. Contudo, as soluções encontradas dentro dos países da comunidade europeia somente poderão alcançar uma utilidade concreta se forem aceitas por todos os ordenamentos, pois não poderia haver contrariedade nas propostas, uma vez que os juízes aplicam as leis internas de cada país utilizando, de certa forma, os paradigmas comunitários, porém ainda com uma bagagem jurídica do país do qual é originária. Portanto, o ordenamento comunitário europeu possui mecanismos e órgãos para iniciar os procedimentos, mas não existe ainda a possibilidade de que tais instrumentos de responsabilização sejam efetivos, pois a tomada de decisão ocorre dentro dos órgãos jurisdicionais de cada nação.

De acordo com a análise feita, conclui-se que os vários sistemas jurídicos europeus convergem no sentido de criar uma ideia única de ressarcimento dos danos provocados pela administração pública, mas nos casos em que se demonstre o nexo de causalidade entre o prejuízo infligido e a atuação estatal.

Insta salientar que na França e na Espanha ocorreu a passagem do sistema baseado na culpa para o sistema da responsabilidade objetiva do Estado, o qual deu menos relevo à figura do agente causador do dano, e atentou-se mais à atividade estatal em sentido *stricto*, amplian-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 164 21/10/2015 14:33:38

do a tutela do cidadão em face do poder estatal, mas em contrapartida gerando um número enorme de ações contra o poder público. Assim, tal forma de responsabilidade estatal está muito longe de ser consagrada pelas legislações dos países europeus, porque muitos a consideram bastante rígida.

Portanto, no sistema europeu, a responsabilidade do legislador é uma hipótese muito remota, e nos casos em que possa ocorrer, impõe-se aos tribunais europeus que o legislador, quando do exercício da sua atividade, deve prever tal reparação caso a produção legislativa venha a causar algum tipo de dano.

Nota-se que as experiências ocorridas em alguns países da União Europeia demonstraram a incapacidade em conceber-se um modelo de responsabilidade estatal mais amplo, e se tem a sensação de que existe muita liberdade para que o legislador exerça as suas atividades sem se preocupar com qualquer tipo de reparação. Entretanto, impende frisar que do estado constitucional de direito deriva a necessidade de tutelar ao máximo as posições jurídicas subjetivas garantidas pelas constituições dos países em relação aos poderes públicos, e também a forma de compensação pelos danos produzidos por ato legislativo; portanto, é imprescindível garantir-se a liberdade do poder parlamentar nos limites expressos nas constituições dos países, porque sem isto não existiria um equilíbrio razoável dos valores constitucionais.

Por força do estudo das diferentes estruturas administrativas sobre a responsabilidade do Estado, seria possível traçar um dado conclusivo: se entre os diferentes modelos apresentados não existe um conceito único de responsabilidade do Estado, nem mesmo em relação à comunidade europeia, obviamente seria porque falta uma conformidade unitária que seja válida para todas as respectivas disciplinas de responsabilização estatal.

Jurisprudência

Conseil d'État (www.conseil-etat.fr)
Tribunal de Justiça da União Europeia (http://curia.europa.eu)

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 165 21/10/2015 14:33:38

Legislação

Código Prussiano (1794) – Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten.
Código Grundgesetz (GG).
Código Civil Alemão (BGB) – Bürgerlichesgesetzbuch.

Nota

1. Vanessa Massaro. Advogada. Doutoranda e pesquisadora pela *Università Degli Studi di Torino* (Turim – Itália).

Referências

BARTHÉLEMY-SAINT-HILAIRE J. *Revista de Direito Público*, 1907, p. 92.
BERTI G. *Função de vigilância e responsabilidade civil da administração pública*, Nápoles, 2005, v. II, p. 880 e seguintes. [tradução nossa]
BIFULCO R. *A responsabilidade do Estado por atos legislativos*, Padova, 1999, p.12. [tradução nossa]
CALZOLAIO E. *O ilícito do Estado entre o direito comunitário e o direito interno*, p. 105. [tradução nossa]
DELFINO B. "A experiência francesa sobre a responsabilidade por danos ocasionados pela lei", no *Convênio de Estudos de Ciência da Administração Pública*, ocorrido nos dias 21 a 23 de setembro de 2000 em Milão. [tradução nossa]
FERRAJOLI L. *Direitos fundamentais*, Bari, 2001, p. 18. [tradução nossa]
GIANFORMAGGIO L. *Direito e razão entre ser e dever ser*, Turim, 1993, p. 28.
GUETTIER C. *A responsabilidade administrativa*, Paris, 1996, p. 30. [tradução nossa]
HÄBERLE P. *Cultura dos direitos e os direitos da cultura no espaço constitucional europeu*, Milão, 2003. [tradução nossa]
LAZARI A. Monografia: *Modelos e paradigmas da responsabilidade do Estado*, Turim, 2005, p. 93. [tradução nossa]
LOMBARDI G. "Ilícito constitucional e responsabilidade do legislador", em *Direito Público Comparado Europeu*, IV, 2000, p. 1796. [tradução nossa]
MANFRELLOTTI R. *Sistema das fontes e endereço político nas dinâmicas da integração europeia*, Turim, 2004, p. 26-7. [tradução nossa]
MAYER O. *Direito administrativo alemão*, Leipzig, 1896. [tradução nossa]
MOREAU J. *A responsabilidade administrativa*, Paris, 1996, p. 99. [tradução nossa]
PIZZORUSSO A. *A responsabilidade do Estado por atos legislativos na Itália*, "Foro It", 2003, V, p. 175. [tradução nossa]

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 166 21/10/2015 14:33:38

SCELLE, G. "A propósito do estabelecimento do monopólio de seguros no Uruguai: Estudo sobre a responsabilidade do Estado-legislador", em *Revista de Direito Público*, XXX, 1913, p. 657. [tradução nossa]

SCODITTI E. *Francovich levada a sério:* a responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário derivado de decisões judiciais. "Foro It.", IV, 2004, p. 4. [tradução nossa]

SORACE D. *A responsabilidade pública na experiência jurídica europeia*, Bolonha 1994, p. 33. [tradução nossa]

WALINE M. *A responsabilidade administrativa no direito francês*, Estudos de Direito Público Comparado, Turim, Utet, 1977, p. 71. [tradução nossa]

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 167 21/10/2015 14:33:38

E-learning judicial en América Latina

Edgardo Torres López
Juez de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte

I. Antecedentes

La formación y capacitación constante de jueces es una tarea necesaria, imprescindible, urgente.

Los futuros jueces deben formarse desde los primeros años, en el hogar, la escuela primaria y secundaria; seguidamente en la Universidad, en la Escuela Judicial y al final en el ejercicio diario en el propio despacho.

En el hogar deben aprender las virtudes fundamentales de respeto, honestidad, prudencia, veracidad, fortaleza, templanza, justicia.

En la escuela, continuar con valores de integridad, iniciativa, innovación, inteligencia, disciplina, solidaridad.

En la universidad, profundizar la formación jurídica y científica.

Y en la Escuela Judicial, tener la oportunidad de especializarse e ingresar a la casuística de impartición de justicia.

En lo que se refiere a la parte práctica, la formación de los jueces también empieza en el hogar, con decisiones, tareas y buenas acciones a cumplir. Si uno no es justo en la casa, difícilmente será justo en la escuela o la comunidad; ni menos en el futuro tendrá la capacidad de impartir justicia con los únicos instrumentos válidos de la paz y el derecho.

En la educación escolar así como se eligen delegados de aula, alcaldes, brigadieres; presidentes del consejo estudiantil, también se debe elegir desde los primeros años Jueces y Fiscales Escolares.

En este contexto, tal vez están equivocadas las altas autoridades de los Estados que seleccionan a los jueces, pensando únicamente en abo-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 169 21/10/2015 14:33:38

gados, con maestrías, doctorados, libros y en general currículos deslumbrantes.

Si bien un excelente currículo podría ser indicativo de afición por el estudio, conocimientos y cierta disciplina; los valores esenciales de un juez, no son los académicos, sino los que posibilitan la capacidad, energía y buen juicio para administrar justicia.

La función principal del juez, no es ser catedrático, profesor universitario, escritor de libros jurídicos, conferencista; sino principal y esencialmente impartir justicia, para lo cual se requiere calidades morales y atributos de sindéresis, discernimiento, valor, independencia, imparcialidad; sencillez, cierta sabiduría de vida y conocimientos de derecho. ¡

Los antiguos romanos decían que para ser juez, se necesita ser buen pater familia, haber sufrido un poco y ser propietario de un inmueble; esto último para tener empatía con los derechos y deberes de la persona humana; así también cuidado y respeto a la propiedad, y el medio ambiente.

II. Escuelas Judiciales

La formación de jueces a nivel profesional es función de las Escuelas o Institutos Judiciales, conforme se aprecia en diversos países desarrollados caso de Estados Unidos, Francia, España y Corea del Sur.

Esto es lo lógico, lo sensato y racional.

Si los funcionarios del Estado, llámese gerentes públicos, diplomáticos, policías y militares, tienen que previamente ingresar y recibir formación en un instituto o escuela antes de ejercer el cargo; los jueces, que cumplen una función tutelar del derecho y de la justicia, no deben llegar al cargo en forma improvisada para experimentar o aprender en la práctica, su delicada función.

Esto sería como que un médico cirujano recién aprenda su delicada función operando él solo a pacientes en emergencia.

El respeto a la persona humana y la responsabilidad de la justicia, exige que los jueces que administran justicia, conozcan dicha especialidad.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 170 21/10/2015 14:33:38

Por este motivo se requiere una escuela especializada para formar jueces y fiscales, para profesionales seleccionados en un concurso público, a fin de potenciar y especializar sus cualidades, talentos y conocimientos jurídicos, para ejercer la magistratura de la justicia, función, esencial y preeminente del estado constitucional de derecho.

III. Escuela Judicial de América Latina (EJAL)

En la conocida obra *Justicia Ficción y Realidad*, en la década de los 90, el jurista argentino Juan Farina expresaba un clamor de la comunidad jurídica de América Latina: "Un juez no se improvisa. El abogado está formado para ser abogado, no para ser juez. Para mejorar la administración de justicia, existe la necesidad imperiosa de construir una Escuela de Jueces".

Al paso del tiempo la mayoría de Estados, constituyeron Escuelas e Institutos Judiciales; básicamente de capacitación y actualización; no de formación y promoción del liderazgo como la realidad exige.

En efecto. En los países de América Latina, en los últimos 20 años, se han constituido diversas escuelas judiciales muchas veces similares a centros universitarios de capacitación, que no siempre responden a las necesidades de formación y especialización en gestión judicial, con relación de conectividad directa con el trabajo de impartir justicia.

Por el contrario; la capacitación de los jueces viene a ser una exigencia adicional al trabajo, que enfocada con métodos memorísticos y teóricos, resta tiempo y esfuerzo a la función principal de resolver los casos reales.

Esto tiene que cambiar. Para que la administración de justicia llegue al nivel de los países desarrollados, los países de América Latina tendrían que lograr mecanismos superiores de formación, integración, cooperación y especialización judicial.

En ese objetivo la gestación de una Escuela Judicial de América Latina, es un objetivo un ideal que viene durando varios años.

A un inicio se intentó formar la Escuela Judicial de Mercosur, que fue presidida por el magistrado de Brasil, don Jorge Vargas. Posteriormente

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 171 21/10/2015 14:33:38

con el apoyo de la Red Latinoamericana de Jueces (Redlaj), presidida por el magistrado José de la Resende Jr. Chaves, así como por un importante número de instituciones, la idea de tener una Escuela Judicial para América Latina, se empezó a delinear con la fundación de EJAL el 15 de abril de 2011, en la ciudad de Florianópolis (Brasil).

En el Tribunal de Justicia de Santa Catarina, Brasil en un Encuentro Nacional de Capacitación del Poder Judicial, se inauguró la Escuela Judicial en América Latina. (EJAL)

El líder y fundador de la Escuela Judicial de Latinoamérica, es el magistrado de Brasil don José Sebastiao Fagundes Cunha. El junto a Abel Fleming de Argentina, Dorgal Andrada de Brasil, Galo Pico Mantilla de Ecuador; Salomón Saavedra de México, Darío Lobo de Honduras, Vania Boutad de Chile; Ricardo Vigil Toledo de Perú, entre otros, impulsaron decididamente su fundación.

A un inicio sufrió una férrea oposición de magistrados de diversos países, con el argumento que el proyecto no había sido aprobado por la Red Iberoamericana Judicial, ni por la Red de Escuelas Judiciales; que no existía presupuesto; que solo sería un membrete en internet y un proyecto idealista sin bases solidas.

Al vencer la resistencia inicial, con la fundación legal de EJAL, la institución es aceptada como un antecedente positivo, una semilla, que puede servir de base, para un ambicioso proyecto de formación integración y cooperación judicial, con amplia infraestructura, tecnología moderna, y plana de jueces – docentes optima, similar a las Escuelas Judiciales de los países desarrollados.

EJAL tiene un potencial de llegar a 50.000 magistrados en América Latina, de promover educación presencial y a distancia; de firmar acuerdos con universidades para ofrecer maestrías y doctorados para los jueces que trabajan diariamente en sus despachos.

Es una institución que se propone los objetivos de formación, actualización, especialización y capacitación continua de toda la magistratura del continente; asimismo se propone ser un espacio internacional de cooperación judicial y de integración, para fortalecer la justicia, la ética judicial, los derechos humanos, los Estados Constitucionales, y la unión del continente.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 172 21/10/2015 14:33:38

Aspira a contribuir con todas las Escuelas Judiciales de América Latina, a promover los valores judiciales, a coordinar y difundir el uso de las nuevas tecnologías al servicio de la justicia; a actuar como motor del desarrollo, de la integración y progreso democrático; asimismo realizar actividades académicas y de investigación usando internet, video conferencias y multimedios en forma intensiva, adecuada, efectiva, a favor de los jueces de todos los grados y especialidades, de los países de ibero América".

Las telecomunicaciones con teléfonos móviles; sistemas de radiotelevisión, ordenadores y tecnologías digitales, las redes informáticas e Internet, ofrecen la posibilidad de realizar dichas actividades educativas, en tiempo real, en diferentes países, de manera Inter activa gratuita o a costos accesibles para todos.

Sería bueno, justo y necesario que los países del continente apoyen la idea de la EJAL, como una forma de proyección a un futuro Tribunal de Justicia en América Latina

EJAL tiene también como objetivos expedir títulos de especialización, de doctorado y post doctorado en integración y cooperación judicial específicamente dirigidos a magistrados, sobre la base de convenios con reconocidas universidades de América Latina, Estados Unidos, y de Europa.

Parafraseando al economista de Inglaterra, Paul Goulder, la Escuela Judicial Latinoamericana propone la renovación de la Escuela Judicial tradicional, de Universidad a Interversidad (Unión de Internet con Universidad).

La nueva Escuela Judicial de América Latina, se debe plantear las siguientes funciones:

1. Proveer un sistema de formación, capacitación y actualización para magistrados en el campo de la gestión judicial, nuevas tecnologías y justicia. (auto y multi capacitación.)

2. Funcionar como un gran banco de información, doctrina, jurisprudencia, cursos de intercambio y servicios judiciales.

3. Promover enlaces internacionales que faciliten la cooperación judicial y la integración.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 173 21/10/2015 14:33:38

4. Impulsar la formación de áreas de especialización judicial.

5. Contribuir con el fortalecimiento de los derechos humanos y los principios y valores de la magistratura. La Escuela Judicial de América Latina posibilita una gran plataforma virtual y conocimientos judiciales sobre la base de:

6. Elaboración de cursos especializados e innovativos, en doctorados y post doctorados, para magistrados.

7. Constitución de diversas sedes, en diferentes países de América Latina.

8. Construcción de bibliotecas de legislación, doctrina y jurisprudencia para servicio de todos los magistrados vía enlaces electrónicos, en todas las sedes.

La Escuela Judicial de América Latina (EJAL) empezó sus actividades con el lanzamiento del Primer Diplomado Internacional en Derecho de Familia, desde México, en junio de 2011, por iniciativa del jurista Salomón Saavedra Dorantes.

Esta experiencia abrió las puertas a nuevos cursos de especialización, doctorado y post doctorado, para cumplir los fines de integración y mejor calidad de la administración de justicia en todos nuestros países.

Sería bueno, justo y necesario que los países del continente apoyen la idea de la Escuela Judicial Latinoamericana, como una forma de proyección a un futuro Tribunal de Justicia en América Latina, a fin de impulsar la integración, el desarrollo y la paz, en la patria grande.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 174 21/10/2015 14:33:38

Problemática en la ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Especial referencia al caso peruano

Susana Ynes Castañeda Otsu[1]

Presidenta de la Sala Penal de Apelaciones de Lima y Coordinadora del Subsistema Anticorrupción

I. Introducción

Perú es Estado Parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana) y ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte), órgano jurisdiccional del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En el ejercicio de su función contenciosa ha emitido 28 sentencias condenatorias contra Perú. Desde 1995, en que emitió la primera condena[2] hasta la fecha sólo en los casos *Lori Berenson* y *Abrill Alosilla*, ha cerrado el procedimiento de supervisión de cumplimiento de sentencia[3]. Por tanto, mantiene abierto el procedimiento en 26 sentencias. En la presente ponencia se señalan las causas que estimamos originan el alto índice del incumplimiento en la ejecución de las sentencias, tomando como dato central la naturaleza de las reparaciones, habiéndose seleccionado una muestra de ellas para el análisis. Finalmente, se efectúan propuestas de solución a los problemas identificados.

II. La Corte Interamericana y la obligación de los Estados de dar cumplimiento a sus sentencias

La Corte fue creada por la Convención Americana en el artículo 34 de la misma. Es competente para conocer de los asuntos relacionados

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 175 21/10/2015 14:33:38

con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en la citada Convención. Se encuentra integrada por siete jueces nacionales de los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales. Son elegidos para un periodo de seis años y podrán ser reelectos por una vez (artículo 54.1).

Ejerce una función contenciosa y una consultiva. Interesa para la presente ponencia la primera, por la cual es competente para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana que le sea sometido por la Comisión Interamericana o por los Estados Partes que expresamente le hayan conferido esta atribución, luego de que se ha seguido el procedimiento previsto en sus artículos 61.1 y 62.3. En el ejercicio de esta función, desde el 29 de julio de 1988 en que dictó la primera sentencia4 hasta la fecha ha dictado 176. Todas tienen fuerza vinculante conforme al mandato previsto en el artículo 68.1 de la Convención Americana. Vinculatoriedad que ha adquirido mayor expansión a través de la doctrina jurisprudencial del control de convencionalidad, según la cual y como veremos, tratándose de una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte –que es el caso de Perú– hay una obligación de cumplir y aplicar la sentencia en sus propios términos.

La Corte, en constantes fallos, ha determinado que la obligación de cumplir con sus mandatos corresponde a un principio básico del Derecho Internacional, que encuentra sustento en el principio *pacta sunt servanda* y en el artículo 27 de la Convención de Viena, referido al derecho interno y la observancia de los tratados, regla según la cual, una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Por tanto, las sentencias de la Corte deben ser cumplidas, pues como ella misma sostiene, las obligaciones convencionales de los Estados Partes vinculan

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 176 21/10/2015 14:33:38

a todos los poderes y órganos del Estado y tienen el deber de cumplir de buena fe con el Derecho Internacional[5].

Conforme al artículo 68, los Estados Partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso y que la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado. Si bien se ha previsto el referido procedimiento, la naturaleza de las reparaciones determina que los problemas que se presentan en su ejecución adquieran otros matices, en especial, la reparación de investigar y juzgar a los autores y partícipes de las violaciones a los derechos humanos.

La reparación del daño ocasionado requiere la plena restitución (restitutio in integrum)

Otra disposición lo constituye el artículo 63.1 de la Convención Americana, según la cual corresponde a la Corte disponer se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, la que dispondrá si fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. La Corte en jurisprudencia constante ha señalado que al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge su responsabilidad internacional por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación[6], pues este dispositivo recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado.

Para la Corte, la reparación del daño ocasionado requiere la plena restitución (*restitutio in integrum*) que consiste en el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, así como el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados[7]. Sin embargo, al igual que en los procesos de amparo en el orden interno, ocurre que en algunos casos, por la naturaleza de la afectación de algunos derechos esto no es posible. En estos casos, la Corte ha establecido que determinará las medidas

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 177 21/10/2015 14:33:38

para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que dichas infracciones han producido.

Y es que el concepto de reparaciones de la Corte es amplio, no se limita a la indemnización del daño material y daño moral sufrido por la víctima, sino que comprende otros conceptos. En esa línea interpretativa, ha dejado sentado que: "Las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer o mitigar los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial"[8].

Estamos de acuerdo con Faúndez Ledesma, quien en relación a los conceptos de reparación e indemnización, considera que se trata de dos consecuencias de la infracción, que están en relación de género a especie, siendo la indemnización sólo una de las formas que puede asumir la reparación. Correctamente, sostiene que las medidas reparadoras persiguen fines muy amplios, pudiendo ser de interés general, mientras que la indemnización satisface únicamente el interés particular del reclamante[9].

Si bien la Corte no cuenta con una tipología de reparaciones, es una materia que ha tenido un gran desarrollo jurisprudencial. A su criterio, es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido, formas que incluyen a la *restitutio in integrum,* indemnización, satisfacción, medidas de rehabilitación, garantías de no repetición, entre otras. Su complejidad determina que todos los poderes del Estado, incluido sus órganos constitucionales autónomos, se vean implicados en el proceso de implementación y cumplimiento de las reparaciones, siendo necesario una política de Estado para lograr su ejecución en forma oportuna.

Advertimos que el gran desarrollo jurisprudencial de la Corte en materia de reparaciones, contrasta con el mecanismo de informes establecido en el artículo 65 de la Convención Americana, el cual estipula que la Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la OEA, en cada período ordinario de sesiones, un informe sobre su labor en el año anterior y de manera especial y con las recomendaciones

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 178 21/10/2015 14:33:39

pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.

Lo que implica que no existe en el Sistema Interamericano un órgano que se encargue de monitorear la ejecución de las sentencias, a diferencia del Sistema Europeo que cuenta con un órgano político, como es el Comité de Ministros. Por ello, la Corte jurisprudencialmente a partir del año 2002 inició un sistema de supervisión de cumplimiento de sus sentencias, emitiendo las resoluciones correspondientes a partir del *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*[10], para posteriormente positivizar dicha práctica a través del mecanismo de informes estatales pero a nivel reglamentario. En efecto, el artículo 69.1 del Reglamento de la Corte prescribe:

> La supervisión de las sentencias y demás decisiones de la Corte *se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes* por parte de las víctimas o sus representantes. La Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes (énfasis nuestro).

El deber de informar de los Estados Partes constituye un factor relevante para evaluar el modo y el estado del cumplimiento de la sentencia, información que debe ser suficiente, significa completa y actualizada sobre las medidas adoptadas para darle cumplimiento, pero además debe ser oportuna[11]. El caso se da por concluido una vez que el Estado ejecuta totalmente la sentencia en sus propios términos.

A efectos de que los Estados Partes cumplan con las sentencias de la Corte, este órgano ha establecido que constituye una facultad inherente a sus funciones jurisdiccionales supervisar el cumplimiento íntegro de sus decisiones. En este punto, no debe perderse de vista que las sentencias y las resoluciones que pongan fin al proceso son de su competencia exclusiva. Por tal motivo, si en la sentencia de fondo no se hubiere decidido específicamente sobre reparaciones y costas, a la Corte le corresponde fijar la oportunidad para su posterior decisión y determinación del procedimiento[12].

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 179 21/10/2015 14:33:39

Como hemos anotado, el término "reparaciones" en la jurisprudencia de la Corte es amplio, enfocado en el concepto de reparación integral. A nuestro criterio no solo tiende a reparar el daño causado a la víctima –dimensión individual– sino que también tiende a una dimensión de tipo colectiva, social. Como veremos al analizar la problemática de la ejecución de las sentencias de la Corte contra Perú, las que se relacionan con la satisfacción y garantías de no repetición son las que tienen mayor incidencia en el incumplimiento total de las sentencias.

III. Reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana contra el Estado peruano

Perú suscribió la Convención Americana el 27 de julio de 1977 y la ratificó el 12 de julio de 1978 y es Estado Parte de la misma desde el 28 de julio de 1978. Efectuó el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte para recibir y examinar peticiones individuales de acuerdo con los artículos 45 y 62 de la Convención Americana.

Como se ha indicado la Corte ha emitido 28 sentencias contra Perú, de las cuales en 22 se ha pronunciado sobre violaciones a distintos derechos de la Convención Americana: vida, integridad, libertad y seguridad personales, garantías judiciales y protección judicial. Violaciones producidas con motivo de la grave crisis de violencia que vivió nuestro país durante los años 1980 a 2000, por la aparición y actuación de dos grupos subversivos, Sendero Luminoso y Movimiento Revolucionario Túpac Amaru. En estas sentencias, la Corte ha ordenado reparaciones para personas que en el orden interno fueron condenadas o estaban siendo procesadas por delito de terrorismo. Este dato repercute negativamente en el cumplimiento de las sentencias, ya que su implementación no solo es compleja, sino que depende de la voluntad política del Estado para dar respuesta oportuna y cabal a lo ordenado por la Corte. Y es que, en alguno de estos casos, inclusive parte de la sociedad civil no se ha encontrado conforme con las reparaciones dispuestas.

Otro grupo de sentencias se han referido a la afectación de derechos previsionales y laborales, casos en los cuales si bien la controversia

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 180 21/10/2015 14:33:39

se relacionaba con derechos económicos y sociales establecidos en el Protocolo de San Salvador, lo cierto es que la Corte los ha amparado, tomando como sustento los derechos a la propiedad, la protección judicial y el debido proceso. Su pronunciamiento ha sido similar al emitido respecto a otros Estados Partes, en los que no hay un pronunciamiento expreso sobre la exigibilidad directa de los derechos económicos y sociales.

Advertimos también un tercer grupo significativamente menor de sentencias que han declarado la violación del debido proceso y la protección judicial; sin embargo, tienen un contexto distinto, ya que no se vinculan con el terrorismo. Nos referimos al *Caso del Tribunal Constitucional* ya citado, en el cual se determinó que fue el Congreso de la República el agresor de los derechos de tres de sus Magistrados; y el *Caso Ivcher Bronstein*[13], en el cual se afectó los derechos a la nacionalidad y libertad de expresión.

Quien se considere lesionado en sus derechos constitucionales puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales

En cuanto a las reparaciones ordenadas en las 28 sentencias, advertimos que la tipología no cubre el universo de las modalidades determinadas por la Corte. Ha establecido, entre otras reparaciones, las siguientes: Indemnización; condonación de la deuda establecida como reparación civil a favor del Estado; reposición en el centro de trabajo; prestaciones de salud; nuevo juicio respetando el debido proceso; deber de investigar los hechos; adecuación de la normativa interna conforme a la Convención Americana; localización y entrega de restos mortales e identificación de cadáveres y acto público de reconocimiento de responsabilidad.

Estando a la naturaleza de las reparaciones que se han tomado como muestra de análisis, es evidente que su implementación y ejecución determina un proceso complejo[14] que precisa de la coordinación entre los tres Poderes del Estado e inclusive de órganos autónomos, como el Tribunal Constitucional, para dar cumplimiento integral a las sentencias de la Corte.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 181 21/10/2015 14:33:39

IV. Problemática en la ejecución de sentencias de la Corte Interamericana

Alguno de los problemas que hemos detectado en la ejecución de las sentencias de la Corte interamericana, y que por razones de espacio enunciamos de modo muy concreto, son:

1. Problemas en la regulación legal

El artículo 205 de la Constitución peruana, prescribe que agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en sus derechos constitucionales puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados de los que Perú es parte[15]. Esta disposición refuerza el sistema de garantías de los derechos que la Constitución consagra, y por tanto obliga al Estado a establecer mecanismos que hagan viable que las decisiones de los órganos internacionales se cumplan en el orden interno.

La Ley 27.775, Ley de Ejecución de Sentencias emitidas por Tribunales Supranacionales, del 07 de julio de 2002, pretende regular el procedimiento para el pago de medidas indemnizatorias y no indemnizatorias; sin embargo, se presentan problemas de previsión presupuestaria respecto al primer concepto; y en cuanto al segundo concepto, la regulación es muy abierta, pues no fija reglas precisas para el cumplimiento de las reparaciones de carácter no indemnizatorio, que por cierto han resultado ser las más difíciles de cumplir.

La citada ley fue complementada con las disposiciones del Código Procesal Constitucional, en vigencia desde el 1 de diciembre de 2004, que contiene los artículos 114 a 116 dedicados a la "Jurisdicción internacional". El primero, desarrolla en parte el artículo 205 de la Constitución; el segundo, establece que las resoluciones de los organismos jurisdiccionales internacionales no requieren, para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión, ni examen previo alguno; mientras que el tercero, consagra la obligación de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional de remitir a los órganos internacionales los documentos y antecedentes que originaron la petición y todo

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 182 21/10/2015 14:33:39

otro elemento necesario para mejor resolver el asunto sometido a su competencia.

Como anotamos, por razones de espacio no es posible efectuar un análisis en detalle de la regulación de desarrollo; sin embargo, consideramos que si bien fue correcta la intención del legislador de emitir una ley específica sobre la materia[16] complementada por las tres disposiciones referidas, existe superposición y exceso de normas sobre la materia inclusive aspectos contradictorios. Por ejemplo, se advierten problemas en relación a la forma y plazos que se establecen para el pago de las indemnizaciones que ejecuta mayoritariamente el Procurador Supranacional, quien debe tener en cuenta el artículo 70 de la Ley 28.411[17]. Norma que debe ser concordada con la Ley 30.137 y su Reglamento, que establecen un orden y criterios de priorización para la atención del pago de las sentencias contra el Estado que tienen la calidad de cosa juzgada, lo que ha determinado que se establezcan cinco grupos, encontrándose las víctimas por violaciones de derechos humanos en el Grupo 3. De acuerdo a los criterios de priorización los pagos no solo tienen en cuenta los Grupos, sino otros factores, como: fecha de notificación de la sentencia, edad de los acreedores y montos de la obligación, que se fijan en subgrupos de acuerdo a unidades impositivas tributarias[18].

Concluimos que es evidente que la nueva regulación introduce criterios que dificultarán el pago de las obligaciones internacionales, ya que la Corte fija el plazo para el cumplimiento de pago de la reparación de indemnización; sin embargo, en el orden interno al establecerse prioridades y criterios para dichos pagos dificultará el cumplimiento oportuno de lo ordenado por la Corte.

2. Excesivo retardo en la ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana

El excesivo retardo en la ejecución de las sentencias determina la afectación de los derechos al plazo razonable y protección judicial de la víctima. En efecto, la víctima tiene derecho al pago de una justa indemnización en los términos de los artículos 25 y 63.1 de la Convención

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 183 21/10/2015 14:33:39

Americana, pero en tiempo oportuno. Como muestra, tomamos el *Caso Barrios Altos,* en el cual la Corte emitió la Sentencia de Reparaciones y Costas el 30 de noviembre de 2001; sin embargo, hasta la fecha el proceso de ejecución sigue abierto, y ha sido necesario que la Corte emita 6 resoluciones de supervisión de cumplimiento durante los años 2002, 2003, 2004, 2005, 2009 y 2012.

El problema del retardo se presenta en las diversas modalidades de reparaciones, inclusive en el pago de indemnizaciones. Por ejemplo, en el Caso Anzualdo Castro se adujo falta de recursos para cubrir el pago por concepto de los daños materiales e inmateriales y reintegro de costas y gastos, informando el Procurador Supranacional que anteriormente se contaba con un fondo de aproximadamente cinco millones de dólares para cubrir el pago de las reparaciones, pero por cuestiones de política interna ya no contaba con dichos recursos[19].

3. Problemas en la investigación, enjuiciamiento y sanción ordenada por la Corte Interamericana

En relación a los procesos penales declarados nulos por la Corte, son competentes para el nuevo procesamiento los Juzgados Supraprovinciales y la Sala Penal Nacional –que lleva a cabo el juicio oral–. En estos procesos también se advierte demora en su tramitación, afectándose el plazo razonable tanto de las investigaciones fiscales y de los procesos penales, debido a problemas como: recomposición de los órganos jurisdiccionales, problemas para la obtención de evidencias dado el tiempo transcurrido, toda vez que se trata de volver a procesar casos en que han transcurrido más de 20 años, entre otros. Inclusive en un caso se incineró documentación, lo que evidentemente obstaculiza la investigación[20].

En el cumplimiento de esta modalidad de reparación, se advierte otro problema, consistente en la falta de adecuación de los tipos penales considerados incompatibles con la Convención Americana o algún tratado específico del Sistema Interamericano. Rol que compete al Poder Legislativo o al Poder Judicial ante la omisión de legislar del primero. Es el caso del delito de desaparición forzada de personas, respecto del

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 184 21/10/2015 14:33:39

cual la Corte ha establecido que no es compatible con la Convención Americana y la Convención específica, toda vez que el artículo 320 del Código Penal no incluye todas las formas de participación delictiva y hay una ambigua exigencia de lo que significa "debida comprobación" de la desaparición forzada. La Corte no está conforme con la interpretación fijada por las Salas Penales de la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario nº 9-2009/CJ-116, porque no satisface la obligación de reformar la legislación penal interna[21].

4. Interferencia del Poder Ejecutivo que obstaculiza la obligación de investigar los hechos

La Corte –en su línea jurisprudencial– ha determinado que ninguna ley ni disposición de derecho interno pueden impedir a un Estado cumplir con su obligación tratándose de graves violaciones a los derechos humanos. En el caso de Perú es paradigmática la sentencia de fondo del *Caso Barrios Altos*, en la cual declaró que las leyes de amnistía nºs 26.479 y 26.492 son manifiestamente incompatibles con la Convención Americana, por lo que carecen de efectos jurídicos. Luego decidió que dada la naturaleza de la violación constituida por estas leyes lo resuelto en la sentencia de fondo tiene efectos generales[22].

En mérito al mandato de la Corte, la jurisprudencia de Poder Judicial y del Tribunal Constitucional ha sido constante al respecto; sin embargo, cuando la Primera Sala Penal Especial de Lima venía juzgando los procesos acumulados de los casos "Barrios Altos", "El Santa" y "Pedro Yauri" (Exp. nº 28-2001) en cumplimiento al mandato de la Corte, el Poder Ejecutivo el año 2010 dictó el Decreto Legislativo 1.097, que adelantó la vigencia de algunos artículos del Código Procesal Penal de 2004 para casos relacionados al personal militar y policial procesados o condenados con los Códigos Penales de 1924 y 1991 –el primero, por delito de homicidio; y el segundo, por delitos contra la Humanidad– en el estado procesal en que se encuentren, tanto ante el Ministerio Público, como ante cualquier órgano jurisdiccional.

Esta norma fue seriamente criticada, en especial por el adelantamiento del sobreseimiento, que en el fondo significaba un archivo de-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 185 21/10/2015 14:33:39

finitivo de los procesos por el solo transcurso del tiempo, siendo considerado una amnistía encubierta, opuesta a los mandatos de la Corte. Como era de esperar, las juezas de la citada Sala aplicaron control difuso y luego el Tribunal Constitucional declaró su inconstitucionalidad parcial[23].

La intervención del Poder Ejecutivo fue evidente, a través de una norma interna se pretendió dejar sin efecto una sentencia de la Corte respecto de hechos que el propio Estado reconoció, lo que afecta el control de convencionalidad que debió ejercer este Poder del Estado. Control de convencionalidad que la Corte hecho extensivo a las resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencias. *Una de especial importancia es la del Caso Gelman Vs. Uruguay, en la cual se* establece que es posible observar dos manifestaciones distintas de la obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo si la sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no.

En esta resolución se determina que si el Estado fue parte material en el proceso internacional está obligado a cumplir y aplicar la sentencia

En esta resolución se determina que si el Estado fue parte material en el proceso internacional, existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada internacional. Por lo tanto, está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. El control de convencionalidad, se emplea para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado, en el caso concreto, ya que sería incongruente utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplirla. En relación al cumplimiento o implementación de la sentencia que tiene esta calidad, el órgano judicial debe hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de la Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso.

También se determina que si el Estado no fue parte material en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 186 21/10/2015 14:33:39

sus autoridades públicas y todos sus órganos, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están obligados a ejercer un control de convencionalidad, tanto en la emisión y aplicación de normas, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte[24].

Esta evolución de la doctrina jurisprudencial del control de convencionalidad nos parece correcta, ya que constituiría una afectación al derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana que una sentencia de la Corte que tiene la calidad de cosa juzgada internacional, no se cumpla en sus propios términos; y por el contrario, pueda ser objeto de reinterpretación o incumplimiento parcial o total del Estado Parte que voluntariamente se sometió a su jurisdicción y se dedicó a respetar sus decisiones.

V. Conclusiones y recomendaciones

Partiendo del compromiso internacional del Estado peruano de cumplir con las sentencias de la Corte en sus propios términos y en tiempo oportuno, arribamos a las siguientes conclusiones y efectuamos recomendaciones que pretenden resolver en parte la problemática detectada. Así:

1. Al advertirse problemas en la regulación legal, el Poder Legislativo debe unificar la normativa de desarrollo del artículo 205 de la Constitución.

2. Habiéndose establecido los cuestionamientos al artículo 320 del Código Penal, que tipifica el delito de desaparición de personas, es indispensable que el Poder Legislativo lo modifique siguiendo los criterios jurisprudenciales de la Corte. Solo si se persistiere en su omisión, corresponde a los jueces del Poder Judicial ejercer el control de convencionalidad. Con tal finalidad, las Salas Penales de la Corte Suprema deben emitir un nuevo acuerdo plenario que sustituya al nº 9-2009/CJ-116, siguiendo los lineamientos de la Corte.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 187 21/10/2015 14:33:39

3. Existiendo problemas en el procesamiento de los casos penales por la incineración de la información, el Poder Ejecutivo debe dictar la normativa respectiva para que las fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú conserven la información relacionada a detenciones y hechos graves, la que es relevante para las investigaciones sobre desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales y otras violaciones a los derechos humanos.

4. Ante el incumplimiento del Poder Legislativo en relación al control de convencionalidad de las normas declaradas inconvencionales, corresponde a los jueces aplicar control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad de dichas normas.

5. Si bien es importante que se haya emitido una normativa específica para el pago de las indemnizaciones y disposiciones administrativas para el cumplimiento de otro tipo de reparaciones pendientes, es necesario que los poderes del Estado asuman el compromiso de cumplir con éstas y en especial contar con un fondo que permita el cumplimiento de las sentencias de la Corte, que tienen la calidad de cosa juzgada internacional.

6. Teniendo en cuenta que los representantes de las víctimas y la Corte cuestionan la demora en el pago de las reparaciones indemnizatorias que se han judicializado, el Poder Judicial debe establecer procedimientos sencillos, sumarios y exentos de formalidades, que tengan como objetivo central la ejecución oportuna de lo decidido por la Corte.

Notas

1. Susana Ynes Castañeda Otsu. Presidenta de la Sala Penal de Apelaciones de Lima y Coordinadora del Subsistema Anticorrupción. Magíster en Ciencias Penales. Especialista en Derechos Humanos y estudios de Doctorado en Derecho Constitucional, ambos en la Universidad Complutense de Madrid. Profesora de la Academia de la Magistratura de Perú; y de la Maestría en Derecho en las Universidades San Martín de Porres, Pontificia Universidad Católica y Nacional Mayor de San Marcos.
2. *Caso Neira Alegría y otros Vs*. Perú. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 188 21/10/2015 14:33:39

3. *Caso Lori Berenson Vs. Perú*. Supervisión de cumplimiento de Sentencia. Resolución de 20 de junio de 2012. *Caso Abrill Alosilla Vs. Perú*. Supervisión de cumplimiento de Sentencia. Resolución de 22 de mayo de 2013.
4. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988.
5. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú.* Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 17 de noviembre de 1999. *Caso Barrios Altos Vs. Perú.* Supervisión de cumplimiento de Sentencia. Resolución de 7 de septiembre de 2012.
6. *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú.* Reparaciones. Sentencia de 19 de septiembre de 1996, párr. 36. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú.* Reparaciones. Sentencia de 27 de noviembre de 1998, párr. 84. *Caso Castillo Páez Vs. Perú.* Reparaciones. Sentencia de 27 de noviembre de 1998, párr. 50.
7. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 119.
8. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 190.
9. FAUNDEZ LEDESMA, Héctor. *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, 1996, pp. 390-391.
10. AYALA CORAO, Carlos M. "La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Revista de Estudios Constitucionales, Año 5, nº 1, Universidad de Talca, 2007, pp. 127-201.
11. *Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú.* Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 17 de noviembre de 2004.
12. Ver artículos 31.1 y 66 del Reglamento de la Corte Interamericana.
13. Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 febrero 2001.
14. Ver, BENAVIDES, Luis. "La "despolitización" del proceso de ejecución de sentencias de la Corte interamericana de Derechos humanos". En la obra colectiva, *Impacto de las Sentencias de la corte Interamericana de Derechos humanos*, Coordinado por CORZO SOSA, Edgar y otros, Tirant lo Blanch. México DF, 2013, pp. 83-98.
15. CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynes. "Jurisdicción Supranacional", en la obra colectiva coordinada por la autora, *Derecho Procesal Constitucional*, 2da. edición, Tomo II, Jurista Editores, Lima, 2004, pp. 1023-1066.
16. Ver FIX ZAMUDIO, Héctor. "La necesidad de expedir leyes nacionales en el ámbito Latinoamericano para regular la ejecución de las resoluciones de organismos internacionales". En la obra colectiva: *Impacto de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* (Coordinador.) Corzo Sosa, Edgar y otros, Tirant lo Blanch, México DF, 2013, pp. 223-280.
17. Ley General del Sistema Nacional del Presupuesto, que regula el pago de sentencias judiciales.
18. Ley nº 30137, del 26 de diciembre de 2013. Su Reglamento fue aprobado por Decreto Supremo nº 001-2014-JUS, de 14 de febrero de 2014.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 189 21/10/2015 14:33:39

19. *Caso Anzualdo Castro* Vs. Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 21 de agosto de 2013, párr. 47.
20. *Caso Castro Castro Vs Perú*. Supervisión de cumplimiento de sentencia, 31 de marzo de 2014, párrs. 26-30.
21. *Caso Osorio Rivera y familiares Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013.
22. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Interpretación de la sentencia de fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001.
23. Sentencia del Exp. nº 024-2010-PI/TC.
24. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 190 21/10/2015 14:33:39

El proceso de constitucionalización del derecho civil en la República Argentina

Pascual Eduardo Alferillo[1]
Doctor en Derecho

I. Introducción

En las últimas décadas del siglo XX, los autores especializados en derecho privado recrearon una ardua polémica por imponer su impronta en lo que se considera una necesidad jurídica ineludible para los tiempos modernos, como es la unificación del derecho civil con el comercial[2].

Sin lugar a duda este debate de los privatista y la focalización de los publicistas en la valoración de la oportunidad y merito político de la reforma de la Constitución realizada en el año 1994, no permitió vislumbrar rápidamente en el análisis teórico de los juristas y, menos aún, su consagración general en la doctrina judicial, la profunda transformación normativa que expandía la reforma constitucional al punto de fijar una nueva concepción axiológica en la ley suprema.

Para comprender esta fenomenología vale recordar las explicaciones del profesor Alpio Silveira quién, siguiendo las enseñanzas de Cantaro Ferrini, describía como podía ser la actuación de una ley luego de ser sancionada e ingresar en el sistema normativo de un país, para decir como conclusión que "la disposición de ley, una vez emitida, es, pues, dentro de cierto límites, independiente del legislador: se desenvuelve, evoluciona, se amplia, se restringe, por vías propias y por su fuerza intrínseca"[3].

En la misma línea de preocupación, Moisset de Espanés señaló respecto del cambio social en su vínculo con el cambio legislativo, que

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 191 21/10/2015 14:33:39

"de una u otra manera, tarde o temprano, el cambio producido en las condiciones de vida de la comunidad incide sobre su sistema jurídico, provocando los necesarios ajustes. Y como la experiencia demuestra que el cambio legislativo marcha en muchas oportunidades por detrás del cambio social, la renovación del sistema queda con frecuencia en manos de quienes deben aplicar el derecho, que se esforzarán por llenar el vacío legal que ha creado la transformación social"[4].

De igual modo, aseveraba que "aún en el caso de considerar a los preceptos jurídicos como puros mandatos de la autoridad, el cambio social tendrá influencia sobre ellos en la medida en que la sociedad se resista a regirse por tales mandatos cuando no se adecuen a las necesidades que las circunstancias de tiempo y lugar imponen. Si la norma--mandato no responde a la realidad social, o está en franca contradicción con las necesidades del cuerpo social, no será obedecida y caerá en desuso, como sucede con tantas leyes"[5].

Mas adelante, al profundizar el tema descubre que "la relación 'cambio social – cambio legislativo' no se manifiesta únicamente en la influencia del primero sobre el segundo; por el contrario, entre estos dos hay una interinfluencia. El cambio legislativo puede ser vehículo, o motor, del cambio social; pero cuando el legislador pretenda utilizar el ordenamiento jurídico para encauzar la realidad por nuevas sendas, deberá hacerlo con suma prudencia, para conseguir una modificación paulatina de la vida social"[6].

Estas enseñanzas constituyen una guía para el estudio de la influencia de la renovación constitucional del año 1994 sobre el derecho civil tomando en consideración la situación de la normativa vigente que muestra un retraso en su adecuación a los nuevos tiempos presididos por las pautas fijadas por los tratados internacionales de los derechos humanos.

Esta situación de la normativa privatista, actualmente, se ve jaqueada por la posibilidad latente de una reforma integral promovida por el Poder Ejecutivo mediante la designación de la Comisión Decreto 191/2011 (B.O. B.O. 28/02/2011), en la cual se designó como responsables a los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Aida Kemelmajer de Carlucci y Elena Highton de Nolasco que hoy tiene estado parlamentario paralizado.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 192 21/10/2015 14:33:40

En función de ello, luego de un repaso histórico de la vinculación entre la Constitución Nacional y el Código Civil, se examinará la influencia de la norma superior en las soluciones jurisprudenciales para finalmente verificar el sentido ontológico de la propuesta de reforma que en esta investigación se agotará en analizar los aspectos generales del temas y se dejará para otra oportunidad examinar si las propuestas concretas condicen con la pauta directriz determinada como filosofía de la reforma.

II. Breve historia del vínculo entre la Constitución Nacional y el Código Civil

La reforma constitucional del año 1994 inició, sin lugar a hesitación, una nueva etapa en la vinculación entre la norma suprema y el derecho privado argentino, al reconocer jerarquía preferente a los tratados internacionales sobre los derechos humanos suscriptos por la Nación Argentina que se enumeran en el inc. 22 del art. 75.

Históricamente, la Constitución Nacional sancionada en 1853 y sus posteriores reformas, más allá de fijar la organización de la estructura del Estado Argentino, estableció, en su primera parte, las Declaraciones, Derechos y Garantía que para esa época se entendían con rango superior.

La vinculación jerárquica quedó perfectamente definida, en el art. 31, al reconocer para la codificación civil un nivel inferior, al punto que autoriza al Congreso Nacional a dictar la misma, conforme el original inc. 11 del art. 67.

El profesor Lorenzetti, cuando estudió la relación, encontró una zona de tensión ideológica entre estos cuerpos normativos motivados por el distinto origen de los antecedentes inspiradores. Al respecto recordaba que "la doctrina jurídica argentina en el derecho privado y de la responsabilidad, es de inspiración europea" y que por el contrario "la Constitución Nacional tiene una indudable raigambre anglosajona, y ello ha llevado a que la Corte Suprema se remita permanentemente a la similar de los Estados Unidos, que es la intérprete constitucional en aquel país".

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 193 21/10/2015 14:33:40

A partir de ello, denuncia que "la tensión es evidente, sobre todo en lo que refiere al derecho privado patrimonial: la corte cita preferentemente autores norteamericanos; la doctrina a los franceses, italianos y alemanes. No se trata, aclara el autor, de una *disputatio* académica. El derecho continental europeo está basado en un capitalismo con muchas regulaciones, participación estatal, y orientación social, mientras que el anglosajón es estrictamente liberal, lo cual tiene enorme trascendencia a la hora de legislar, interpretar y aplicar el derecho"[7].

Este análisis es relativamente cierto en el tiempo y si lo circunscribimos estrictamente a la vinculación de la Constitución Nacional con el derecho civil, pues no se puede desconocer que con la sanción de la Constitución de 1949[8] se inicia la etapa del constitucionalismo social en nuestra dogmática, mas allá de la resistencia opuesta por las interpretaciones liberales, que es irremediablemente aceptada, a pesar de la total derogación de la reforma, en el art. 14 bis que elevó a rango constitucional los derechos sociales, gremiales y asistenciales de los trabajadores.

A partir de ese tiempo ya no se puede hablar de una constitución con ideología liberal e individualista; estas ideas políticas, evidentemente, habían sido morigeradas en la sociedad y en la normativa, al punto que permite aseverar la vigencia del constitucionalismo social.

La situación es descripta por Zarini, cuando señaló que "del anterior constitucionalismo clásico o moderno al constitucionalismo social, media todo un cambio en la sociedad y se registra una doble transformación a nivel del Estado y a nivel de los derechos de las personas: a) del Estado abstencionista se pasó al Estado intervencionista; b) se complementaron los derechos individuales con la incorporación de derechos sociales y económicos"[9].

Por su parte, Ramella señala que "una democracia es social, cuando reconoce jurídicamente los grupos sociales que integran el Estado (familia, gremios, escuelas) y los derechos de carácter social (trabajo, propiedad)"[10].

El proceso político que promovió la derogación de la Constitución del año 1949 no pudo soportar la presión del cambio socio-económico acaecido en la sociedad Argentina y debió resignar su ideología acep-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 194 21/10/2015 14:33:40

tando la incorporación del art. 14 bis que tuvo influencia directa en la normativa laboral y en la previsión social.

En cambio, las relaciones civiles no recibieron esa influencia de un modo directo, sino que el avance de las políticas intervencionistas conocidas bajo la denominación del "estado de bienestar", "welfare state", etc., produjo que el Estado ejerciera un control directo sobre algunas relaciones particulares en las cuales había interés social en su regulación. En todos estos casos, el intervencionismo estatal tenía su origen legal en normas *infra* constitucionales dado que no existía una referencia directa en la norma superior[11].

El derecho civil se fue adecuando a los cambios sociales com el dictado de normativas particulares y con la reforma parcial de su codificación

En ese marco, el derecho civil se fue adecuando a los cambios sociales con el dictado de normativas particulares y con la reforma parcial de su codificación, sin recibir formalmente la influencia de alguna reforma constitucional hasta la Constituyente de 1994.

Por el contrario, como señala Picasso, "si bien nunca se desconoció que el derecho privado, como cualquier otra rama jurídica, se encuentra sometido a los principios y normas constitucionales, la dogmática civilista moderna (esto es, la elaborada a partir de la codificación) prescindió en general de vincular directamente sus construcciones con el derecho constitucional: bastaba con el Código Civil[12]".

En ese contexto, la renovación del texto constitucional introdujo a la doctrina autoral y judicial nacional en la problemática que ya era estudiada en países europeos, relacionada con el alcance de la influencia del contenido reformulado de las constituciones en el derecho civil de cada país.

El movimiento interpretativo se lo conoce bajo la denominación de "derecho civil constitucional" generado, fundamentalmente, a partir de la incorporación al texto constitucional de figuras que anteriormente eran consideradas exclusivas de la esfera *jus* privatista[13].

El profesor Rivera advertía, en nuestro país, "una constitucionalización de materias del Derecho Privado por reconocimiento directo

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 195 21/10/2015 14:33:40

de nuevos derechos y garantías constitucionalmente amparados y por vía de reconocimiento del rango constitucional de tratados que regulan materias de Derecho Civil"[14].

Para este autor, los nuevos textos constitucionales no hacen sino reconocer ese carácter "constituyente" del derecho civil, incorporando algunos de sus principios a la "Constitución formal"[15]. A esta conclusión arriba luego de trascribir el pensamiento de autores europeos que estiman que el derecho civil constitucional no es derecho constitucional, sino derecho civil formalmente integrado en la Constitución[16]. Ello por cuanto le conceden al derecho civil codificado un carácter "constituyente" al suplir la carencia en la constitución formal de verdaderas reglas de derecho, pues esa constitución formal era un programa de acción política que se dirigía a organizar los poderes del Estado[17].

La relación entre la Constitución y el Código Civil en España o en Francia no puede ser trasladada, sin un adecuado estudio, a la experiencia argentina sobre el tema. En primer lugar, se debe tener presente la inestabilidad de la historia constitucional europea que contrasta abiertamente con la estabilidad de su codificación civil. Este fenómeno permitió a los autores antes referenciados entender que la nacionalidad jurídica encontraba su pilar normativo central en el Código Civil de cada país, que habían calificado de "constituyente".

Este criterio podemos remontarlo en sus orígenes ideológicos al pensamiento de Thibaut cuando vislumbró en su celebre obra denominada "Sobre la necesidad de un Derecho Civil común para Alemania", en la cual marcó la importancia que tenía la sanción del código sustancial para consolidar la nacionalidad. El vínculo entre el Código Civil y la nacionalidad en Europa fue más fuerte que el creado por sus constituciones que eran permanentemente reformuladas conformes a los intereses cambiantes de sus vaivenes políticos[18].

En cambio, en nuestro país la estabilidad de la ley suprema ha sido muy importante, al punto que actualmente rige con las reformas que se le introdujeron en 1960, 1866, 1898, 1957 y 1994, la Constitución de 1853 que dio origen a nuestro Estado Nacional. El único intento de derogación total del año 1949 fue dejado sin efecto al poco tiempo.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 196 21/10/2015 14:33:40

Por su parte, el Código Civil fue sancionado a posteriori por el Congreso Nacional el 25 de setiembre de 1869 (Ley 340), en cumplimiento de la delegación conferida por la Constitución Nacional.

En otras palabras, en nuestra dogmática, el "núcleo normativo constituyente" del Estado se encuentra redactado en la propia Constitución Nacional y no en el Código Civil el cual acompañó el proceso de consolidación de la identidad nacional.

En este apartado es necesario recordar el pensamiento de Alberdi sobre el tema cuando dijo que "la Constitución debe dar garantías de que sus leyes orgánicas no serán excepciones derogatorias de los grandes principios consagrados por ella, como se ha visto más de una vez". Ello por cuanto entendía que "las leyes civiles de tramitación y de comercio se modifiquen y conciban en el sentido de las mismas tendencias que deben presidir a la Constitución, de la cual, en último análisis no son otra cosa que leyes orgánicas las varias ramas del derecho privado"[19].

A partir de las razones expuestas, debemos descartar la idea de la elevación de rango de un "núcleo normativo constituyente" existente en el Código Civil argentino a la Constitución reformada en 1994[20]. Y, a la par, aseverar que el cambio social operado fue notable al punto que no se conoce resistencia doctrinaria ni política sería contra las modificaciones introducidas en su parte dogmática por la última Constituyente.

Ahora bien, es importante recordar en este punto que el liberalismo de origen estadounidense que influyó en la redacción de la Constitución de 1853, centralizó su énfasis garantista en el derecho de propiedad (art. 17) y en la libertad de comercio (arts. 9, 10, 11 y 12) que eran la piedra basal para desarrollar una economía incipiente inspirada en ese signo.

Esta selección de prioridades que la norma recepta fue descripta por Sarmiento, al comentar la Constitución Nacional, cuando marca la necesidad de garantizar el orden social a través de la ley para permitir el fomento del comercio y con ello atraer a los inmigrantes para poblar nuestro país[21].

En ese tiempo jurídico, al ser humano se lo rescataba como un elemento más de la relación de derecho pero no como el factor central de todo el ordenamiento normativo. En ese sentido, se observa que el art. 14 protege la libertad para elegir lo que puede hacer civilmente (traba-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 197 21/10/2015 14:33:40

jar, ejercer industria lícita, navegar, comerciar, de tránsito, de usar su propiedad, etc.). En los arts. 15, 16, 18 y 19 aseguran los beneficios de la libertad con la abolición de la esclavitud, el formal reconocimiento de la igualdad ante la ley, las garantías procesales y la exclusión de las acciones privadas de la autoridad de los magistrados.

Por su parte, el acotado alcance normativo del constitucionalismo social quedó plasmado en el art. 14 bis que fijo su protección en la actividad laboral que podía llevar a cabo el ser humano pero no en el mismo.

A nuestro entender, anticipamos, el merito central de la reforma 1994 fue poner su esfuerzo transformador para rescatar al ser humano en si *proprio*, desplazando en la jerarquía superior a los otros importantes derechos que genera su actuación social o económica[22].

III. Cambio del centro de preferencia constitucional: del patrimonio al Ser Humano

La reforma constitucional de Santa Fe reconoce en la parte dogmática "nuevos derechos y garantías" (capítulo segundo – primera parte), enumerando, en el art. 41, el derecho a un ambiente sano y equilibrado, en el art. 42, la protección de consumidores y usuarios y, en el art. 43, una acción rápida y expedita para proteger, entre otros derechos los datos sensibles de la persona[23].

A su vez, en el inc. 22 del art. 72, reconoció jerarquía constitucional a los tratados internacionales relacionados con la plena consagración internacional de los derechos humanos que enumera con la limitación de no derogar artículo alguno de la primera parte y ser complementarios de los derechos allí reconocidos.

Un repaso mínimo por el contenido de los tratados internacionales trae plena convicción que la *ratio* constitucional se focaliza en reconocer la personalidad jurídica de la persona humana marcando que entre ellas no existen diferencias. Donde hay un ser humano existe siempre una persona para el derecho.

Ello fue expresado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuando preciso *"a los fines de establecer el sentido de la voz "persona"*

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 198 21/10/2015 14:33:40

enunciada en el art. 8º, párr. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Adla, XLIV-B, 1250), es válido recurrir al Preámbulo y al art. 1º del citado ordenamiento, los cuales establecen que "persona" significa todo ser humano. Ello en virtud de la aplicación, por un lado, de la pauta de hermenéutica según la cual cuando una ley es clara y no exige mayor esfuerzo interpretativo no cabe sino su directa aplicación y, por el otro, del principio conforme el cual las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos debe entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no para beneficio de los Estados contratantes"[24].

En el mismo nivel se coincide en reconocer la máxima ubicación en la jerarquía normativa, al derecho a la vida, a la integridad de su persona, a la libertad e igualdad que tiene todo ser humano.

Sobre el particular Ekmekdjian sostiene que "los derechos personales tienen jerarquía superior a los patrimoniales. En efecto, los segundos dan una infraestructura económica destinada a posibilitar la realización de la persona humana, es decir de los primeros. A tal punto esto es así que los derechos patrimoniales pueden ser renunciados por el titular, en cambio los derechos personales, en principio, no"[25].

Este autor sistematiza la jerarquía de los derechos civiles de la siguiente forma: 1º) Derecho a la dignidad humana y a la libertad de conciencia. 2º) Derecho a la vida, a la integridad física, a la intimidad, a la educación. 3º) Derecho a la información. 4º) Los restantes derechos personales, en primer lugar los "derechos-fines" y luego los "derechos--medios". 6º) Los derechos patrimoniales[26].

Sin lugar a duda, la reforma constitucional del año 1994, modificó definitivamente el clásico paradigma normativo nacional ubicando al ser humano, al hombre, por encima de los derechos patrimoniales.

Así es entendido por la Corte de Justicia Nacional cuando sostuvo que *"el derecho a la vida –comprensivo de la preservación de la salud– es el primer derecho de la persona humana reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, ya que siendo el hombre el centro del sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, su persona es inviolable y constituye el valor fundamental respecto del cual los demás valores tienen siempre carácter instrumental*"[27].

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 199 21/10/2015 14:33:40

Este criterio fue reiterado por la Corte Federal en distintos pronunciamientos[28] para llegar al expreso reconocimiento de que *"el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental*"[29].

En esta línea evolutiva del máximo tribunal resulta oportuno destacar la conexión que formulan, en la disidencia parcial, los Dres. Maqueda y Rueda con otros derechos vitales en el caso "Mesquida", cuando consideran que *"la vida es el primer derecho de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva y que su efectiva tutela se encuentra enlazada a otros derechos tales como la integridad psíquica y física, la protección integral de la familia, el derecho a una reparación integral en los términos del deber constitucional de no dañar a otro*"[30].

La decisión constitucional de priorizar al ser humano en si *proprio,* por encima de sus derechos patrimoniales, tiene influencia al momento de adoptar una decisión frente a una hipótesis de conflicto entre estos valores. Pues, sin la menor hesitación, la hermenéutica debe ser *in dubio pro homini,* siempre en favor del ser humano.[31].

Ello viene a colación por cuanto el Código Civil ha mantenido su estructura original que regula todo lo concerniente al ser humano como elemento de los vínculos jurídicos, concentrando su esfuerzo reglamentario en la estructura del patrimonio y su dinámica.

Ello necesariamente conduce a una zona de concurrencia e influencia reglamentaria entre el contenido de la Constitución Nacional y el Código Civil, de cuya interesante temática, en estas reflexiones limitaremos únicamente a verificar su desarrollo en la esfera comprendida por el derecho de daños.

IV. La constitucionalización del derecho civil

La influencia reformadora de la Constitución Nacional sobre el derecho civil, evidentemente, no se da del modo tradicional con la derogación total o parcial de su normativa por una nueva ley.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 200 21/10/2015 14:33:40

Por el contrario, la ley suprema ha introducido al plexo normativo argentino nuevos paradigmas presididos por el imperio de los derechos humanos que han generado una zona de tensión hermenéutica entre los cuerpos normativos bajo análisis, a los cuales la doctrina judicial y autoral han procurado buscar respuestas adecuadas a los tiempos actuales.

El conflicto interpretativo se da no de un modo genérico, sino que las disputas interpretativas se presentan de modo puntual, cuando las normas reglamentarias de algunas instituciones entran en colisión con las directivas consagradas en la Constitución.

Es por ello, brevemente, se efectuará un repaso de los casos en los cuales se observó la pugna normativa que se manifiestan con mayor claridad en las relaciones de familia con la incorporación del "interés superior del niño" y en el derecho de daños donde se comienza a priorizar a la víctima.

1. Influencia transformadora del interés superior del niño

El art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional expresamente incorporó al máximo rango normativo a la Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada por Ley 23.849 – B.O. 22/10/1990) que fuere reglamentada mediante el dictado de la ley 26.061 (B.O. 26/10/05).

La irrupción normativa en el máximo rango del "interés superior del niño" generó zonas de conflictos con las tradicionales soluciones que se daban a los desencuentros de intereses en los que se encontraban involucradas personas menores de edad.

Así, en el ámbito del derecho judicial se marcaron pautas muy claras en las cuales se privilegiaba la ventaja estatuida para los niños.

En general, se consideró como criterio hermenéutico que *"la necesidad de una protección especial de la infancia enunciada en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como la atención primordial al interés superior del niño dispuesta en su art. 3º, proporcionan un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que están involucrados menores, debiendo tenerse en consideración aquella solución que les resulte de mayor beneficio"*[32].

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 201 21/10/2015 14:33:40

Ello por cuanto "*el principio del interés superior del niño condiciona las decisiones de los tribunales de todas las instancias llamadas al juzgamiento de los casos, incluyendo, obviamente, a la Corte*[33]*"*, dado que *"el art. 3, ap. 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño orienta la interpretación y aplicación de todo el plexo normativo, tarea en la cual se ha de tener como consideración primordial el interés superior del menor"*[34].

En la aplicación práctica y concreta de este criterio interpretativo se ha definido que *"el concepto de 'interés superior del niño' consagrado en los art. 3.1 y 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693) debe ser preferido por los jueces sobre los demás derechos de los padres y de la familia, al momento de decidir los conflictos que impliquen la tenencia de menores"*[35].

De igual modo, se debe tener en cuenta este principio rector de las decisiones judiciales cuando se deba definir la puja por la tenencia de los menores entre los padres[36] o entre quién lleva a cabo la guarda frente al interés de recupero de los progenitores biológicos[37].

También se aplicó el principio para definir por la negativa sobre la pretensión de cambiar el colegio donde cursaba el menor[38].

Finalmente, para cerrar éste breve enunciación de casos relacionados con menores, sobresale la limitación que se le impone a la prensa relacionado con la publicitación de sus actos[39].

La influencia transversal del principio receptado por la Constitución que comentamos en este apartado se pone de resalto en el ámbito procesal como un modo de asegurar efectivamente el cumplimiento sustancial de las ventajas programadas para los niños.

En ese sentido, se puede citar la directiva de abandonar las formalidades cuando estas atenta con la pronta solución del conflicto en el cual se encuentra involucrado el menor.

En esa dirección se juzgó que *"cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional"*[40].

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 202 21/10/2015 14:33:40

En cuanto a la competencia de los tribunales se especificó que *"cuando se trata de actuaciones cuyo objeto atañe a menores se debe otorgar primacía al lugar donde éstos se encuentran residiendo, ya que la eficiencia de la actividad tutelar torna aconsejable una mayor inmediación del juez de la causa con la situación de los mismo, solución que es la que mejor se compadece con la finalidad tuitiva de la 'Convención sobre los Derechos del Niño', que dispone atender el superior interés del niño en todas las medidas a tomar concernientes a ellos – art. 3º del Convenio y art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional"*[41].

2. De la capacidad a la competencia del niño en la toma de decisiones sobre derechos personalísimos

El Código Civil adoptó un sistema estanco para determinar la capacidad civil de las personas, fijando la mayoría de edad en los dieciocho años, conforme el art. 126. Además preciso que son menores impúberes, aquellos que no han cumplido con la edad de catorce años, de acuerdo al art. 127.

Por su parte, el art. 921 establece que los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos, por menores de diez años.

La determinación de la Convención sobre los Derecho del Niño sobre la necesidad de escuchar la opinión de los menores en los temas de su incumbencia especialmente relacionados con sus derechos personalísimos[42], puso en la mesa de las discusiones, la validez de la calificación tradicional frente a la necesidad de proveer un sistema apto para evaluar la opinión de los menores.

Para procurar una solución a los problemas que se presentan a partir de la inserción de los derechos humanos al ámbito de los niños, se comenzó a impulsar el concepto de "competencia" como la aptitud para comprender la dimensión del problema que se le presenta al menor y, en el cual está involucrado, para dar su opinión sobre el mismo[43].

La competencia del menor no está asociada a su capacidad civil sino a su particular proceso de madurez que le es propio conforme a la experiencia de vida que haya tenido[44].

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 203 21/10/2015 14:33:40

En este sentido, Verhellen señala que "el reconocimiento de los niños como personas completamente legales implica no solo el reconocimiento de que tienen derecho, sino también, y mas especialmente, que son capaces de llevar a cabo estos derechos por si mismo, lo cual nos lleva a la cuestión de la competencia"[45].

En la doctrina judicial de nuestro país se ha sostenido que *"conforme lo normado por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693), posee jerarquía superior a las leyes, estableciendo dicho ordenamiento que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen los tribunales, deberá considerarse primordialmente el interés superior del niño, garantizando el art. 12, al número que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente, dándole en la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo involucre*"[46].

De igual modo y concretamente se juzgó que *"la falta de capacidad civil del menor que solicitó, por medio de sus padres, autorización para realizarse una operación tendiente a adecuar su sexo, no constituye obstáculo para que su decisión pueda ser considerada como autónoma, por cuanto tal incapacidad legal, es suficientemente suplida por su comprobada competencia –entendida como la capacidad del paciente para comprender la situación a la que se enfrenta, los valores que están en juego y los cursos de acción posibles con las consecuencias previsibles de cada uno de ellos para tomar, expresar y defender una decisión que sea coherente con su propio proyecto de vida y escala de valores– para la adopción de la decisión de que se trata, vinculada de manera directa con su propio cuerpo y su salud"*[47].

3. La preeminencia del derecho a la identidad

En la estructura normativa del Código Civil se prevé la posibilidad que la paternidad pueda ser impugnada tanto por el presunto padre como por el propio hijo conforme reglamenta el art. 259, reformulado por la ley 23.264 (B.O. 23/10/85).

Este artículo estatuye un régimen diferencial, pues al progenitor le impone el plazo de caducidad de un año a partir de la inscripción del

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 204 21/10/2015 14:33:40

nacimiento para impetrar la impugnación, en cambio, para el hijo, la posibilidad de reclamar la paternidad es imprescriptible.

La irrupción a partir de la reforma de 1994, en el máximo nivel jerárquico del derecho a la identidad del cual gozan todos los seres humanos para conocer fehacientemente cual es su verdad biológica ha generado nuevos debates interpretativos.

En general, se ha entendido que *"la determinación de la verdad en materia de filiación, cual es precisar si alguien es o no padre del reclamante, no puede entenderse que sea algo privado del demandado y que quede supeditado a que éste acepte o no someterse a las pruebas genéticas, pues en la materia se encuentra directamente involucrado el inalienable derecho a la identidad cuya satisfacción consulta en la especie el interés superior del menor cuya filiación se trata (art. 3º, apart. 1º, Convención sobre los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada mediante ley 23.849 – Adla, L-D, 3693)*"[48].

En cuanto al ejercicio de la acción por los hijos la doctrina judicial ha decidido que *"es procedente la acción de impugnación de paternidad intentada por un menor contra quien lo reconoció como hijo, pues la identidad filiatoria no puede sostenerse razonablemente en el mínimo de porcentaje que arrojó la prueba de compatibilidad –en el caso, 9,1–, máxime cuando no existen elementos que demuestren la existencia de hechos en un contexto familiar, que reflejen en conjunto, la práctica de una posesión de estado, como tampoco relación concubinaria alguna entre la madre del accionante y el demandado*"[49].

De igual modo se entendió que *"es improcedente la excepción de cosa juzgada opuesta ante la promoción de una acción de filiación extramatrimonial, invocando el rechazo de las demandas acumuladas de impugnación de la paternidad y filiación extramatrimonial deducidas anteriormente por el actor, pues dicho decisorio expresó que la resolución adoptada lo fue sin siquiera entrar a analizar la eventual existencia de un vínculo biológico entre el reclamante y el pretenso progenitor, debido a la ausencia de pruebas sobre el desplazamiento del estado de hijo*"[50].

Con relación a la factibilidad que el padre pueda ejercer la impugnación fuera del plazo de caducidad, se han posicionados dos tenden-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 205 21/10/2015 14:33:40

cias en cuanto al test de constitucionalidad de la norma antes referenciada frente a la vigencia con rango superior del derecho a conocer la verdadera identidad de los individuos.

Por una parte, se encuentran fallos que indican que *"es constitucional el Art. 259 del Código Civil en cuanto le impone al marido el plazo de caducidad de un año para promover la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, pues dicho plazo responde a una secular directiva que tiende a la seguridad jurídica a través de la consolidación del estado de familia, e implica, para quien no accionó en tiempo propio, la obligatoriedad de responsabilizarse por su propia omisión*"[51].

En contrario, se sostiene que *"debe considerarse inconstitucional el art. 259 del Código Civil en cuanto niega al padre biológico legitimación para instar la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, si de las pruebas aportadas a la causa surge que el hijo menor de edad ha convivido toda la vida con él y su madre, y que ha cumplido con su rol de padre, asumiendo todos y cada uno de los deberes derivados de dicha situación, máxime cuando el ex marido de la progenitora se desatendió totalmente de su familia, abandonando el grupo conviviente y no compareciendo al proceso*"[52].

En el mismo sentido, se sostuvo que *"es inconstitucional el Art. 259 del Código Civil en cuanto le impone al padre el plazo de caducidad de un año para promover la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, pues vulnera el derecho constitucional de identidad al desnaturalizarlo y privarlo de contenido, el de acceso a la justicia por cuanto le quita la posibilidad de elegir recurrir o no a reclamar la tutela jurisdiccional, el de igualdad en tanto dispensa un trato distinto a los diversos miembros de la relación paterno-filial y derechos patrimoniales en tanto padre e hijo ven comprometidos derechos actuales y eventuales como son la prestación alimentaria y el derecho sucesorio*"[53].

En los últimos años se mantiene el criterio y se amplía cuando se explica que "*es inconstitucional el art. 249, primer párrafo, del Código Civil porque, al imposibilitar al reconociente impugnar la paternidad extramatrimonial, vulnera el derecho a la identidad del niño, el acceso a la justicia del reconociente, y lesiona además derechos patrimoniales, razón por la cual no se adecua a las directrices contenidas en los arts. 28 y 31 de*

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 206 21/10/2015 14:33:41

la Constitución Nacional, arts. 1 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y arts. 3 y 11 Ley nº 26061"[54].

Ello por cuanto "*el derecho a acceder a la verdad biológica y con ello propender a la tutela de la identidad personal, es también un derecho del reconociente que luego de efectuarse la prueba genética comprueba que no es el padre biológico del reconocido, pues no puede verse privado de su verdadera identidad paterna en sentido negativo, y ser tenido legalmente como progenitor de quien biológicamente no lo es*"[55].

Aún se encuentran pronunciamento que hacen una interpretación sui generis del contenido normativo de los pactos internacionales de los derechos humanos

Sin embargo, aún se encuentran pronunciamiento que hacen una interpretación sui generis del contenido normativo de los pactos internacionales de los derechos humanos. Ello ocurrió cuando se explicó que "*las disposiciones tuitivas consagradas en la Convención de los Derechos del Niño, que garantizan su derecho a preservar su identidad y sus relaciones familiares, no obstan que la ley privilegie, según las circunstancias, una identidad filiatoria consolidada que puede ser, incluso, no coincidente con la verdad biológica, o que favorezca vínculos tendientes al fortalecimiento de una identidad filiatoria que supla carencias insuperables en el ámbito de la familia de sangre*"[56].

Para ilustrar la crisis de la norma actual del código sustancial porque no resuelven las nuevas problemáticas que se le presentan viene a colación el fallo cuando especifica que "*corresponde rectificar la partida de nacimiento de un menor, debiendo consignarse que es hijo de quien lo dio a luz y de la mujer que es su pareja y donó el óvulo para que se produjera la fecundación pues, una solución contraria implicaría asentar registralmente una filiación que no corresponde a su verdadero mapa biológico, como así también aceptar una situación de clara discriminación por la condición sexual de la pareja, todo lo cual vulneraría los derechos fundamentales a la identidad y a la autonomía personal*"[57].

Problemas de similares características es resuelto cuando se consideró que "*la actitud tomada por el Consulado argentino en Nueva Delhi*

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 207 21/10/2015 14:33:41

al no inscribir como argentina a una niña nacida mediante la técnica de gestación por subrogación de vientre, debido a que la madre, argentina nativa, no reside en nuestro país, ha conculcado el derecho a la identidad de la menor que goza de expresa jerarquía constitucional a partir del año 1994, al incorporar la Convención sobre los Derechos del Niño"[58].

Finalmente, marca el contro internacional de las resoluciones nacionales el fallo dictado por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos donde se juzgó que "*la imposibilidad de una niña de crecer con su familia biológica, al haber sido entregada por su madre mediante escritura pública a un matrimonio y luego, por la justicia en guarda a éste, en contra de la voluntad de su progenitor, y la ausencia de medidas dirigidas a relacionar al padre con su hija, afectó el derecho a la identidad de aquélla, además de su derecho a la protección familiar*"[59].

Como se colige la transformación de los valores de la vida real es muy profundo y, a pesar de los esfuerzos realizados, la norma vigente no alcanza para dar soluciones de justicia haciendo primar los principios que la sociedad actual entiende como prioritarios: los derechos humanos de las personas.

4. La constitucionalización del derecho de daño

Para ingresar al análisis de la influencia que ejerce la Constitución Nacional en el ámbito del derecho de daño, en primera instancia, se debe tener en cuenta la escasa evolución legislativa que ha tenido en nuestra dogmática nacional la normativa reglamentaria de la responsabilidad en el Código Civil.

Ello permitió asegurar que uno de los aspectos más sorprendente del actualmente denominado derecho de daño, es justamente la mutación del contenido del "daño resarcible" que ha tenido a lo largo de la existencia del Código Civil. La misma, cabe consignar, no es producto de la evolución legislativa, sino por el contrario, es el resultado de las transformaciones socio-económicas acaecidas en la Argentina que motivaron profundas meditaciones de la doctrina de los juristas que a partir de la percepción de los cambios socio-económicos, procuraron compatibilizar los nuevos reclamos de justicia con la estática letra de

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 208 21/10/2015 14:33:41

la normas civil. En el mismo nivel de apremio se encuentra la doctrina judicial que a través de sus sentencias, intentó dar respuesta a las modernas exigencias de equidad de la sociedad[60].

El trabajo de los juristas y magistrados motorizó la adecuación de las normas del Código Civil, en general, y de la responsabilidad civil, en particular, a los cambios sociales antes que la labor de los legisladores, produciendo el ensanchamiento de su ámbito de incumbencia.

Esta evolución interpretativa se observa claramente en la determinación del contenido del "daño resarcible" que pasó de comprender, como indemnizable exclusivamente la lesión de un derecho o interés protegido expresamente por la ley al "simple interés lícito". La limitación traía, por ejemplo, la exclusión del concubino, la del pariente lejano alimentado por el fallecido, etc., de la legitimación para reclamar el daño material[61].

De igual manera, se percibe la transformación en la evolución que se ha dado de la responsabilidad civil al derecho de daños, no solo en la denominación sino en la concepción ideológica, pues se pasó de centralizar el estudio de los factores de atribución para definir si el patrimonio del dañador debía responder por la indemnización a focalizar la preocupación en la víctima del daño, en como resarcirla mas adecuadamente. Sobre el tema, Garrido Cordobera sostenía que "dada la situación actual de complejidad del mundo en que vivimos, la vulnerabilidad a la que estamos expuestos y los principios rectores de los Derechos de Daños, es que volvemos a sostener que la mejor herramienta con que se puede lograr la distribución de los daños para poder ser soportado por quién mejor pueda absolverlos, y que ellos no pesen sobre las víctimas inocentes de los daños injustamente sufridos"[62].

Ahora bien, a prima facie se observa que la mentada reforma constitucional/94 introdujo la jerarquización del contenido humanista de los tratados internacionales y, con ello, una influencia directa sobre el derecho privado que mantenía incólume la letra de su normativa.

Esta transformación colocó a los juristas y magistrados en la tarea hermenéutica de medir la dimensión de la influencia en la normativa inferior.

En este contexto efectuaremos un breve repaso por las instituciones del derecho de daño donde se manifiesta el conflicto interpretativo.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 209 21/10/2015 14:33:41

4.1 La consolidación constitucional del deber de no dañar

La Corte de Justicia de la Nación, en fecha 5 de agosto de 1986, emitió tres pronunciamientos que se han constituido en hitos trascendentales en el tema, al marcar la estrecha vinculación entre el contenido de la Constitución Nacional y el derecho de daños.

Así, en el caso "Gunther[63]", como en "Santa Coloma[64]", aseveró que el principio del *alterum non laedere* tiene su raíz constitucional en el art. 19 de la Constitución Nacional al entender que tanto las acciones públicas como las privadas son alcanzadas por la autoridad de los magistrados cuando perjudican los derechos de terceros quedando en la esfera de reserva personal únicamente las acciones privadas que no ofenden la moral pública ni el derecho de otro.

A partir de esta premisa se falló que *"la responsabilidad que fijan los arts. 1109 y 1113 del Código Civil sólo consagra el principio general establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional que prohíbe a los "hombres" perjudicar los derechos de un tercero*". Razón por la cual *"la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica*"[65].

Como se colige, la hermenéutica de la Corte Federal, no sólo reconoce origen constitucional al deber de no dañar sino que determinó el carácter de norma reglamentaria de la Constitución que tenía el Código Civil, razón por la cual la normativa privada expande su influencia a las otras disciplinas jurídicas.

Este criterio ha permanecido inalterable en la doctrina judicial de la Corte Federal y en los tribunales inferiores[66].

Otro aspecto destacable de la sentencia dictada en "Gunther", relacionado con la vinculación normativa en estudio, es la consagración de la igualdad ante la ley de los sujetos dañadores cuando juzgó que *"ninguna disposición constitucional destaca la posibilidad de un tratamiento distinto entre las personas privadas o públicas (Estado) y el art. 100 de la Carta Magna menciona a la Nación como justiciable por cualquier clase de causa*"[67].

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 210 21/10/2015 14:33:41

Es decir, la reforma constitucional de 1994, ha consolidado la raigambre constitucional del principio de no dañar.

4.2 El principio de la reparación integral

La contracara del deber de no dañar es indudablemente el derecho de los damnificados a ser resarcidos de los menoscabos padecidos. Con relación a este derecho se pueden verificar dos estados en la evolución conceptual: El derecho de ser simplemente resarcido al derecho a obtener una "reparación integral".

El resarcimiento que correspondía por cada tipo de daño padecido fue legislado por el Código Civil de un modo flexible, dejando al arbitrio judicial la valoración y cuantificación de los mismos. Es por ello que el estudio de la evolución del concepto de daño resarcible en la doctrina civilista resulta importante dado que sobre la base de la labor de los autores y jurisprudencia, se amplió su contenido.

En cambio, es del ámbito del análisis de la constitucionalidad de las sentencias donde surge el concepto de "reparación integral" que fue sistemáticamente empleado para medir la existencia o no de arbitrariedad en la valoración y cuantificación de los perjuicios realizada por los tribunales inferiores.

En este sentido, se verifica de la lectura de los fallos emitidos por la Corte Suprema de la Nación que el término no es de empleo exclusivo del derecho resarcitorio aquiliano, sino se lo ha utilizado para medir la justicia de las indemnizaciones en las expropiaciones[68] y en el cumplimiento de las retribuciones en las contrataciones para realizar obras públicas[69], en la actualización monetaria[70] [71], etc.

La Corte Federal no ha sido muy elocuente en conceptualizar en sus fallos el carácter constitucional del derecho a la reparación integral sino, como se expresó *supra,* lo utiliza como parámetro cuando realiza, en concreto, el análisis de arbitrariedad de los fallos.

Por ello que adquiere una especial atracción para el investigador trascribir los fallos en los cuales se fija un concepto del derecho a la reparación integral.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 211 21/10/2015 14:33:41

En esa dirección, con el voto de Luis María Boffi Boggero sostuvo que *"el principio de la reparación integral que gobierna, entre otros, a la responsabilidad 'aquiliana', exige que se coloque a los damnificados en las mismas condiciones en que habrían estado de no haberse producido el hecho ilícito*"[72]. Esta opinión, sin duda, autorizaba a trasponer los límites resarcitorios impuestos en la reglamentación civil, pues se pasaba de la reparación legalmente autorizada a la posibilidad de resarcir otros rubros que la sociedad entendía debían ser reparados.

De igual modo, se juzgó en un caso de responsabilidad contractual que *"el principio de la reparación justa e integral debe entenderse como compensación con iguales características, de manera que se mantenga la igualdad de las prestaciones conforme al verdadero valor que en su momento las partes convinieron y no una equivalencia numérica teórica*"[73].

El expreso reconocimiento del status constitucional del derecho a la reparación integral se verifica de un modo indirecto en "Pérez, Fredy Fernando" cuando la corte entendió que *"el principio constitucional de la reparación integral no justifica que sean sorteadas explícitas normas procesales que determinan el preciso alcance de la competencia apelada y que hacen a la tutela de la defensa en juicio*"[74].

Pero es en el caso "Aquino Isacio", donde expresamente reconoce la íntima vinculación existente entre el deber de no dañar y el derecho a la reparación integral, cuando se juzgó que "*el art. 19 de la Constitución Nacional establece el principio general que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero: alterum non laedere, que se encuentra entrañablemente vinculado a la idea de reparación*"[75].

Posteriormente, la Corte Federal, en el marco de la internacionalización de nuestro derecho interno, amplió el concepto de reparación integral cuando dijo: *"el deber de investigar y sancionar a los responsables de las violaciones de los derechos humanos, como una de las formas de reparación integral impuesta por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debe ser asumido por el Estado como un deber jurídico propio a fin de no incurrir en responsabilidad internacional*"[76].

Como se colige, la hermenéutica de la Corte Suprema sobre el constitucional principio de "reparación integral", actualmente, supera el clásico concepto de justo resarcimiento de los menoscabos (tanto

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 212 21/10/2015 14:33:41

aquiliano o contractual, ampliación de los rubros incluidos y cuantía adecuada), para incluir el deber estatal de investigar, reprimir y resarcir los daños derivados de las violaciones de los derechos humanos.

4.3 La flexibilización de la prejudicialidad penal

La primera flexibilización de la rigidez del art. 1101 del Código Civil fue expuesta por la Corte de Justicia de la Nación cuando en "Ataka c/ González" juzgó que *"la existencia de una dilación indefinida en el trámite y decisión de este juicio que ocasiona agravios a la garantía constitucional del derecho de defensa, produciendo una efectiva privación de justicia"*[77] [78].

En fallos análogos se explicitaron los fundamentos asegurando que *"la garantía de la defensa incluye el derecho de todo justiciable a obtener un pronunciamiento que defina su posición y ponga término del modo más breve posible a la situación de incertidumbre que comporta toda controversia judicial, dado que el principio constitucional no se satisface con el hecho de que el sujeto pueda abrir y desarrollar la instancia judicial sino que es menester que ésta termine con un pronunciamiento definitivo"*[79].

Al momento de dictarse el fallo por la Corte Federal, cabe subrayar que aún no se habían incorporado al texto de la Constitución Nacional los distintos tratados internacionales (art. 75 inc. 22 C. N.), razón por la cual la limitación operativa del art. 1101 del Código Civil se fundaba en la inobservancia del mandato implícito contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional[80].

Es decir, en esta primera etapa de apertura interpretativa, los argumentos de la jurisdicción están direccionados a la consagración del derecho de defensa al entender que le asiste a los accionantes el derecho a un debido proceso que no se ve cumplido cuando la sentencia civil queda pendiente, *sine die*, al dictado del fallo en sede criminal.

En la nueva era constitucional, el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) regula que "toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, indepen-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 213 21/10/2015 14:33:41

diente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden Civil, Laboral, Fiscal o de cualquier otro carácter..."

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la actual etapa constitucional, no abandonó el criterio sustentado en el caso "Ataka c. González", sino, por el contrario, reafirmó sus convicciones perfeccionando el concepto de privación de justicia, en varios pronunciamientos (312-2434; 311-1604; 305-913, etc.) al juzgar que es inconstitucional la prolongación indefinida de los procesos. Ello al punto de sentenciar en un caso paradigmático, luego de intimar a un Superior Tribunal de Justicia provincial a pronunciarse sin dilación alguna que *"la garantía de la defensa en juicio significa el derecho a obtener una decisión"*[81].

La Corte Federal, en la nueva etapa constitucional, en el caso "Zacarías, Claudio H. v. Provincia de Córdoba y otros", estableció como doctrina que *"la postergación de la sentencia civil hasta tanto se dicte el fallo penal impuesta ante la dualidad de procesos originados en el mismo hecho, debe ceder cuando la suspensión determina una dilación indefinida en el trámite y decisión de este juicio que ocasiona agravio a la garantía constitucional de derecho de defensa y produce una denegación de justicia"*[82].

Pues como ella misma señaló, en el fallo "Boleso, Héctor Hugo c/ Estado de la Provincia de Corrientes – Recurso de Hecho", *reconocer un derecho pero negarle un remedio apropiado equivale a desconocerlo, y que la garantía de defensa en juicio incluye el derecho a obtener un pronunciamiento rápido dentro de un plazo razonable (fallos: 324:1944, considerando 5º)"*[83].

Ésta línea de pensamiento fue recepcionada posteriormente por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza[84], la Corte de Justicia de Tucumán[85], el Superior Tribunal de Santiago del Estero[86], la Suprema Corte de Buenos Aires[87], Tribunal Superior de Justicia de Córdoba[88] y la minoría en el Tribunal Superior de San Luis[89].

La hermenéutica que marcó la Corte de Justicia, hace más de tres décadas, con un gran sentido de anticipo del porvenir jurídico, se extendió primero a tribunales inferiores provinciales o federales que tení-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 214 21/10/2015 14:33:41

an, naturalmente, más contacto con el reclamo social de pronta justicia y, en los últimos tiempos, fue recepcionada por los tribunales superiores de las provincias.

4.4 Cuestionamientos a las limitaciones del art. 1078 del Código Civil

Otros de los puntos donde se debate sobre la influencia de la Constitución Nacional en la normativa del Código Civil, es el relativo a la legitimación para reclamar el daño moral reglada por el art. 1078 del primero[90].

En su redacción original, el artículo referenciado autorizaba para reclamar el daño moral, únicamente, a los damnificados de los hechos dañinos calificados como delitos por el derecho criminal.

Esta norma originó observaciones críticas que encuentran su punto más elevado en la proposición realizada por el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil organizada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba (21/26 de mayo de 1927), el cual recomendó tener en cuenta para una futura reforma que "en los actos ilícitos inclusive en los derivados del incumplimiento de los contratos, la indemnización debe comprender no solamente los daños y perjuicios patrimoniales sino también la reparación del agravio moral"[91].

La comisión del tema VIII "Responsabilidad civil por actos ilícitos", integrada, entre otros notables, por los Dres. José F. Campi, Julio O. Ojea, Pedro León, Henoch D. Aguiar, Ernesto Cordeiro Álvarez, Héctor Lafaille, Molina Carranza, Arturo Orgaz, se sostuvo que "ningún criterio atendible existe, para establecer distinciones en el resarcimiento integral del daño, por ocasión de un acto ilícito, acordando la reparación del "moral o afectivo" en la acción por delito del derecho penal y negándolo para el delito del derecho civil o para el cuasi-delito".

Muchos años después, teniendo en cuenta parcialmente el pensamiento de estos autores, el art. 1078 fue reformado.

De la simple lectura del nuevo texto, el paso dado por la reforma puede ser calificado como de apertura, a pesar de poner coto a la legiti-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 215 21/10/2015 14:33:41

mación para reclamar el daño moral cuando del hecho ilícito resultare la muerte de la víctima, autorizando únicamente a los "herederos forzosos". Sin embargo, la presión de la realidad social que aceptaba nuevas formas de convivencia requirió una mayor amplitud de la legitimación y ello fue recepcionado por la doctrina en las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1984) donde de *lege ferenda*, se aconseja "ampliar en una futura reforma del Código Civil el ámbito de damnificados, indirectos legitimados para reclamar la reparación del daño moral"[92].

Esta evolución generó el surgimiento de una corriente interpretativa amplia la cual entendía, en la palabra de Kemelmajer de Carlucci, que resultaba suficiente para concederle legitimación la calidad potencial de herederos forzosos dado que la acción se reclama *iure proprio* y no *iure hereditatis,* advirtiendo que la tesis contraria llevaría a rechazar la reclamación sino se tramita la declaratoria de herederos. Por otra parte, ésta autora entiende que sería absurdo que un padre – cuyo hijo ilícitamente fallecido tiene descendiente – pueda reclamar el daño material y no el moral[93]. En sentido concordante Zavala de Gonzáles puntualiza: "una cosa es el orden hereditario y otra el de los afectos, además de que la finalidad del art. 1078 es sólo circunscribir la legitimación a ciertos allegados, pero no introducir alguna suerte de condicionamiento sucesorio"[94].

Este cuestionamiento contra la limitación de la legitimación, como se verifica, aún se circunscribía a la interpretación sistemática interna del contenido del Código Civil.

En una segunda instancia, se profundizan, básicamente, desde la doctrina judicial las críticas contra la limitación reglada por el art. 1078 C.C., cuando se estimó que "d*ebe admitirse el reclamo de daño moral de la concubina, fundamentado en los preceptos constitucionales de protección de la familia (arts. 14 bis tercer párrafo, Const. Nacional; 17, 27 y conc. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 'Pacto de San José de Costa Rica'; 10 y 23 'Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos'), igualdad ante la ley (art. 16, Const. Nacional) y doctrina emanada del art. 1079 del C. Civil, en cuanto sienta el principio*

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 216 21/10/2015 14:33:41

general de responsabilidad civil y, a su amparo, amplía el espectro de los legitimados para reclamar por daño"[95].

Ello por cuanto, "e*l artículo 1078 del Código Civil es inconstitucional toda vez que viola la protección integral de la familia ya que en el mundo de hoy se considera familia aunque las personas no se encuentren unidas por matrimonio. También se viola la igualdad en la reparación de los daños, la que debe ser integral, toda vez que el artículo 1079 del Código Civil posibilita la legitimación activa a todos los damnificados indirectos con respecto a los daños materiales y el artículo 1078 se limita a algunos legitimados. Esta desigualdad jurídica va contra el principio de reparación integral. (artículo 19 de la Constitución Nacional)*"[96].

El artículo 1078 del Código Civil es inconstitucional toda vez que viola la protección integral de la família

La doctrina autoral ha sostenido la ampliación de la legitimación expresando que "el actual art. 1078 del C.C., en tanto impide el acceso a esa legítima reparación, no tiene posibilidad de sortear el test de constitucionalidad, y no sólo por resultar incompatible con el art. 1079 del mismo cuerpo (que no restringe a ningún damnificado indirecto el acceso al resarcimiento del daño patrimonial), sino por resultar contraria al *alterum non laedere* (art. 19 C.N.) desde una doble vertiente: (a) de un lado, porque para este principio es indiferente la naturaleza patrimonial o extrapatrimonial del interés lesionado para considerarlo jurídicamente "daño" y, consecuentemente, para habilitar la congrua indemnización; (b) y, de otro, porque la letra del art. 1078 privilegia la situación del responsable por encima de los damnificados, jaqueando el derecho de estos últimos a la reparación integral del daño sufrido, a pesar del reconocimiento constitucional de esta posibilidad (art. 21 Convención Americana sobre Derechos Humanos)"[97] .

Para actualizar esta tendencia se verifica que en los últimos años se ha incrementado el número de pronunciamiento en este sentido.

Así se puede citar la doctrina donde se dice que "*debe declararse la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil en cuanto priva al concubino a obtener la reparación del agravio moral derivado del falle-*

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 217 21/10/2015 14:33:41

cimiento del conviviente como consecuencia de un hecho ilícito, en tanto, resulta evidente que se está desconociendo el compromiso asumido por nuestra República en la Convención Americana de Derechos Humanos, privando al supérstite de un derecho que tiene jerarquía supranacional (Del voto en disidencia parcial del Dr. Gusman)[98].

De igual modo, *"resulta inconstitucional el Art. 1078 del Código Civil en cuanto sólo otorga legitimación para reclamar el daño moral al damnificado directo y a los herederos forzosos, excluyendo a la madre y al hermano de una menor que fue abusada sexualmente por su padre, pues, constituye una arbitraria e infundada discriminación que les veda el acceso a la reparación plena e integral y vulnera el principio del alterun non ladere"*[99].

Por cierto que aún se verifican fallos aplicando el sentido tradicional, como es el siguiente donde se dice que *"es improcedente conceder una indemnización por daño moral al concubino de la víctima fallecida, pues, el art. 1078 del Código Civil no puede tener otra interpretación que la de referirse a los herederos forzosos que revisten ese carácter al momento de la muerte, lo que excluye al concubino por no reunir dicha condición y no existen razones para sostener una interpretación que resulte 'contra legem'"*[100].

4.5 La transmisión *iure hereditatis* de la acción de resarcimiento a la luz de la doctrina de la CIDH

Sin pretender agotar esta interesante temática, en la dogmática nacional, a diferencia de otros países, a partir del pensamiento defendido por el profesor LLambías[101] se consolidó la idea que la reclamación de los daños derivados del fallecimiento, únicamente podían ser reclamados *iure proprio* y no *iure hereditatis*.

El profesor y la doctrina que le ha seguido en su pensamiento se fundamentaron en dos pilares: a) La vida no constituye un bien con el alcance dado por el art. 2.312 del Código Civil, por ende, no es indemnizable y b) la muerte nunca configura un daño jurídico que pueda sufrir el propio interfecto, por lo tanto no puede adquirir un derecho a la indemnización para ser deferido a sus herederos[102].

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 218 21/10/2015 14:33:41

Nuestras observaciones críticas contra estos argumentos que impiden la reparación integral de los daños derivados del fallecimiento de una persona, han sido expuestas en distintos trabajos[103] a los cuales remitimos para su compulsa, rescatando, en esta oportunidad, la intención de confrontar esta doctrina prevalente con la normativa contenida en los tratados internacionales que han sido incorporados al máximo nivel constitucional.

En ese sentido, estimamos importante acercar el pensamiento de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y de la Corte de Justicia de la Nación para extraer alguna conclusión sobre la convergencia normativa.

Sobre el punto, es imprescindible recordar la sanción, el 7 de diciembre de 1994, de la Ley 24. 411, en la cual se reglan los beneficios que tendrán derecho a percibir por medio de sus causahabientes, establece en el art. 1º que "las personas que al momento de la promulgación de la presente ley se encuentren en situación de desaparición forzada[104], tendrán derecho a percibir, por medio de sus causahabientes, un beneficio extraordinario equivalente a la remuneración mensual de los agentes Nivel A del escalafón para el personal civil de la administración pública nacional aprobado por el decreto 993/91, por el coeficiente 100…".

En el art. 2º precisa que "tendrán derecho a percibir igual beneficio que el establecido en el artículo 1º los causahabientes de toda persona que hubiese fallecido como consecuencia del accionar de las fuerzas armadas, de seguridad, o de cualquier grupo paramilitar con anterioridad al 10-12-83…".

Por su parte, la ley 24.823 (B.O. 28/05/1997) incorporó el art. 2 bis para aclarar que "la indemnización establecida por la presente ley tiene el carácter de bien propio del desaparecido o fallecido. En el caso de desaparición y en tanto la ausencia permanezca, será distribuida haciendo aplicación analógica del orden de prelación establecido en los artículos 3545 y siguientes del Código Civil, sin perjuicio de los derechos que reconoce el artículo 4º de esta ley…".

Esta normativa generó la emisión de algunos fallos que se transcriben en los cuales se debate sobre la legitimación para la percepción del beneficio y su naturaleza jurídica.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 219 21/10/2015 14:33:42

En ese sentido, se ha dicho que *"el beneficio establecido por las leyes 24.411 (Adla, LV-A, 7) y 24.823 (Adla, LVII-C, 2894) a favor de familiares de desaparecidos durante el proceso militar no es un bien adquirido "iure proprio" por aquellos pues, mediando fallecimiento comprobado o presuntivo judicialmente declarado del desaparecido, se trata de un bien recibido 'iure hereditatis' que, por ende, debe ser integrado al acervo hereditario (art. 1º, ley 24.823)"*[105].

En cambio, la Corte Federal juzgó, en el caso "Sánchez, Elvira Berta", que *"carecería de asidero legal que el Estado fijara una reparación pecuniaria o indemnización a favor de una persona ya fallecida (cfr. arts. 30,31 y 103 del Código Civil). Esto no significaría otra cosa que conceder personalidad jurídica a un muerto, lo que es enfáticamente rechazado en nuestra doctrina (cfr. Jorge Joaquín Llambías, Tratado de Derecho Civil, Parte General, Tomo I, Ed. Perrot, 1984, pág. 248). Ha tratado el punto con claridad Alfredo Orgaz, al expresar que "el derecho positivo puede libremente conferirla personalidad a diversos substratos, de modo que éstos sean el término de imputación de un conjunto de derechos y deberes jurídicos. Esta libertad del ordenamiento jurídico, sin embargo, reconoce sustancialmente ciertas limitaciones. Ante todo, es necesario que haya, como hemos dicho, un substrato real que pueda ser el soporte o el portador de la personalidad: en consecuencia, no pueden reputarse personas los muertos". Y agrega en su cita a pie de página: "En cuanto a los muertos, debe observarse, además, que la protección legal a su memoria, a su honorabilidad, etc., tiene inmediatamente en vista la protección de las personas vivas que podrían sufrir a causa del ultraje; los herederos del muerto carecen de acción, en ese carácter, para reclamar indemnización de los daños derivados del ultraje, pues no hay acción alguna a favor del muerto de la cual puedan aquellos ser herederos; sólo invocando algún perjuicio personal, sea material, sea moral, pueden los parientes del muerto, como 'víctimas', demandar la indemnización" (cfr. 'Personas Individuales', Ed. Depalma,1946, págs. 21/22 y nota 33 segundo párrafo, con destacado agregado)"*[106].

Como se colige, el fallo de la Corte Federal, no así el de la Cámara de Santa Fe, se resiste aceptar la posibilidad que pueda existir en nuestra dogmática la transmisión *iure hereditatis* de la indemnización con-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 220 21/10/2015 14:33:42

ferida al propio fallecido, empleando artilugios interpretativos que no se condicen con la actual evolución de la normativa civil que recibe influencia directa de la Constitución Nacional reformada.

Para entender ello, basta decir que la hermenéutica contradice la parte in fine del inc. 1 del art. 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José 1969) que autoriza la reparación de la violación de los derechos y libertades con el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Es decir, la intención de la convención mencionada es la de resarcir a la víctima directa del menoscabo de sus derechos y no *iure propio* a sus herederos.

El derecho de solicitar la indemnización por la muerte de una persona corresponde a los sobrevivientes que resultan afectados por ella

Para verificar, este sentido de la ley, es suficiente con trascribir la doctrina expuesta en "Aloeboetoe" que es uno de los casos paradigmáticos de la CIDH. En dicho pronunciamiento se interpretó y se reitera constantemente, que *"los daños sufridos por las víctimas hasta el momento de su muerte dan derecho a una indemnización. Ese derecho de las víctimas se transmite por sucesión a sus herederos"*. Ello por cuanto, *"la indemnización que se debe pagar por el hecho de haber privado a alguien de su vida es un derecho propio que corresponde a aquellos que han resultado perjudicados. Por esta razón, la jurisprudencia de los tribunales internos de los Estados acepta generalmente que el derecho de solicitar la indemnización por la muerte de una persona corresponde a los sobrevivientes que resultan afectados por ella. Esa jurisprudencia establece una distinción entre los sucesores y los terceros perjudicados. En cuanto a los primeros, se presume que la muerte de la víctima les ha causado un perjuicio material y moral y estaría a cargo de la contraparte probar que tal perjuicio no ha existido. Pero los reclamantes que no son sucesores, tal como se expone más abajo (cfr. infra, párr. 68), deben aportar determinadas pruebas para justificar el derecho a ser indemnizados"*[107].

Cabe aclarar que la concesión de la indemnización a la víctima directa (fallecida) no implica, de modo alguno, que se cercene la posibilidad

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 221 21/10/2015 14:33:42

de los familiares o víctimas indirectas para reclamar el resarcimiento padecido *iure proprio*. Ambos resarcimientos no son incompatibles[108].

4.6 La reformulación (*de lege ferenda*) interpretativa del art. 1068 del Código Civil

El traslado del eje normativo del patrimonio al ser humano en *si propio*, evidentemente, modifica la hermenéutica que se debe formular de los artículos del Código Civil reglamentarios del derecho de daño.

En este sentido, el art. 1068 define el criterio para clasificar los menoscabos, cuando estatuye que "habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades". Como se infiere, el daño principal –para esta norma– es el producido al patrimonio de la persona y, el secundario por ser indirecto, el que se le produce a ella.

Va de suyo, que en el nuevo orden de jerarquía en el vértice superior esta el ser humano, razón jurídica y axiológica por la cual se debe calificar que el daño directo es el producido a la persona y, el indirecto, a su patrimonio[109].

El observar de este modo la influencia del contenido humanista de la Constitución Nacional sobre el derecho civil, en general y sobre el derecho de daños, en particular, acerca al pensamiento expuesto por Fernández Sessarego[110].

Este autor propone diferenciar, primero entre el daño a las cosas del daño a las personas y luego, una calificación que tenga en cuenta las consecuencias derivadas del daño, diferenciando, entonces, entre los daños patrimoniales o extrapersonales y extrapatrimoniales o daños personales.

Así lo precisa cuando señala que "si se atiende a la calidad ontológica del ente afectado se observa que son dos las categorías de entes capaces de soportar las consecuencias de un daño. De una parte encontramos al ser humano, fin en sí mismo, y, del otro, a los entes del

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 222 21/10/2015 14:33:42

mundo de los cuales se vale el hombre, en tanto son instrumentos, para proyectar y realizar su vida. El daño al ser humano, que obviamente es el que tiene mayor significación, es el que se designa y conoce como daño subjetivo o daño a la persona. En cambio, el daño que incide en las cosas se denomina daño objetivo. La segunda calificación, que se sustenta en los efectos del daño. De un lado podemos referirnos a los daños extrapersonales o patrimoniales, que son los que tienen consecuencias apreciables en dinero y, del otro, cabe aludir a los daños personales o extramatrimoniales o no patrimoniales, los mismos cuyos efectos no pueden traducirse en dinero. Es de advertir que tanto los daños subjetivos o daños a la persona como los daños objetivos o sobre las cosas, pueden tener indistintamente consecuencias patrimoniales como extrapatrimoniales o presentar simultáneamente ambos tipos de consecuencia"[111].

Para redondear, sin agotar por cierto su pensamiento, el autor recuerda que algunos autores distinguen entre daño-evento y daño-consecuencia aun cuando ambos aspectos conforman una unidad. A partir de ello, "tratándose de un daño somático, el daño-evento es la lesión en sí misma mientras que el daño-consecuencia, como su designación lo denota, se refiere a los efectos o repercusiones de la lesión"[112].

Gamarra[113], cuyo pensamiento puede ser ubicado en este sector, propone coincidentemente una doble calificación: Por una parte, el daño a la persona y a las cosas, y, por otro lado, el daño material y el moral. De éste existe la posibilidad de que haya daño a la persona tanto material como moral.

El replanteo de la clasificación del daño resarcible tiene como punto de partida el reconocimiento de la influencia que ejerce la incorporación de los derechos humanos al rango constitucional, pues con ello se sostiene a la persona como el eje del plexo normativo, en general y del derecho de daño, en particular.

Por ello, sin vacilación, se deben reexaminar los parámetros clasificatorios clásicos para satisfacer una efectiva protección del ser humano dañado, mas cuando la evolución técnica (especialmente de la medicina, antropología, sociología, etc.) explican la ontología de algunos daños, como es por ejemplo, el psíquico, el estético, etc.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 223 21/10/2015 14:33:42

V. La constitucionalización del derecho privado en el Proyecto Dec. 191/2011

En el momento actual no se puede dejar de examinar el contenido de la propuesta realizada por la comisión que fuera designada por el Poder Ejecutivo Nacional e integrada los Dres. Ricardo Luis Lorenzettti, Aída Kemelmajer de Carlucci y Elena Highton de Nolasco con la cual colaboraron casi un centenar de juristas especializados en civil y comercial.

El Anteproyecto de la Comisión fue modificado por el Ministerio de Justicia y elevado al Congreso Nacional para el trámite parlamentario.

En la convocatoria, el Decreto 191/2011 marca, con claridad cordillerana, cual es el rumbo que debe tomar el trabajo de la comisión para elaborar el proyecto cuando expresamente en sus considerandos expresa que *"el sistema de derecho privado, en su totalidad, fue afectado en las últimas décadas por relevantes transformaciones culturales y modificaciones legislativas.*

En este sentido cabe destacar la reforma Constitucional del año 1994, con la consecuente incorporación a nuestra legislación de diversos Tratados de Derechos Humanos, así como la interpretación que la Jurisprudencia ha efectuado con relación a tan significativos cambios normativos.

Que todas estas circunstancias tornan necesario proceder a actualizar y unificar la Legislación Nacional en materia de derecho privado, procurando elaborar una obra que, sin sustituir la legislación especial, contuviera una serie de principios generales ordenadores.

Que cabe tener en cuenta los procesos de integración y las codificaciones de la Región, puesto que sería deseable promover cierta armonización en los aspectos fundamentales".

Como se colige, el poder político advirtió a partir del análisis de la doctrina de los tribunales[114] que se había producido una profunda desarmonización entre la norma decimonónica vigente y los principio introducidos por la Reforma de la Constitución al elevar al máximo rango (art. 75 inc. 22) el contenido de los tratados internacionales sobre los derechos humanos.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 224 21/10/2015 14:33:42

El criterio general indicado se ve plasmado en el titulo preliminar cuando en el bosquejado art. primero se fija como pauta que "los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte. A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho".

Esta norma está fijando que la jurisdicción en forma permanente debe realizar el test de constitucionalidad de su propio contenido a la luz de la dinámica de realidad cotidiana, pues no solo la norma inferior debe estar en consonancia con la Constitucional Nacional sino también la hermenéutica que lleven a cabo los magistrados al resolver los distintos casos.

En este punto es necesario recordar que las normas constitucionales, en la actualidad, se considera acertadamente que son operativas, razón por la cual no necesitar ser reglamentadas para que su contenido sea aplicable a los casos en pleito con preeminencia de las leyes inferiores como son los códigos sustanciales y procesales.

Esta pauta general, en el art. 2 se puntualiza cuando se expresa que "la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".

Esta norma que propone una hermenéutica sistémica de todo el plexo normativo vigente para corroborar que la solución final responda realmente a la verdadera voluntad del derecho vigente, pone el escena para destacar que en la actualidad la mayoría de los clásicos principios jurídicos han dejado de ser tal porque se han transformado en norma positiva, como ocurre con el principio de no dañar (*honeste vivere, alterum non laedere, cuique suum tribuere*), actuar de buena fe (*bona fides)*, el *in dubio pro debilis*, etc.

Va de suyo, que las nuevas generaciones crearán otros principios que algunas vez serán receptado por el ordenamiento positivo, como

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 225 21/10/2015 14:33:42

es el *in dubio pro hominis*, generado en los últimas décadas como contraposición a la protección preeminente que antes tenía el patrimonio.

VI. Reflexiones finales

La dinámica del cambio social en su interrelación con los cambios legislativos, en algunas oportunidades tiene particularidades especiales, como es el caso acaecido con la elevación al rango constitucional (art. 75 inc. 22) de los tratados internacionales relacionados con los derechos humanos. Ello, por cuanto a partir de considerar, siguiendo las tendencias del nuevo constitucionalismo, que las cláusulas de la constitución son operativas, la influencia de sus normas alcanza a todo la normativa inferior y, entre ellas, en forma directa al Código Civil.

El punto crucial esta focalizado, en el cambio del eje que pasó de la preeminencia del patrimonio a la preferencia del Ser Humano.

En otras palabras, la sanción de la reforma constitucional de 1994, incorporó un nuevo lineamiento para todo el ordenamiento jurídico al privilegiar al ser humano en *si proprio*, en su esencia como hombre, por sobre todos los demás derechos desplazando de la centralidad al patrimonio.

La lógica consecuencia de esta decisión legislativa del Congreso Constituyente es, sin duda, la influencia sobre las interpretaciones judiciales en la revisión de la constitucionalidad de las normas vigentes y en la nuevas normativas a dictarse, las cuales deberán efectuarse teniendo en cuenta el *pro hominis,* ubicando a los intereses económicos en un segundo plano y al servicio de la plena realización del Ser Humano.

La transformación acaecida es muy profunda y, aún no es comprendida en su real dimensión por los operadores del derecho, particularmente por aquellos que se resisten a aceptar la influencia reformadora de la Constitución Nacional sobre todo el plexo normativo inferior y, en particular, respecto del Código Civil como se puede comprobar en muchos fallos

Es por ello, que la ideología del proyecto elaborado por la Comisión Dec. 191/2011, siguiendo el criterio fijado en el mismo, de adecuar las

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 226 21/10/2015 14:33:42

soluciones del derecho privado a las pautas directrices dadas por la Constitucional Nacional, particularmente por los tratados internacionales sobre los derechos humanos, marca el buen camino el cual ninguna sociedad que se precie de vivir en el siglo XXI en forma civilizada, puede dejar de transitar. Pues hemos colocado al Ser Humano en el centro de nuestras preocupaciones y ocupaciones jurídicas.

Notas

1. Pascual Eduardo Alferillo. Abogado, Notario, Doctor en Derecho. Juez de Cámara en lo Civil – San Juan – Argentina – Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Director del Instituto Región Cuyo. Profesor Titular Efectivo Universidad Nacional de San Juan, etc.
2. Alferillo, Pascual Eduardo, "Introducción al Derecho Civil", Universidad Nacional de San Juan – Facultad de Ciencias Sociales – Secretaría Académica, 2000, pág. 102/105. Es dable recordar que "en el año 1987 la Honorable Cámara de Diputados de la Nación (R.P. 988/86) encargó a la denominada "Comisión Especial de Unificación Legislativa Civil y Comercial" integrada por los Dres. Héctor Alegría, Francisco A. de la Vega, Atilio A y Jorge H. Alterini, Horacio Fargosi, Sergio Le Pera, Miguel C. Araya y Ana I. Piaggi, la elaboración de un proyecto de reforma. Éste tuvo trámite legislativo por ambas Cámaras y fue sancionado como Ley 23.042. Sin embargo, este proyecto de norma fue vetado por el Poder Ejecutivo mediante el Decreto 2719/91, razón por la cual no entró en vigencia". Posteriormente, se conformaron distintas comisiones encargadas de elaborar sin lograr el propósito de reformular el Código Civil redactado por Vélez Sarsfield.
3. Silveira, Alpio, "La interpretación de las leyes en el proceso civil", Revista de Derecho Procesal, Año III 3er Trimestre 1945 Número III, (Ediar Editores – Buenos Aires – Argentina), pág. 363, cita a Cantaro Ferrini, Manuale delle Pandette (1900, pág. 34). Para llegar a esta conclusión el autor sostenía que "los autores de una disposición legislativa quieren proveer a determinadas necesidades, con una o más normas, que deberán pasar a formar parte del sistema general del derecho vigente. Ninguna norma está aislada: debe cada una adaptarse dentro del sistema, modificándose y modificando. Todo ello excede cualquier previsión humana ordinaria: las necesidades de la vida son varias, mudables, complejas, de modo que raramente pueda quién dicta la norma tener de ellas noticias completas. Es pues, imposible prever las varias modificaciones que el contenido de la norma o del instituto debe sufrir, para adaptarse al sistema, pues, además, debe recordarse que, variando las otras parte del sistema, por el continuo desenvolvimiento del derecho *(humani juris conditio semper e infinitud decurrit e nihil es in*

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 227 21/10/2015 14:33:42

es quod stare perpetuo possit), es inevitable que cambie el reflejo también el contenido de aquellas normas y de aquellos institutos que, de momento, no son objeto de variaciones directamente".

4. Moisset de Espanés, Luis, "Cambio Social y cambio legislativo", Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, nº 320, mayo 202, pág. 59/83. El profesor recuerda que "por eso el nuevo artículo tercero del título preliminar del Código Civil español suministra al intérprete una línea orientadora, al fijar, entre otras pautas, la necesidad de que las normas se interpreten tomando en cuenta "la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas". Cita a José J. Pintó Ruiz, en "Contestación" al discurso de recepción de Francisco Soto Nieto, sobre "El cambio social y el Derecho", en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, el 30 de enero de 1979, Barcelona, p. 73.
5. Moisset de Espanés, Luis, Ídem.
6. Moisset de Espanés, Luis, Ídem.
7. Lorenzetti, Ricardo L., "Constitucionalización del derecho civil y derecho a la identidad personal en la doctrina de la Corte Suprema", L.L. 1993-D-673-Derecho Constitucional – Doctrina Esenciales, Tomo II, 675; "El daño a la persona (Solución de casos de colisión de derechos fundamentales)", La Ley 1995-D, 1012-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo II, 1219; Rosatti, Horacio, "Código Civil Comentado – Doctrina-Jurisprudencia – Bibliografía" – "El Código Civil desde el Derecho Público", (Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, Buenos Aires, 2007), p. 37.
8. Vanossi, Jorge Reinaldo, "La constitución Nacional de 1949", http://www.ancmyp.org.ar/user/files/La_constitucion.pdf, pág. 11.
9. Zarini, Helio Juan, "Análisis de la Constitución Nacional – Comentario exegético, origen, reformas, concordancias y antecedentes", 3ra. Edición ampliada y actualizada (Ed. Astrea, Buenos Aires – 1991), comentario art. 14 bis., p. 71.
10. Ramella, Pablo A., "Derecho constitucional", Tercera edición (Depalma, Buenos Aires, 1986), pág. 92¸ Padilla, Miguel M., "Los derechos sociales: una reinterpretación", La Ley 1988-A, 1017; Haro, Ricardo, "Tendencias contemporáneas en el Derecho Constitucional", 9 agosto 2000 Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, http://www.acader.org.ar
11. Alferillo, Pascual Eduardo, "El contrato de elaboración por el sistema de maquila. Vinos – Caña de Azúcar", (Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1994), p. 51; Altamira Gigena, "La intervención del Estado", Academia Nacional de Derecho de Córdoba, sesión ordinaria 18/5/1999; "Intervención Estatal en materia contractual", http://www.acaderc.org.ar/.; Gonzáles Andía, Miguel, "La intervención del derecho en la actividad científica y tecnológica. Con especial referencia a la genética", La Ley 2000-F, 1366; Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, "Contrato y emergencia: aproximación a la filosofía jurídica de la Corte Suprema", Sup. Emergencia Económica y Teoría del Derecho 2003 (agosto), 10 – La Ley 2003-E, 1066-Derecho Constitucional – Doctrinas Esenciales Tomo IV, 123; Ekmekd-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 228 21/10/2015 14:33:42

jian, Miguel Ángel, "Desajustes entre la constitución formal y la constitución material en el ejercicio del poder de policía. (El exceso de la función reglamentaria de los derechos individuales)", La Ley 1982-B, 789, Carello, Luis Armando, "El "poder de policía". Modernas tendencias", La Ley 1994-D, 687; Quiroga Lavié, Humberto, "El orden económico constitucional. La intervención del Estado en el orden económico y social", La Ley 1988-C, 1081; Borda, Alejandro, "El proyecto de ley de locaciones urbanas", La Ley 01/10/2009, 1-DJ 28/10/2009, 3090; Pose, Guillermo, "La intervención del Estado en empresas privadas", La Ley 1986-B, 1095; Vallespinos, Carlos Gustavo, "La libertad en la contratación contemporánea", La Ley 984-A, 886; Gelli, María Angélica, "Las libertades económicas y el papel del Estado (Acerca de la suspendida ley de abastecimiento), La Ley 2006-D, 1081-Derecho Constitucional – Doctrinas Esenciales Tomo III, 929; Hernández, Carlos A. Fresneda Saieg, Mónica Esborraz, David F., "Reflexiones sobre el orden público en materia locativa", La Ley 2004-A, 137; Borka, Marcelo, "Locación inmobiliaria. Un recorrido por más de 80 años de Emergencia", Sup. Act 05/10/2004, 1; entre otros.

12. Picasso, Sebastián, "La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema", La Ley 02/06/2008, 4, cita a Mathieu, Bertrand, "Droit constitutionnel et droit civil: des vieilles outres pour un vin nouveau", Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1994-59 quién sostenía que ambas disciplinas "han coexistido largo tiempo en una majestuosa indiferencia recíproca". El mismo diagnostico es informado por Lorenzetti, Ricardo L. "Fundamento constitucional de la reparación de los daños", La Ley 2003-C, 1184-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 207.
13. Christian Stark, "Derechos fundamentales y Derecho Privado", Revista Espartóla de Derecho Constitucional, Año 22. Núm. 66. Septiembre-Diciembre 2002, http://74.125.47.132/search?q=cache:KhoYOREVS2MJ:www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_066_063.pdf+LUCHAIRE+FRANCOIS+FONDEMENTS&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=ar; Atias Christian, "La civilisatión du droit constitutionel", Jurnal des Economistes et des Etudes Humaines, vol. 1 número 3, octubre 1990; Luchaire, François, "Les fondements constitutionnel du droit Civil", en R.T.D.C. 1982-242; Mathieu, Bertrand, "Droit Constitutionel e Droit Civil: des vielles outres pour un vin nouveau", en R.T.D.C. 1994/59; Perlingeri, Pietro, "El derecho Civil en la legalidad constitucional", (Editorial Dykinson, 2008) nº 177; Comanducci, Paolo, "Constitucionalización y teoría del Derecho", 23/8/2005, http://www.acader.unc.edu.ar; Barber Cárcamo, "La constitución y el Derecho Civil", Universidad de la Rioja, Zabalo Escudero, María – "La reforma del Derecho Civil Aragones: El marco constitucional", entre otros autores europeos.
14. Riveras, Julio César, "El derecho privado constitucional", en Revista de Derecho Privado y Comunitario nº 7 "Derecho Privado en la reforma constitucional", (Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe), p. 27. De igual modo se han preocupado

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 229 21/10/2015 14:33:42

por el estudio del tema: Iturraspe, Juan Bernardo, ¿Código Civil vs. Constitución Nacional?, Sup. Act. 30/12/2003, 2; Fresneda Saieg , Mónica – Hernández , Carlos – Esborraz, David, "La reforma constitucional: su incidencia en la evolución del Derecho Civil", http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/tdc/article/view/1036; Molina Quiroga, Eduardo y Viggiola, Lidia E., "Protección constitucional del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial", http://www.aaba.org.ar/bi150701.htm; Ghersi, Carlos A. "El derecho Constitucional a la tranquilidad y calidad de vida y la sistémica de la reparación de daños (Cuando el Poder Judicial se independiza del Poder Económico), La Ley 1994-D-412 – Responsabilidad civil Doctrinas Esenciales Tº I, 197; Ariza, Ariel, "Aspectos constitucionales del Derecho Civil", http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/tdc/article/view/1014

15. Riveras, Julio César, ibídem, p. 38.
16. Arce y Flores – Valdez, Joaquín, "El derecho civil constitucional", (Madrid, 1986), p. 87.
17. Rivera, Julio César, ob. cit., p. 37/38. El autor cita a Mathieu, Lasarte en I Congreso de Derecho Vasco, reseñado por Asua Igaretua en A.D.C. 1983-480; Larenz, p. 101; De los Mozos, José Luis, en Castan Tobeñas, José, "Derecho Civil español común y foral", Madrid, 1984, Tº I-I, pág. 422; Cherot, Jean –Yves, "Les raptos du droit Constitutionel – Response a Christian Atias", Revue Française de Droit Constitutionel", p. 441.
18. Talau, Jean-Marc, "La pérennité du Code Civil en France", Indret – Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, febrero de 2005, 268, www.indret.com. ; Alterini, Atilio Aníbal, "L´Avenir de la codification en France et en Amérique Latine", 2,3 abril 2004, http://www.senat.fr//colloques_codificaction/colloques_codification16.html
19. Alberdi, Juan Bautista, "Bases", XVI "De la Legislación como medio de estimular la población y el desarrollo de nuestra repúblicas", (Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, cuarta edición), p. 105/106.
20. Rosatti, Horacio, ob. cit., p. 101. Este autor, hace referencia a la impronta codificadora, calificando al Código Civil como fundante por su carácter de autosuficiente y hermético desde lo conceptual y por su carácter pedagógico desde lo semántico. Esta característica del Código es para las relaciones privadas de los argentinos, pero no para la estructuración del Estado Nacional, lugar que ocupa la Constitución Nacional.
21. Sarmiento, Domingo Faustino, Sarmiento, D. F., "Comentarios de la Constitución de l confederación Arjentina con numerosos documentos ilustrativos del texto", (Santiago de Chile, Imprenta de Julio Belin I CA, Setiembre de 1853), p. 28. El maestro sanjuanino dijo: "El elemento del orden de un pais no es la coerción; son los intereses comprometidos. La despoblación i la falta de industria prohijan las revueltas: poblad i cread intereses. Haced que el comercio penetre en todas partes, que mil empresas se inicien, que millones de capitales estén esperando sus productos, i creareis un millon de sostenedores del orden… Las preocupa-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 230 21/10/2015 14:33:42

ciones populares pueden ser modificadas i dirijidas… Infundid a los pueblos del Rio de la Plata que están destinados a ser una grande nacion, que es arjentino el hombre que llega a sus playas; que su patria es de todos los hombres de la tierra, que un porvenir próximo va a cambiar su suerte actual, i a merced de estas ideas, esos pueblos marcharán gustosos por la via que se les señale, i doscientos mil emigrantes introducidos en el pais, i algunos trabajos preparatorios, darán asidero en pocos años a tan risueña esperanzas. Llamáos Los Estados Unidos de la América del Sud, i el sentimiento de la dignidad humana i una noble emulación conspirarán en no hacer un baldon del nombre que se asociación ideas grandes". En pág. 45 proloquia que "en un país como el nuestro, que sale del reino desenfrenado de la violencia i de la fuerza brutal, es precio levantar mui alto por todas partes el pendon de la justicia i del derecho".

22. Ekmekdjian, Miguel Ángel, "Jerarquía constitucional de los derechos civiles", La Ley 1985-A, 847. Este autor, antes de la reforma constitucional de 1994 sostenía que "los derechos civiles están ordenados jerárquicamente de acuerdo a la ubicación que tenga en la escala axiológica el valor (interés) que cada uno de ellos está destinado a proteger. Existe entre ambos (derecho-interés protegido) una relación de medio a fin".
23. Rosello, Gabriela – Hise, Mónica, "Los derechos del consumidor en la Constitución y en la ley"; García Martínez Roberto, "Los tratados internacionales y la Constitución Nacional", en el capitulo "Los nuevos Derechos civiles constitucionales", en libro "Los Derecho del Hombre – Daño y protección a la persona" coordinado por Carlos A. Ghersi, (Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1997), p. 477 y 491.
24. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14/10/1997, "Arce, Jorge D.", La Ley 1997-F, 697; La Ley 1998-A, 326; Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional – Director: Daniel Alberto Sabsay, Editorial La Ley 2005, 325; DJ 1998-1, 404, AR/JUR/1160/1997
25. Ekmekdjian, Miguel Ángel, ob. cit. En la misma opinión: Mosset Iturraspe, Jorge, "Otra muestra del "Derecho Privado Constitucional": La Constitución avanza sobre los privilegios concursales", Sup. CyQ 2004 (septiembre), 29.
26. Ibídem.
27. CSJN, 16/10/2001, "M., M. c/ M. S. y A.S.", La Ley 2001-F, 505; DJ 2001-3, 657; ED 27/03/2002, 13; JA 2002-II, 425; Sup. Const. 2002 (agosto), 39; La Ley 2002-E, 299.
28. Alferillo, Pascual Eduardo – Pandiella, Juan Carlos, "Daño a la persona. Valoración. Cuantificación. Visión jurisprudencial", (Ed. Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2009), p. 15.
29. CSJN, 21/09/2004, A. 2652. XXXVIII, "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688", Sup. Especial La Ley 2004 (septiembre), 39; DJ 29/09/2004, 339; DT 2004 (septiembre), 1286; DJ 06/10/2004, 394; RCyS 2004-IX, 122; ED 25/10/2004, 5; DJ 10/11/2004, 798; IMP 2004-21, 131; TySS //2004, 778.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 231 21/10/2015 14:33:42

30. CSJN, M. 687. XXXVIII; REX "Mesquida, Gregorio Hugo y otro c/ Estado Nacional – Armada Argentina y otro s/accidente en el ámbito militar y fuerzas de seguridad", 28/11/2006, T. 329, P. 5382, (Disidencia parcial de los Dres. Juan Carlos Maqueda y Luis Roberto Rueda).
31. Da Rosa Júnior**,** Faustino, "El derecho contractual en el nuevo contexto del derecho civil-constitucional", 18/9/2008, http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=831. Este autor brasilero sostiene que "la Constitución es, en relación al derecho civil, no una extraña o invasora, sino el propio motor de reflexión, desde lo cual orbitan las demás fuentes normativas, incluso el Código Civil – que hace mucho perdió la posición central que tenía en lo derecho privado – y el Código de Defensa del Consumidor. La dicotomía derecho público-derecho privado merece ser superada, en favor de la aplicación, al ordenamiento jurídico como un todo, de los valores y principios constitucionales, se priorizando la persona humana y el respeto a su intangible dignidad".
32. CSJN, S. 622. XXXIII.; "S., V. c/ M., D. A. s/ medidas precautorias", 03/04/2001, T. 324, P. 975; LL. 16-05-01, nro. 101.996. LL. 21-12-01, nro. 51.208. LL. 05-02-02, nro. 103.240. (Votos de los Dres. Eduardo Moliné O'Connor y Guillermo A. F. López y de los Dres. Antonio Boggiano y Adolfo Roberto Vázquez).
33. CSJN, D 401 XXXIII; "D. de P. V., A. c/ O., C. H. s/ impugnación de paternidad", 01/11/1999, T. 322, P. 2701; ED. 21-12-99, nro. 49.761 (con nota). LL. 29-12-99, nro. 99.764. (Disidencia del Dr. Adolfo Roberto Vázquez)
34. CSJN, S. 622. XXXIII.; "S., V. c/ M., D. A. s/ medidas precautorias", 03/04/2001, T. 324, P. 975; LL. 16-05-01, nro. 101.996. LL. 21-12-01, nro. 51.208. LL. 05-02-02, nro. 103.240. (Disidencia del Dr. Augusto César Belluscio)
35. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego, 08/10/1997, " B., A. B. c. T., M. H.", La Ley 1998-F, 571; AR/JUR/23/1997.
36. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, 27/08/1999, "D. de D., N .A. c. D., J. A.", LLBA 1999, 1066, AR/JUR/303/1999: "A los fines de atribuir la tenencia ha de primar el interés superior del menor reconocido por la Convención de los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693) de rango constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994"; Corte de Justicia de la Provincia de San Juan, 01/04/1998, "G., A. V.", LLGran Cuyo 1998, 458 – La Ley 1998-F, 64, AR/JUR/162/1998: "Al momento de decidir sobre la tenencia de un menor debe hacerse primar por sobre todas las cosas el interés superior del niño, consideración que debe ser prioritaria sobre los demás derechos de los padres y de la familia"; Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego, 08/10/1997, "B., A. B. c. T., M. H.", La Ley 1998-F, 571, AR/JUR/23/1997: "Frente a cualquier situación de disputa entre los padres por la tenencia y cuidados del menor, cuyos desacuerdos pueden afectar la salud psíquica y comportamientos del menor, es esencial la intervención de la justicia, como función de responsabilidad del Estado, para garantizar los derechos y el interés superior de un niño"; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, sala II, 14/02/1995, "G., C. A. c.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 232 21/10/2015 14:33:43

J., L. L.", LLBA 1995, 437, AR/JUR/3890/1995: "A los fines de juzgar la idoneidad del progenitor a quien debe adjudicarse la tenencia debe tenerse esencialmente en cuenta el interés superior del menor pues así lo impone la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 3º – Adla, L-D, 3693-), máxime en la actualidad en que la nueva Constitución Nacional le ha otorgado jerarquía constitucional, superior a las leyes mismas (art. 22, Constitución Nacional), y también la Constitución de Buenos Aires ha destacado el derecho a la protección y formación integral del niño (art. 36, inc. 2º)", etc.

37. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 12/09/2001, "S., C.", LLBA 2002, 162, AR/JUR/816/2001: "Cabe apartarse del principio por el cual los hijos no deben separarse de sus padres en contra de la voluntad de éstos – arts. 264, 265, 307 y concs., Cód. Civil; 17 y 19, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 7º y 9º, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño-, si lo contrario importaría modificar la situación actual del menor –en el caso, de cuatro años de edad, entregado en guarda por la madre biológica desde su nacimiento–, con menoscabo para su interés superior –art. 9.1, parte 2ª, convención citada en segundo término– (del voto en disidencia del doctor Hitters)"; Corte de Justicia de la Provincia de San Juan, 01/04/1998, "G., A. V.", LLGran Cuyo 1998, 458 – La Ley 1998-F, 64, AR/JUR/162/1998: "Resulta arbitraria la sentencia que ordena la restitución de un menor a sus padres biológicos ya que, conforme las constancias reunidas en la causa, con ello podría causársele un daño sicológico o espiritual al niño. Tal decisión implica un apartamiento injustificado de la Convención sobre los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693), introducida como norma positiva constitucional desde la reforma del año 1994, en el art. 75, inc. 22, atento que el interés superior del menor, sólo quedaría resguardado manteniendo su situación"; Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala II, 14/09/1999, "A., C.", LLBA 2000, 44, AR/JUR/1232/1999: "Si bien es cierto que el art. 9º de la Convención sobre los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693) establece que los niños no deben ser separados de sus padres en contra de su voluntad, también lo es que existe un interés superior del niño que impone dicha separación cuando éste sea objeto de descuido por parte de sus progenitores, lo que sucede cuando se demuestra que la madre biológica no se encuentra capacitada para contener la problemática de su hijo y el desinterés en ayudarlo, sino con medios económicos de los que carece, al menos con los recursos humanos con que cuenta, por lo que no existe alternativa de reintegro del niño a su familia biológica, debiendo declararse su abandono y estado de adoptabilidad", etc.

38. Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A, 18/09/2008, "S., L. M. c. L., E. G." LL-Patagonia 2008 (diciembre), 585, AR/JUR/10504/2008: "Debe confirmarse la sentencia que rechazó el pedido del padre de un menor para que asista a un establecimiento educativo distinto al que concurre, pues el sentenciante ha ponderado el interés superior del menor involucrado, ya que tuvo en cuenta la preferencia

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 233 21/10/2015 14:33:43

del menor de continuar sus estudios en el colegio al que asiste, así como el hecho de que el desplazamiento diario a la ciudad a la que se encuentra ubicada la institución propuesta implicaría alejarlo de su medio social y afectivo habituales, máxime si se ha comprobado la aptitud del establecimiento al que asiste tanto en su estructura edilicia como en la propuesta educativa, así como la excelente adaptación del niño (Del voto del Dr. Ferrari)".

39. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 03/10/1996, "P., V. A.", La Ley 1997-D, 100 – Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Civil – Parte General – Director: José W. Tobías, Editorial La Ley, 2003, 212, AR/JUR/3711/1996: "No existe posibilidad de privilegiar el derecho a la libertad de prensa frente al derecho a la intimidad de los niños, porque en toda cuestión de menores debe resolverse teniendo en consideración el interés superior de aquéllos (conf. art. 3º, Convención sobre los Derechos del Niño –Adla, L-D, 3693–)".
40. CSJN, M. 3805. XXXVIII.; "Maldonado, Sergio Adrián s/ materia: previsional s/ recurso de amparo", 23/11/2004, T. 327, P. 5210. También ha sostenido, CSJN, M. 2311. XLII; RHE"M. D. H. c/M. B. M. F", 29/04/2008, T. 331, P. 941; L.L. 28-5-08, nro. 112.527, L.L. 9-6-08, nro. 112.562, que "Al tratarse de la vida de una persona menor, la utilización ciega de la letra de la ley, huérfana de otra compañía que avale la prudencia de la decisión, en función de lo más conveniente para ese pequeño en particular, tiñe la actuación jurisdiccional de arbitrariedad, pues es claro que los textos positivos deben contrastarse con los antecedentes de hecho, máxime en asuntos en los que el interés del niño –de rango superior–, opera imperativamente en un papel integrador, que llena los eventuales vacíos de la ley y prevalece sobre los preceptos cuya implementación se revele contraria a los derechos de aquél. –Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–".
41. CSJN, Competencia nº 484. XLI.; "S., M. Y. y otros s/ procedimiento asistencial", 25/11/2005, T. 328, P. 4081; CSJN, C. 492. XLV; COM, "B., A. B. s/tutela", 28/04/2009, T. 332, P. 903: "más allá de que el art. 400 del Código Civil estipula que el discernimiento de la tutela corresponde al juez del lugar en que los padres del menor tenían su domicilio, esta regla no es absoluta y debe ser interpretada a la luz del "interés superior del niño" (art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño) por lo cual resulta competente para entender en las actuaciones el juez del lugar donde los menores viven efectivamente"; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Noroeste del Chubut, 17/08/1999, "L., M. V. c. M., O.", La Ley 1999-F, 327 – DJ 2000-1, 810: "El interés superior del niño debe considerarse no sólo respecto de las soluciones que atañen al fondo de la cuestión –en el caso, privación de la patria potestad–, sino también en lo atinente a la determinación del juez competente"; C.S.J.N., 28/04/2009, " B., A. B. s/ tutela", La Ley Online; AR/JUR/9582/2009: "Corresponde declarar la competencia del juez donde la niña se encuentre viviendo efectivamente para entender respecto de su tutela, pues, más

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 234 21/10/2015 14:33:43

allá de que el art. 400 del Código Civil estipule que el discernimiento de la tutela corresponde al juez del lugar en que los padres del menor tenían su domicilio, esta regla no es absoluta y debe ser interpretada a la luz del interés superior del niño, establecido en el art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño", etc.

42. Convención Sobre Los Derechos Del Niños. Artículo 12 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.
43. Verhellen Eugeen, "La Convención sobre los derechos del niño. Trasfondos. Motivos. Estrategias. Temas principales", (Amberes/Apeldoon, Garant, 2002), pág. 39, (http://books.google.com.ar/books?id=ETjj5YT0M_QC&printsec=frontcover&dq=la+convencion+ni%C3%B1o+VERHELLEN&hl=es&ei=rqV6TYrsApOC0QGvvZnMAw&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCkQ6AEwAA#v=onepage&q=la%20convencion%20ni%C3%B1o%20VERHELLEN&f=false). Este autor dice al respecto que "de hecho, el argumento central y recurrente contra los derechos autónomos de los niños es su supuesta incompetencia para llevar a cabo decisiones bien fundamentadas. De acuerdo con este punto de vista, los niños no son lo suficientemente maduros ni física, ni intelectualmente, ni emocionalmente, y les falta la experiencia necesaria para realizar juicios racionales sobre los que les interesa o no".
44. Sánchez Jacob, M., "El menor Maduro", Bol. Pediatr 2005; 45: 156-160, (http://www.sccalp.org/boletin/193/BolPediatr2005_45_156-160.pdf); Ogando Díaz, B. – García Pérez, C., "Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro", Pediatr Integral 2007;XI(10):877-883, (http://www.sepeap.org/imagenes/secciones/Image/_USER_/Consentimiento_informado_capacidad_decidir_nino_maduro.pdf); Daniel O'Donnell, "La convención sobre los derechos del niño: estructura y contenido", (http://www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod1/Texto%202.pdf), entre otros autores.
45. Verhellen Eugeen, ob. cit., p. 157.
46. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Noroeste del Chubut, 17/08/1999, "L., M. V. c. M., O.", La Ley 1999-F, 327 – DJ 2000-1, 810.
47. Juzgado de 1a Instancia en lo Civil, Comercial, de Conciliación y Familia de Villa Dolores, 21/09/2007, "C. J. A. y otra – solicitan autorización", LLC 2007 (noviembre), 1102, AR/JUR/5596/2007.
48. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala I, 21/04/1998, "M., M. I. c. G., B. L.", La Ley 2000-B, 862, LLLitoral 1999, 416, AR/JUR/2261/1998. En igual sentido, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 11/03/1997, "I., N. y O. c. G., G. E.", DJ 1998-1, 259, AR/JUR/1667/1997. En este fallo se sos-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 235 21/10/2015 14:33:43

tiene que "para decidir acerca de la producción de la prueba biológica de histocompatibilidad, en el marco de un juicio de filiación, debe considerarse primordialmente que se encuentra involucrado el inalienable derecho a la identidad, cuya satisfacción consulta el interés superior del menor de cuya filiación se trata. Asimismo, el derecho de conocer a los progenitores, reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693), supone para su operatividad el arbitrar los medios idóneos para el conocimiento de la verdad biológica". También sobre el tema el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, 28/12/2009; "Rocha, Karina y Delgado, Omar", AR/JUR/50966/2009 preciso que "No debe confundirse el derecho a la identidad que implica el conocimiento de los propios orígenes, con el derecho a permanecer con la familia de origen, el cual no es absoluto, y debe ceder ante el interés superior del menor, cuando no coincide con éste"

49. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Posadas, sala I, 04/04/2008, "Rivas Orue, Justina p.s.h.m. Cimo c. Maman Orfali, Abel Omar", LLLitoral 2008 (agosto), 783, AR/JUR/3062/2008.
50. Corte de Justicia de la Provincia de San Juan, 05/03/2009, "N.N. c. Suc. N.N. y N.N.", LLGran Cuyo 2009 (junio), 482 – La Ley 12/08/2009, 5.
51. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 17/03/2010, "L., F. c. O., P. y otros", DJ 16/06/2010, 1638 – DFyP 2010 (junio), 57, DFyP 2010 (mayo), 62, AR/JUR/6167/2010.
52. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, sala III, 10/02/2010, "M., R. S. c. S. S., G. y otro", LLNOA 2010 (mayo), 376, La Ley 19/05/2010, 11; La Ley 19/05/2010, AR/JUR/1328/2010; Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 77, 29/04/2009, "L., F. C. c. O., P.", AR/JUR/2/2009; Juzgado de 1a Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería Nro. 2 de Río Gallegos, 12/03/2009, "F., V. H c. M. C. A. y A. C. B.", La Ley 22/04/2009, 10, La Ley 2009-C, 100, LLPatagonia 2009 (junio), 835, AR/JUR/2303/2009, entre otros.
53. Cámara de Familia de 2a Nominación de Córdoba, 06/10/2009, "T., J. A. c. J. G. T. y otros", LLC 2010 (abril), 324, AR/JUR/49836/2009. Anteriormente, la Cám. Familia 1a Nominación Córdoba, 23/10/2002, "T. D., J. E. c. R. D. Q.", La Ley 2003-C, 300 expreso que "vulnera el principio de igualdad ante la ley –art. 16, Constitución Nacional y tratados internacionales sobre derechos humanos incorporados a la misma– la limitación temporal que tiene el padre para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial conforme el art. 259, párr. 2º del Cód. Civil, ya que no está prevista también para el hijo pese a que la filiación es una relación esencialmente recíproca, por lo que la norma cuestionada consagra un trato ostensiblemente discriminatorio".
54. Cámara de Familia de 2a Nominación de Córdoba, M., F. S. c. M., G. O. y otro, 12/05/2011, AR/JUR/23083/2011
55. Cámara de Familia de 2a Nominación de Córdoba, "M., F. S. c. M., G. O. y otro", 12/05/2011, AR/JUR/23083/2011. En este fallo también se juzgó que "*si la mani-*

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 236 21/10/2015 14:33:43

festación de voluntad que surge del reconocimiento paterno y el consecuente emplazamiento en el estado no coincide con la realidad biológica que dimana del hecho biológico procreacional, el reconociente se encuentra legitimado desde el polo activo de la relación familiar para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad como interesado –art. 263 del Código Civil– "y de que "la decisión de mantener incólume el reconocimiento del niño por quien no es su padre, pese a la existencia de prueba biológica que excluye el vínculo filial, atentaría contra su derecho a la identidad, pues se lo colocaría como objeto de derechos, obligándolo a mantener una filiación que no se condice con su verdadera realidad biológica".

56. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, L., F. c. O., P. y otros, 17/03/2010, DJ 16/06/2010, 1638, DFyP 2010 (junio), 57 con nota de Eduardo A. Sambrizzi, DFyP 2010 (mayo), 62 con nota de Vilma R. Vanella, JA 2010-IV, 77, DFyP 2011 (marzo), 36 con nota de María Soledad Webb, AR/JUR/6167/2010.
57. Juzgado en lo Contenciosoadministrativo y Tributario Nro. 4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, M. del P. C. y otra c. GCBA, 07/04/2011, LA LEY 26/05/2011, 5 con nota de Mercedes Ales Uría, LA LEY 2011-C, 370 con nota de Mercedes Ales Uría, LA LEY 07/06/2011, 7 con nota de Eduardo A. Sambrizzi, LA LEY 2011-C, 474 con nota de Eduardo A. Sambrizzi, LLCABA 2011 (junio), 281 con nota de Karina A. Bigliardi; María A. Donato, DJ, DFyP 2011 (julio), 47 con nota de Jorge Nicolás Lafferrière; Ursula C. Basset; Ignacio González Magaña, DFyP 2011 (septiembre), 298, AR/JUR/15967/2011.
58. Juzgado de 1a Instancia De Distrito de Familia, San Lorenzo, S.G.E.F.y.G.C.E., 02/07/2012, LLLitoral 2012 (diciembre), 1250, AR/JUR/62130/2012. En ese fallo también se marco que "*La negativa de inscribir como argentina a una niña nacida mediante la técnica de gestación por subrogación de vientre por parte del Consulado argentino en la ciudad de Nueva Delhi, avasalla su derecho a la nacionalidad entendido como un derecho humano básico en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde se consagró el reconocimiento a la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho reafirmado en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad entre personas".*
59. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Forneron e hija c. Argentina, 27/04/2012, RCyS 2012-VIII, 261 con nota de Marcelo F. Trucco, DFyP 2012 (agosto), 101 con nota de Gabriela Yuba, LA LEY 06/09/2012, 5 con nota de Eloísa B. Raya de Vera, LA LEY 2012-E, 253 con nota de Eloísa B. Raya de Vera, RCyS 2012-X, 240 con nota de Jeremías Capaccio, DJ 07/11/2012, 29, LA LEY 31/12/2012, 5 con nota de Patricia Junyent de Dutari, AR/JUR/27523/2012.
60. Alferillo, Pascual Eduardo, "Daño a la Vida. Valoración – Cuantificación. Acción resarcitoria", (Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2009), pág. 34. Es notable en nuestro país la influencia y estrecha vinculación que existe entre la doctrina autoral y magistratura, al punto que se puede citar una importante cantidad de

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 237 21/10/2015 14:33:43

magistrados en actividad o jubilados que se destacan como juristas. Por ejemplo, Kemelmajer de Carlucci, Zavala de González, Moisset de Espanés, Zannoni, Belluscio, Bueres, Galdos, Wayar, Lorenzetti, etc. La historia del derecho marca otros ejemplos.

61. Orgaz, Alfredo, "El daño resarcible", Correcciones e índice a cargo del abogado Miguel Domingo Martínez, (Marcos Lerner – Editora, Córdoba, 1992), pág. 98/99; Zannoni, Eduardo A., "El daño en la responsabilidad civil", 2da. Edición actualizada y ampliada", 1ra. reimpresión, (Astrea, Buenos Aires, 1993), p. 29; Mosset Iturraspe, Jorge, "Daño de hecho y daño jurídico. Perjuicio originado en la muerte del hermano", La Ley 1982-B, 171, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 331; entre otros autores que tratan el tema.
62. Garrido Cordobera, Lidia M.R., "Casos de Responsabilidad Civil" – Colección académica, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 1. La autora sostiene que "aceptar que los cambios sociales tienen entidad suficiente para nutrir al Derecho es aceptar el reto de solucionar los conflictos que nuestra realidad nos presenta hoy".
63. CSJN "Gunther, Fernando Raúl c/ Estado Nacional (Ejercito Argentino) s/ sumario", 5/8/1986, T. 308, P. 1118.
64. CSJN, 05/08/1986, "Santa Coloma, Luis Federico y otros c. E.F.A.", Tº 308 Fº 1160. El otro pronunciamiento de ese día es "Honorio Juan Lujan v. Nación Argentina", Tº 308 Fº 1110.
65. CSJN, "Gunther…", cit.
66. CSJN, 25/09/1997, "L., B. J. y otra c. Policía Federal Argentina", La Ley 1998-E, 528; V. 125. XXIII.; "Valenzuela, Rubén c/ la Nación (Estado Mayor del Ejército) s/ daños y perjuicios", 25/08/1992, T. 315, P. 1731; A. 2652. XXXVIII.; "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688", 21/09/2004, T. 327, P. 3753; R. 1398. XLI; REX "Ramírez, Juan Carlos c/ E.B.Y. s/ daños y perjuicios", 05/06/2007, T. 330, P. 2548; O. 271. XL; REX "Otero de Cufré, Sara Beatriz c/ Avícola Capitán Sarmiento S. A. y otro s/ indemnización por fallecimiento", 30/10/2007; A. 436. XL; RHE "Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía S.R.L."; 08/04/2008, T. 331, P. 570 B. 3534. XXXVIII; RHE "Bernald, Darío c/ Bertoncini Construcciones S.A.", 18/06/2008, T. 331, P. 1488; 22/12/1993 – Navarrete, Margarita Reina y otro c. Nación Argentina (Ministerio de Educación y Justicia –Servicio Penitenciario Federal–), entre otros.
67. CSJN "Gunther,…", cit.
68. CSJN, "Nación c/ Roca de Schröder, Agustina", 1976, T. 295, P. 157; "Provincia de Buenos Aires c/ Saico S.A.", 1985, T. 307, P. 1306, entre otros. En las expropiaciones ocupa un lugar especial el tema de que si la imposición de las costas por su orden afecta la reparación integral. En un sentido, muy negativo y contrario a la constitucionalización del derecho codificado sustancial y procesal, se ha pronunciado Laplacette, Carlos José, "La reparación integral. Problemas de un concepto innecesario y erróneo", La Ley 2008-C, 961 quién llega a decir que

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 238 21/10/2015 14:33:43

"no es la Constitución Nacional el lugar donde deben buscarse respuestas a decisiones legislativas que simplemente no son de nuestro agrado. De lo contrario, el derecho constitucional se trivializa y con él la autoridad de nuestra Carta Magna.".

69. CSJN, S. 26. XXII.; "SACOAR SAIC. c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ ordinario", 31/10/1989, T. 312, P. 2043; "Pensavalle S.R.L. c/ Nación", 1976, T. 296, P. 729; E. 136. XXXIV. "Echenique y Sánchez Galarce S.A. c/ Instituto de Vivienda del Ejército s/ sumarísimo", 24/04/2001, T. 324, P. 1315; "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A.I.C.F.I. c/ Dirección Nacional de Vialidad", 1984, T. 306, P. 1409; entre otros.
70. CSJN, L. 33. XXII.; "Lo Iacono, Osvaldo José c/ Consejo Nacional de Educación Técnica CONET", 30/08/1988, T. 311, P. 1722; "Pillet, Jorge Carlos c/ Nación", 1961, T. 249, P. 320; "Argos Compañía Argentina de Seguros Generales S.A. c/ Provincia de Buenos Aires", 1975, T. 293, P. 710; C. 88. XXXI. "Carello, Juan Miguel y otro c/ Camba Cua SAAGMS. y otro s/ lesión y/o muerte de pasajero trasporte aéreo", 20/08/1996, T. 319, P. 1486; "Vieytes de Fernández, Juana Suc. c/ Provincia de Buenos Aires", 1976, T. 295, P. 973; "Scordo, Humberto Francisco c/ S.A. Lago Electric", 1977, T. 299, P. 125; "Pérez de Neglia, María del Carmen c/ Facchini, Gino y otra", 1977, T. 297, P. 445; "SAFAC, S.A. Cía. Fabril, Comercial y Financiera c/ Celulosa Argentina S.A.", 1979, T. 301, P. 45; "Stabilito, Bartolomé y otros", 1980, T. 302, P. 1016; "Villariño Malleiro, Raquel c/ Luis Paulino suc.", 1981, T. 303, P. 2010; "Asís de Álvarez, Julia Ester c/ Ferrocarriles Argentinos", 1981, T. 303, P. 1445; "Banco Nacional de Desarrollo c/ José Antonio Silva", 1981, T. 303, P. 378, entre otros.
71. Chiaramonte, José Pedro, "El principio de la reparación integral en las obligaciones de dinero", La Ley 1976-D, 239.
72. CSJN, "Lucena, Rafael y otro c/ Nación", 1961, T. 250, P. 135. En igual sentido: Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, 18/04/1950, "Heinz, Felipe c. La Continental (Cía. de seguros)", La Ley Online cuando dijo que "la reparación del daño debe ser integral; es decir, debe restablecerse el estado de cosas que hubiera existido si la circunstancia que obliga a la indemnización no hubiese sobrevenido".
73. CSJN, "Vieytes de Fernández, Juana Suc. c/ Provincia de Buenos Aires", 1976, T. 295, P. 973.
74. CSJN, P 263 XXVIII; "Pérez, Fredy Fernando c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos s/sumario", 24/08/1995, T. 318, P. 1598.
75. CSJN, A. 2652. XXXVIII.; "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688", 21/09/2004, T. 327, P. 3753; E.D. 25/10/04, nro. 52.021; E.D. 15/11/04; L.L. 17/11/04; J.A. 24/11/04; L.L. 01/12/04, nro. 108.383; E.D. 03/12/04. En autos M. 687. XXXVIII; REX "Mesquida, Gregorio Hugo y otro c/ Estado Nacional – Armada Argentina y otro s/accidente en el ámbito militar y fuerzas de seguridad", 28/11/2006, T. 329, P. 5382, la disidencia parcial de los Dres. Juan Carlos Maqueda y

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 239 21/10/2015 14:33:43

Luis Roberto Rueda fijo el mismo criterio al reconocer "el derecho a una reparación integral en los términos del deber constitucional de no dañar a otro".

76. CSJN, E. 224. XXXIX.; "Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa – Bulacio, Walter David", 23/12/2004, T. 327, P. 5668 (Voto del Dr. Antonio Boggiano)
77. CSJN, noviembre 20-973, "Ataka Co. Ltda. c. González, Ricardo y otros", La Ley, Tº 154 pág. 85. Ídem fallos Tº 246, pág. 87, Rev. La Ley Tº 98 pág. 289; Tº 272 pág. 188, Rev. La Ley Tº 133, p. 414. En ese fallo completo su pensamiento asegurando que "...la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial debe pronunciarse sin supeditar su fallo "hasta tanto recaiga pronunciamiento en sede penal" pues si existen demoras en ese trámite – mas de cinco años – la dilación ocasiona agravios a la garantía constitucional del derecho de defensa..."
78. Alferillo, Pascual Eduardo, "Flexibilización de la prejudicialidad penal", Revista de la Responsabilidad Civil y Seguros, año IV Nº VI – Noviembre 2002, pág. 37.
79. Cám. Apel. Civ. Com. y M., San Juan, Sala 1ª, Libro de Autos Tº 84 Fº 187/188 – 26-2-93, Libro de Autos Tº 94 Fº 39/40 – 12-12-96; Nº 14.605 "Ramírez, Ernesto Clemente c/ Vedia Dante – Daños y perjuicios", Libro de Autos Tº 94 Fº 81/82 – 27/2/1997, entre otros. La sala II ha sostenido que "...el prolongado transcurso del tiempo sin que la actuación haya proseguido hace presumir que la acción penal está prescripta, por lo cual debe resolverse en sede civil los reclamos indemnizatorios. De no ser así, habría que suspender sine die el pronunciamiento civil con lo que se lesionaría derechos de raigambre constitucional...", Autos Nº 15536 "Ibáñez de Terzi, Beatriz del Carmen c/ Andrés Morales – Daños y Perjuicios – sumario", Libro de Sentencias Tº I Fº 29/36, 25/02/2000. En el mismo sentido, Cám. Civ. y Com. Santiago del Estero, C 10288 S 11/4/1996 "Leiva de Lescano Clotilde Asunción c/ Empresa de Transporte de Pasajeros Coop. "La Unión" y/o Propietarios responsables s/ Daños y Perjuicios". Este tribunal sostuvo que "...la dilación indefinida del trámite y de la decisión de un juicio hiere el derecho de defensa. Por ello es de fundamental importancia que el proceso tenga una duración razonable, esto implica que las dilaciones, suspensiones, etc., sin razón suficiente conspiran contra dicha celeridad y como tal es inconstitucional. En consecuencia, dejar un proceso abierto *sine die* sin el dictado de la sentencia respectiva por imperio de lo dispuesto por el art. 1101 C. Civil, importa una verdadera violación al art. 18 de la C.N. y privación de justicia..."
80. Bidart Campos, Germán, "La duración razonable del proceso", L.L. Tº 154 p. 85; Boffi Boggero, Luis María, "Tratado de las Obligaciones", Tº 6 (Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma – Buenos Aires – 1985), p. 223.
81. CSJN, Fallo 323-747.
82. CSJN, 28/04/1.998, Fallo 321-1124. en igual sentido CNCiv., sala F, 2001/12/05 "Carvajal Víctor c. Fronteras, Tomás R.", doctrina Judicial 22/05/2002 – Año XVIII Nº 21, p. 263.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 240 21/10/2015 14:33:43

83. CSJN, B. 930. XXXVI "Boleso, Héctor Hugo c/ Estado de la Provincia de Corrientes"; 21/08/2003; T. 326 P. 2868.
84. Suprema Corte de Justicia Mendoza, Nº: 00199198 Sala: 1, 29-06-2000, Nº 68195 – Velásquez Patricia y otra, en J. Velásquez c/ Cristóbal Moreno López p/ Daños y perjuicios – Ordinario – Casación", Libro S296 Fojas: 046. Este tribunal entendió que "la suspensión del dictado de la sentencia civil hasta tanto recaiga resolución en sede penal no es una regla legal absoluta; por el contrario, ella debe compatibilizarse con los principios constitucionales de acceso a la justicia y al derecho a obtener una decisión dentro de un tiempo razonable....". Por lo cual "... cabe dictar sentencia civil aunque no haya recaído sentencia en sede penal si por su magnitud la pendencia impide en forma real el derecho de defensa en juicio".
85. Corte de Justicia Tucumán, 28/12/2000, Sent. Nº 1137 "Santillan Viuda de Villagra, Lola Elvira vs. Municipalidad de San Miguel de Tucumán s/ Daños y perjuicios"; 19/12/2000, Sent. Nº 1089 "Roquera, Darío Leoncio c/ Sol San Javier S.A. s/ Daños y perjuicios". Este organismo jurisdiccional afirmó que "...el exceso de tiempo transcurrido desde el siniestro, la dilación en el trámite de la causa penal, el estado procesal de la misma, la imposibilidad para los actores de instar aquel proceso, el tiempo transcurrido desde la suspensión dispuesta por esta Corte sin avances significativos, el desistimiento de la acción civil respecto del imputado en la causa criminal y las circunstancias personales de la víctima (persona de avanzada edad) configuran una excepción al principio de la prejudicialidad (art. 1101 del Cód. Civil), e imponen la necesidad de dictar la sentencia civil, sin esperar el pronunciamiento penal".
86. Supremo Tribunal de Santiago del Estero, 15/5/2000, "Herrera de Celiz, Elsa Alicia y otros c/ Paz Gustavo Ramón y/u Otros s/ Daños y Perjuicios – Casación". Este Tribunal aseveró que "...la norma legal de prejudicialidad penal que impone la suspensión en sede civil del dictado de la sentencia, mientras exista un proceso penal pendiente, no reviste carácter absoluto y habrá de estarse a las particularidades de cada caso, por cuanto las normas jurídicas aún las imperativas y de orden público, deben ser interpretadas razonablemente en función de las circunstancias particulares del caso concreto, en los principios generales del ordenamiento jurídico y de las normas de jerarquía constitucional que le atañen. Por eso toda vez que la pendencia del proceso penal sea de tal magnitud que impide en forma real el derecho de defensa en juicio, cabe dictar resolución civil, aún cuando no haya recaído sentencia en sede penal".
87. SCBA, causa Ac. 77.383, "Nastrucci, Stella Maris c/ Canal, Roberto y otro. Daños y perjuicios", 19/2/2002. El tribunal siguiendo los lineamientos marcados por el voto del Dr. Hitters sostuvo que "la aplicación aislada y literal del art. 1101 del Código Civil resulta irrazonable cuando no ha existido pronunciamiento definitivo en sede penal por una dilación sine die de dicho trámite. De lo contrario, se plasmaría una solución incompatible con un adecuado servicio de justicia (art. 15, Const. prov.) y con el derecho de obtener una sentencia en tiempo razonable

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 241 21/10/2015 14:33:43

(conf. arts. 18, 5 inc. 22 y ccs., Constitución nacional; 5 de la provincial y 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica)"

88. Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala civil y comercial, 08/06/2009, Sanmartino Javier Cematti S.A.I. y C. c. Lizzi, Jorge Osvaldo, DJ 16/12/2009, 3584. El tribunal sostuvo que "la excepción al principio de prejudicialidad establecido en el art. 1101 del Código Civil puede concederse en aquellos casos en los cuales el interesado demuestre que el plazo de duración del proceso penal le generó un perjuicio lesivo de su derecho de defensa en los términos del art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica, ya que dicha excepción presupone inexorablemente una dilación "irrazonable", "inusitada" e "injustificada" del proceso, que, de un modo manifiesto y serio, produzca una denegación de justicia".
89. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis, 20/03/2001, "Caro, Mónica S. c. Comisión Asesora de Vivienda de la C.G.T.", regional San Luis, LL Gran Cuyo 2002, 129. El voto de la minoría sostuvo que "el principio de la prejudicialidad cede, cuando –como en el caso–, la causa penal se encuentra prácticamente paralizada, sin haberse identificado a ningún imputado y sin que se presenten indicios de que tal cosa va a suceder en un tiempo razonable".
90. El texto original fue sustituido por art. 1º de la Ley nº 17.711 (B. O. 26/4/1968), con vigencia a partir del 1º de julio de 1968.
91. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba: http://www.acaderc.org.ar/biblioteca/biblioteca-virtual/actaprimercongresodscivil.pdf/view?searchterm=actos ilícitos
92. En las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1984) el despacho A), suscripto por Alberto J. Bueres, Ramón D. Pizarro, Matilde Zavala de González, Silvana Chiapero de Bas, Beatriz Junyent de Sandoval, María E. Lloveras de Resk y Gabriel Stiglitz. Alferillo, Pascual Eduardo, "Daño a la vida…", cit, pág. 320 y sig.
93. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Falta de legitimación de la concubina (y del concubino) para reclamar los daños y perjuicios de la muerte del compañero (o compañera) en un hecho ilícito", J.A. 1979 – III – 14; Comentario al art. 1.085 en la obra "Código Civil y Leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado", Belluscio, Augusto Cesar (Director) – Zannoni, Eduardo A. (Coordinador), Tomo 5 (Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1.984), pág. 117.
94. Zavala de González, Matilde, Comentario art. 1078 en comentario arts. 1067, 1084/85 en "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial" Tº 3 A Art. 1066/1116 "Obligaciones" – Alberto J. Bueres (Director) – Elena I. Highton (Coordinadora), (Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999), pág. 182.
95. CC0102 MP 127706 RSD-750-4 S 23-11-2004, "Rodrigo, Sandra E. c/ Bustos, Esteban s/ Daños y perjuicios", LLBA 2005, 133, JUBA Civil y comercial B1404166.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 242 21/10/2015 14:33:43

96. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala 2ª, 26/12/2007, "C. M. y otro v. L. R. y otra". En el mismo sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 16/05/2003, "J., S. A. c. Córdoba, Paulo D.", La Ley 2003-F, 1035, voto de la minoría Dra. Estevez Brasa y Juzgado Federal de 1a Instancia de Concepción del Uruguay, 28/12/2004, "Ríos, María Hortensia, por sí y sus hijos menores y otra c. Mazur, Mario de Jesús y/u otros", LL Litoral 2006 (marzo).
97. Boragina, Juan Carlos – Meza, Jorge Alfredo, "Inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año IX Nº XII – Diciembre 2007, pág. 44. En igual sentido: Saux, Edgardo I., "El daño moral y la concubina ¿Ocaso del art. 1078 del Código Civil?, Revista de la Responsabilidad Civil y Seguros, Año X – Nº V – Mayo 2008, pág. 47; F.A.S., "Daño moral del concubino", Revista de la Responsabilidad Civil, año IX – Nº X –octubre 2009, pág. 80, Alferillo, Pascual E., "Límites de la legitimación para reclamar daño moral", La Ley 01/03/2012 , 3, La Ley 2012-B , 17, entre otros.
98. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, P., R. O. y otro c. Quiroga, Julián Arturo y otro, 25/08/2010, RCyS 2010-XI, 59 con nota de Félix A. Trigo Represas, JA 08/06/2011, 36, JA 2011-II, 250, AR/JUR/49956/2010.
99. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, A.M.A. c. F.N.R., 10/03/2011, RCyS 2011-VI, 49 con nota de Graciela Medina, AR/JUR/13666/2011. En igual sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, Demarchi, Sandra Fabiana y otros c. Vázquez, José Luis y otros s/ daños y perjuicios, 11/05/2012, La Ley Online, AR/JUR/25188/2012. En este fallo se dijo que "*El art. 1078 del Cód. Civil, en cuanto restringe sólo al damnificado directo la acción para reclamar un resarcimiento por daño moral, es inconstitucional, pues veda la reparación a quienes pueden tener intereses lícitos y serios, y genera un trato desigual entre quienes sufren daños patrimoniales y extrapatrimoniales dado que, en el primer caso, la legitimación es amplísima en virtud de lo establecido por el art. 1079 del mencionado cuerpo legal (del voto en disidencia parcial del Dr. Picasso)".* También la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén Sala III, M., J. C. y otro c. D., J. D. y otro, 03/09/2012, DFyP 2013 (enero-febrero), 200, AR/JUR/57357/2012, dijo que "*El art. 1078 del Cód. Civil es inconstitucional, en cuanto limita a los herederos forzosos la legitimación para reclamar el daño moral por la muerte de la víctima –en el caso, reclaman los hermanos–, pues la rigidez de dicha norma hiere la sensibilidad y el sentido de justicia, y degrada la esencia misma del derecho a la reparación integral*".
100. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, P., R. O. y otro c. Quiroga, Julián Arturo y otro, 25/08/2010, RCyS 2010-XI, 59 con nota de Félix A. Trigo Represas, JA 08/06/2011, 36, JA 2011-II, 250, AR/JUR/49956/2010.
101. Llambías, Jorge Joaquín, "La vida humana como valor económico. Carácter de la acción resarcitoria por causa de homicidio: Daño resarcible", J.A., Doctrina (Se-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 243 21/10/2015 14:33:43

rie contemporánea – 1974), pág. 624; Bustos Berrondo, H., "Acción resarcitoria del daño causado por homicidio", Jus, 1962 – nº 3, p. 80.

102. Mosset Iturraspe, Jorge, "El valor de la vida humana", Tercera edición actualizada (Rubinzal – Culzoni Editores – Santa Fe-Buenos Aires, Argentina, 1996), pág. 29; Borda, Guillermo A., "La vida humana ¿Tiene por si sola un valor económico resarcible?, E.D. 114, pág. 849; Kemelmajer de Carlucci, Aída, Comentarios al art. 1.085 Código Civil en "Código Civil y Leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado", Belluscio (Director) – Zannoni (Coordinador), Tomo 5, (Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1984), pág. 196; Venini, Juan Carlos, "El valor de la vida humana", en el libro "Responsabilidad por daño contractual y extracontractual" (Editorial Juris – Rosario – Santa Fe – Argentina – Marzo 1994), pág. 760; Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de Daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños", Tº 4 nº 111, pág. 52, entre otros. En la doctrina española, cabe recordar el pensamiento de Santos Briz, Jaime, "Derecho de Daños" (Editorial Revista de Derecho Privado – Madrid – 1963), pág. 278 y sig. sostiene que "el caso práctico más frecuente e importante de reparación de daños es el motivado por muerte de una persona. Entonces el que perdió la vida, el mayor perjudicado por ello, no puede ser beneficiario de la reparación, que ha de ir a sus más próximos parientes. Tratándose de acción civil derivada de delito causante de la muerte, aquella es transmisible a los herederos del fallecido (art. 104 y 105 del C.p.). En consecuencia, el T.S. ha declarado que la indemnización corresponde a los herederos del fallecido, no exigiendo con rigor el requisito del perjuicio directo. En cambio, tratándose de acción de reparación de daños derivados de culpa extracontractual, se excluye en la jurisprudencia a los herederos, pues no se considera el derecho de indemnización como ingresado en la herencia de la víctima a efectos de transmisión...".

103. Alferillo, Pascual Eduardo, "Daño a la vida…", cit., p. 155; "Prospectiva de la legitimación para demandar la indemnización de los daños por fallecimiento", en "Responsabilidad Civil y Seguros", La Ley Tº 2001, p. 187 y sig.

104. El artículo precisa que "a los efectos de esta ley, se entiende por desaparición forzada de personas, cuando se hubiera privado a alguien de su libertad personal y el hecho fuese seguido por la desaparición de la víctima, o si ésta hubiera sido alojada en lugares clandestinos de detención o privada bajo cualquier otra forma del derecho a la jurisdicción".

105. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala I, 01/12/2000, "F., R. L. y otra", LL Litoral, 2001-697. En ese fallo, también se dijo que "habiendo fallecido el heredero forzoso de una persona desaparecida durante el proceso militar, la suma de dinero correspondiente al beneficio establecido por las leyes 24.411 (Adla, LV-A, 7) y 24.823 (Adla, LVII-C, 2894) debe transferirse al juicio sucesorio de aquél heredero –en el caso, fue tramitado por los hijos del heredero forzoso fallecido– pues se trata de un bien recibido *"iure hereditatis"*.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 244 21/10/2015 14:33:43

106. CSJN, S. 1091. XLI "Sánchez, Elvira Berta c/ Mº J y DD HH – art. 6 ley 24.41 (Resol. 409/01). 22/05/2007. En el mismo sentido: Cámara Nacional Civil, Sala M, 22/02/06, expte. Nº: M446433, "Marzocca, Petra c/ Marzoca, Ángela s/ Declaración de causahabientes" (Sumario nº 16841 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil – Boletín nº 4/2006); Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina del 26/04/2006, p. 62; tomo 2006-II, donde se dijo que "no desvirtúa lo expuesto que el art. 2º bis de la ley 24.823 disponga que la indemnización tiene el carácter de bien propio del desaparecido o fallecido, pues debe otorgársele a esta expresión el alcance adecuado dentro del contexto completo de la norma, la que se remite sólo analógicamente a normas de derecho sucesorio, a los efectos de determinar el orden de prelación en base al cual debe distribuirse el beneficio respectivo".
107. Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam", Sentencia de 10 de septiembre de 1993 (Reparaciones y Costas). En igual sentido: "Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá", Sentencia de 12 de Agosto de 2008, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); "Trujillo Oroza Vs. Bolivia", Sentencia de 27 de febrero de 2002 (Reparaciones y Costas); "Los Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala", Sentencia de 26 de mayo de 2001 (Reparaciones y Costas); "Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia", Sentencia de 29 de enero de 1997; "Bámaca Velásquez Vs. Guatemala", Sentencia de 22 de febrero de 2002, (Reparaciones y Costas); "Myrna Mack Chang Vs. Guatemala", Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), entre otras.
108. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros). Reparaciones, supra nota 3, párr. 68; Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros). Reparaciones, supra nota 4, párr. 85; y Caso Castillo Páez. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 43, párr. 59; Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia", Sentencia de 27 de febrero de 2002, (Reparaciones y Costas), entre otros.
109. Alferillo, Pascual E., "Trascendencia de la valuación en la cuantificación de los daños a la persona", DJ 2007-III, 298-LA LEY 2008-A, 159.
110. Fernández Sessarego, Carlos, "Daño moral y daño al proyecto de vida" en Revista de Derecho de Daños nº 6 "Daño moral", (Rubinzal – Culzoni Editores), p. 37.
111. Fernández Sessarego, Carlos, "Hacia una nueva sistematización del daño a la persona", Cuadernos de Derecho nº 3 del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Setiembre de 1993, en Ponencias I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial, Univ. Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1994 y en "Gaceta Jurídica", Tomo 79-B, Lima, julio 2000.
112. Fernández Sessarego, Carlos, "Daño moral y daño al proyecto de vida", cit., p. 41.
113. Gamarra, Jorge, "Tratado de Derecho Civil Uruguayo" Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991, t. XXIII, vol. 5 parte VII, "La reparación del perjuicio. Daño a la persona", p. 17. (Citado por Lorenzetti, ob. cit.).

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 245 21/10/2015 14:33:44

114. En los considerandos del Decreto se hace la siguiente referencia sobre el tema: "Que el Código Civil, siendo una pieza jurídica de reconocidos méritos, prevé un mecanismo para su propia actualización conforme los artículos 2º y 3º de la Ley nº 340, los que mandaban requerir de los tribunales federales y provinciales, informes anuales sobre las dudas y dificultades que su aplicación pudiera ofrecer en la práctica. Que el codificador previó la necesidad de incorporar las reformas que los tiempos futuros demandaran. Que durante muchos años, este proceso se realizó a través de numerosas leyes especiales que fueron actualizando diversos aspectos de los Código Civil y Comercial de la Nación. Que esta obra llevada a cabo a través de la mencionada legislación especial, produjo una modificación del ordenamiento lógico y de la estructura de principios y reglas existentes en los Códigos referidos".

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 246 21/10/2015 14:33:44

Em Destaque

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 248 21/10/2015 14:38:44

Do transporte aéreo de carga – Da convenção de Montreal e da cláusula limitativa de responsabilidade: inoperância da limitação de responsabilidade à luz do ordenamento jurídico brasileiro e da tradicional interpretação do Superior Tribunal de Justiça

Paulo Henrique Cremoneze[1]

Mestre em Direito Internacional pela Universidade Católica de Santos

Uma das fontes legais que tratam do contrato de transporte aéreo de carga e da responsabilidade civil do transportador aéreo é a Convenção de Montreal, fortemente influenciada pela antiga Convenção de Varsóvia.

A Convenção de Varsóvia, base da Convenção de Montreal, foi assinada pelo Brasil em 1929 e ratificada no dia 2 de maio de 1931, ingressando no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 20.704, de 24 de novembro de 1931. Durante muitos anos vigeu e foi argumentada nas lides forenses, gerando debates acalorados.

Essa convenção, assim como todas as outras que tratam do transporte aéreo, cedeu lugar à Convenção de Montreal, e ambas sempre foram e ainda são alvo de especial interesse do Superior Tribunal de Justiça e, mesmo, do Supremo Tribunal Federal, já que muitas das suas normas batem de frente com o sistema legal brasileiro, a começar por seu fundamento de validade, a Constituição Federal.

A Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional (Convenção de Montreal), assinada pelo Brasil em 28 de maio de 1999, ratificada pelo Congresso Nacional e inse-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 249 21/10/2015 14:33:44

rida no direito brasileiro pelo Decreto 5.910, de 27 de setembro de 2006, repetiu em muitos aspectos a Convenção de Varsóvia, reforçou o conceito de a responsabilidade civil do transportador aéreo ser de índole objetiva, mas, infelizmente, manteve em seu corpo de normas a figura da limitação de responsabilidade, ainda que em patamares menos indignos do que os sustentados pela Convenção de Varsóvia.

Talvez o hábito no uso frequente da antiga Convenção de Varsóvia justifique a força que ela ainda goza em meio aos profissionais do direito. Falamos isso porque, não raro, ainda hoje, decorridos muitos anos do ingresso da Convenção de Montreal, ainda se recorda muito da Convenção de Varsóvia, sendo, inclusive, alvo de argumentos em peças forenses e de fundamento de decisões judiciais.

A Convenção de Varsóvia sempre foi muito criticada – porque apresentava muitas causas legais excludentes de responsabilidade e porque reconhecia a validade e a eficácia das chamadas cláusulas limitativas de responsabilidade, esta última figura dissonante do direito brasileiro como um todo.

Do mesmo modo, a Convenção de Montreal é criticada porque autoriza o dirigismo contratual, o que é expressamente vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro, e mantém em seu bojo o conceito de indenização tarifada, ou seja, limitação de responsabilidade, embora em patamares mais respeitáveis do que os da Convenção de Varsóvia.

A Convenção de Varsóvia, por ser do início do século passado, encontrava-se desatualizada em relação ao direito empresarial e às realidades poliédricas do mundo contemporâneo, as quais suscitaram e suscitam constantes respostas por parte do direito. Melhor sorte, contudo, não ocorre relativamente à Convenção de Montreal, porquanto ainda injusta e promotora do desequilíbrio entre as partes envolvidas no contrato de transporte aéreo de carga, lembrando sempre que este é um contrato de adesão.

Uma das críticas feitas à Convenção de Montreal, convém repetir, é que ela prevê a limitação tarifada nos sinistros provocados pelo transportador aéreo.

Consta no artigo 22, item 3, da Convenção de Montreal, a seguinte estipulação em favor da limitação:

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 250 21/10/2015 14:33:44

> Artigo 22 – Limites de Responsabilidade Relativos ao Atraso da Bagagem e da Carga
> 3. No transporte de carga, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a uma quantia de 17 Direitos Especiais de Saque por quilograma, a menos que o expedidor haja feito ao transportador, ao entregar-lhe o volume, uma declaração especial de valor de sua entrega no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma quantia que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino.

O valor de cada direito especial de saque é delineado por outra fonte normativa, passível de alterações regulares. De qualquer modo, é um valor baixo e que pode ser insignificante dependendo da carga avariada ou extraviada.

E em razão da previsão convencional, os conhecimentos aéreos de transportes de cargas, todos eles, contêm cláusulas limitativas de responsabilidade.

A limitação de responsabilidade, seja de natureza convencional, seja por meio de cláusula contratual (cláusula limitativa de responsabilidade) é equiparada à cláusula de não indenizar, portanto, inoperante. Entendemos firmemente isso, mesmo que vozes respeitáveis da doutrina se posicionem em sentido contrário, assim como algumas correntes jurisprudenciais.

O tema, limitação de responsabilidade à luz da Convenção de Montreal, é polêmico e muito instigante, merecendo especial atenção. Aproveita dizer, desde logo, que são muitos os que entendem que essa convenção não pode mais ser aplicada porque contrária à inteligência sistêmica do direito brasileiro; igualmente, outros tantos defendem que ela até pode ser aplicada, mas com ressalvas em relação às disposições contrárias ao sistema legal pátrio, notadamente a parte que trata da limitação de responsabilidade. E há uma corrente que diz que a limitação é cabível apenas nos casos de grandes sinistros, os acidentes aéreos expressivos e que podem comprometer a saúde financeira do transportador

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 251 21/10/2015 14:33:44

(teoria da preservação da empresa), não tendo cabimento, contudo, nos casos de sinistros simples, as faltas e avarias vinculadas aos contratos de transportes, até porque a limitação não é aplicável em sendo constatada a culpa em sentido estrito ou culpa grave, como a própria convenção também prevê.

Daí nossa convicção de que, seja qual for o prisma de análise de um caso, seja qual for a fonte legal invocada nos contratos de transportes aéreos de cargas, a responsabilidade civil do transportador será sempre objetiva, pautada na presunção legal de culpa e na inversão do ônus da prova, não se cogitando em limitação de responsabilidade e somente exonerável mediante prova expressa da existência de alguma causa legal excludente de responsabilidade.

A limitação de responsabilidade, prevista na Convenção de Montreal e que se estampa nos instrumentos de contratos de transportes aéreos de cargas, é algo que atenta contra o melhor direito e, portanto, não pode ser de forma alguma contemplada pelos órgãos monocráticos e colegiados do Poder Judiciário brasileiro.

Vejamos:

A cláusula limitativa de responsabilidade é (ou pelos menos há de ser) em tudo equiparada à cláusula de não indenizar e, portanto, inoperante, segundo o enunciado de Súmula 161 do Supremo Tribunal Federal.

Ora, *não indenizar é, em termos práticos, a mesma coisa que indenizar valor vil, sobremodo reduzido por causa da limitação* (grifamos porque nos sentimos muito seguros em afirmar isso).

Assim, toda cláusula em tal sentido, presente no contrato de transporte de carga, não pode ser considerada válida e eficaz.

Isso vale também para o contrato de transporte aéreo de carga, em que pese o relevante fato de as convenções internacionais de Varsóvia e de Montreal estatuírem exatamente o contrário, prestigiando a limitação.

Além da comparação direta com a cláusula de não indenizar, repudia-se a cláusula limitativa de responsabilidade, porque o contrato de transporte de carga, qualquer que seja o modal, é um contrato de adesão, com cláusulas impressas e unilateralmente impostas pelo transportador, razão pela qual injusta e, até mesmo, imoral sua aplicação em desfavor de quem foi obrigado a aderir aos termos contratuais.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 252 21/10/2015 14:33:44

Nem mesmo as convenções internacionais podem e devem ser aplicadas nos transportes internacionais, aéreos, ao menos relativamente à limitação de responsabilidade.

Tanto a Convenção de Varsóvia como a de Montreal, das quais o Brasil é signatário, dispõem sobre a possibilidade de limitação tarifada, mas somente nos casos dos grandes sinistros aéreos, os acidentes de aviação, não os casos simples de faltas ou avarias de cargas, muito menos aqueles seriamente culposos.

Com efeito, nem mesmo a Convenção de Montreal, cuja aplicação e validade não aceitamos plenamente, porque contrária ao sistema legal brasileiro como um todo, reconhece a limitação para os casos marcados com o erro grave do transportador.

O mesmo artigo 22 da Convenção de Montreal prevê:

> 5. As disposições dos números 1 e 2 deste Artigo não se aplicarão se for provado que o dano é resultado de uma ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos, com intenção de causar dano, ou de forma temerária e sabendo que provavelmente causaria dano, sempre que, no caso de uma ação ou omissão de um preposto, se prove também que este atuava no exercício de suas funções.

Embora o item 5 aborde somente os itens 1 e 2 do mesmo artigo, os quais tratam dos danos pessoais aos passageiros e as perdas, atrasos e avarias nas entregas das bagagens, a verdade é que não existe razão alguma para a exclusão do item 3, próprio das cargas, de tal modo que é perfeitamente possível, em nosso entender, por analogia e por ampliação jurisprudencial, tendo-se em conta a melhor interpretação do direito, aplicar ao transporte de cargas.

Aliás, houve ausência de boa-fé da convenção ao excluir no item 5 menção expressa ao item 3, pois a experiência autoriza entender que é muito mais comum a culpa em sentido estrito ou o objetivo de causar dano relativamente às cargas do que em relação aos passageiros e suas bagagens.

Atrasos e percalços com bagagens são comuns, mas danos propriamente ditos ocorrem, a rigor, é no transporte aéreo de carga, donde nos

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 253 21/10/2015 14:33:44

sentimentos autorizados a enfatizar que o item 3 se encontra implicitamente previsto no item 5.

Temos ainda que, se eventualmente aplicável a limitação de responsabilidade, ela somente poderá ser reconhecida nos casos dos grandes sinistros aéreos, aqueles envolvendo, por exemplo, queda das aeronaves, perdas muito substanciais.

Nesse sentido, há alguma razão moral na limitação de responsabilidade, pois nos sinistros envolvendo quedas de aeronaves, os interesses são muitos e os valores podem atingir níveis estratosféricos.

Assim, a limitação tem a função de mecanismo de calibragem e se mostra conectada à teoria da preservação da empresa.

Fora desse contexto, quer nos parecer, a limitação de responsabilidade enseja o abuso de direito, premia o ato ilícito e fere a dignidade de uma das partes do contrato de transporte.

Nos casos de faltas e avarias de cargas, isoladamente consideradas, baseadas em contratos de transportes, a aplicação da limitação é injusta, para não dizer imoral.

Por isso sustentamos o entendimento de que a Convenção de Montreal, a exemplo da Convenção de Varsóvia, não pode ser aplicada no Brasil, a despeito de o país a ter assinado, ratificado e convertido em lei, pois é flagrantemente contrária ao sistema jurídico brasileiro como um todo e atinge visceralmente o postulado de a reparação do dano ser sempre a mais ampla possível.

Contudo, se porventura ainda se houver por bem entender que ela vige e produz efeitos jurídicos, há de se considerar que ao menos as regras reservadas à limitação não têm validade e eficácia ou, tendo-as, somente produzem seus efeitos nos casos dos grandes desastres aéreos, os sinistros envolvendo queda de aeronave.

Validar a limitação de responsabilidade para casos de faltas e avarias é afrontar todos os princípios da responsabilidade civil, desprestigiar as regras que disciplinam o tema e, ainda que às avessas, ratificar o ilícito civil.

Ora, considerando tudo isso, considerando a tradição jurídica brasileira, sempre refratária ao reconhecimento e à aplicação de qualquer tipo de cláusula limitativa de responsabilidade, tem-se que não há sentido

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 254 21/10/2015 14:33:44

algum defender a validade e a eficácia dessa cláusula, frontalmente contrária à cláusula de incolumidade.

A limitação de responsabilidade é tema que periodicamente ganha destaque na literatura do direito dos transportes. Isso porque os transportadores costumam invocá-la nas disputas judiciais relativas aos contratos de transporte de cargas inadimplidos.

E o fazem, especialmente os transportadores aéreos, com amparo em incorretas interpretações das convenções internacionais de Varsóvia e de Montreal.

A limitação de responsabilidade é tema que periodicamente ganha destaque na literatura do direito dos transportes

Apesar do destaque, a jurisprudência é, preponderantemente, contrária à validade e à eficácia de toda e qualquer cláusula que limite a responsabilidade do transportador de carga, incluindo o aéreo.

Pesa muito em favor desse entendimento o fato de a cláusula limitativa de responsabilidade encontrar-se inserida em um contrato de adesão, como é o de transporte aéreo, implicando dirigismo contratual e abusividade explícitos.

O contrato de adesão deve ser interpretado, em caso de divergência, sempre em favor de quem aderiu. Além disso, o instrumento contratual de adesão não pode ofender o sistema legal, submetendo-se em tudo ao direito como um todo.

O Brasil, em especial, é um país que tradicionalmente se mostra contundente em relação ao dirigismo contratual e às cláusulas abusivas.

Por isso, toda e qualquer cláusula limitativa de responsabilidade estampada unilateralmente pelo transportador no conhecimento aéreo é inválida e ineficaz, senão nula de pleno direito.

Tendo-se em consideração que limitar a responsabilidade é o mesmo que não indenizar, afirma-se que a cláusula limitativa de responsabilidade ajusta-se perfeitamente ao disposto no enunciado da Súmula 161, do Supremo Tribunal Federal: *"Em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar."*

Antes da Constituição Federal de 1988 e da criação do Superior Tribunal de Justiça, era o Supremo Tribunal Federal o órgão jurisdicional

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 255 21/10/2015 14:33:44

que dava a última palavra sobre o assunto, fincando posicionamento que até hoje e acertadamente é abraçado pelos órgãos monocráticos e colegiados do Estado-juiz.

No mesmo sentido, o direito positivo, por meio de regra legal específica, o Decreto 19.473/30, liquidou a eficácia de cláusulas contratuais dessa natureza, ao impor: *"Reputa-se não escrita qualquer cláusula restritiva ou modificativa dessa prova ou obrigação."*

Embora dirigida ao transporte marítimo de carga, referida regra pode ser perfeitamente aplicável, por analogia, ao transporte aéreo.

E o Superior Tribunal de Justiça assim se posicionou desde o início e ainda se posiciona.

Porém, com a introdução da lei consumerista no sistema legal brasileiro, o tema ganhou novo colorido, praticamente definitivo, no sentido de se premiar a proibição às cláusulas limitativas ou restritivas de responsabilidade, comuns nos contratos de transporte aéreo.

E a legislação consumerista é perfeitamente avocável nos casos envolvendo obrigações de transportes de cargas, sem se falar em inteligência maximalista, porque a obrigação de transporte é modalidade de fornecimento de serviço e o transportador é um prestador de serviços em todos os sentidos. Para a incidência da lei consumerista é preciso ter em foco não o bem transportado, mas o serviço propriamente dito, o qual tem no contratante, no consignatário ou no segurador legalmente sub-rogado consumidores perfeitos, porque destinatários finais dos serviços fornecidos pelos transportadores, pouco importando os destinos finais dos bens confiados para os transportes.

Com a nova lei especial, o que antes era solucionado por meio da jusfilosofia, mediante cansativo processo de esgrima das normas vigentes no sistema legal e o uso de sofisticada hermenêutica jurídica, passou a ter tratamento melhor, normativo e expresso, fulminando qualquer dúvida a respeito. Com a promulgação do Código Civil em vigor, de 2002, o dirigismo contratual foi definitivamente vedado e ao sabor dele, ainda mais forte se tornou o repúdio às cláusulas de limitação de responsabilidade, compaginada no rol das cláusulas abusivas.

Toda cláusula que limita a responsabilidade é abusiva porque constitui ofensa ao equilíbrio contratual, mormente quando o contrato que a

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 256 21/10/2015 14:33:44

contém, como é o caso do contrato maritimista de transporte, é um típico contrato de adesão.

Sendo um contrato de adesão, suas cláusulas são impressas, não cabendo ao consumidor ou beneficiário do serviço contratado, diretamente ou por estipulação em favor de terceiro, qualquer deliberação a respeito. Sua vontade não é livre, mas orientada pela imposição do transportador, sempre unilateralmente.

O consumidor (credor da obrigação de transporte de carga) simplesmente adere às condições impostas pelo transportador aéreo, não lhe é conferida a oportunidade de efetivamente manifestar sua vontade, emprestando caráter verdadeiramente unilateral ao contrato.

E nem se diga em eventual liberdade de não contratar, pois, levando-se em conta que cerca de 90% do transporte global de cargas é feito por mar ou pelo ar, pouca liberdade têm os consumidores de tais serviços, uma vez que eles precisam contratar os transportes, submetendo-se, forçosamente, às disposições contidas nos instrumentos contratuais.

Assim colocada a questão, nada mais há para ser dito em sede de limitação de responsabilidade, tratando-se de mais um ponto superado, donde se estranha a insistência de os transportadores aéreos, em litígios judiciais, insistirem na tese da validade e da eficácia dessas cláusulas *hardship*, notadamente as de limitação de responsabilidade, na medida em que manifestamente contrárias ao direito, repudiadas pela jurisprudência e eivadas de elementos negativos que atingem até mesmo o campo da moral.

Além de regras legais específicas contrárias ao dirigismo contratual, existem princípios fundamentais do direito, uns de índole geral, outros de natureza constitucional, os quais devem ser sobremodo considerados quando da análise do tema, fulminando toda e qualquer tentativa de convalidar a abusividade intrínseca às cláusulas limitativas de responsabilidade.

Tais cláusulas ofendem fundamentos principiológicos como a equidade, a razoabilidade, a proporcionalidade e o bom senso, compaginando essa ofensa mais um argumento a favor daqueles que as repudiam e as têm por nulas de pleno direito.

A imposição de tais cláusulas, ao exclusivo alvedrio dos transportadores aéreo, faz letra morta qualquer alusão ao *acta sunt servanda*, sendo

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 257 21/10/2015 14:33:44

curial notar que outro aforismo cabe na hipótese em questão: *pacta non possunt facere licita quae alias illicita sunt.*

Relevante observar que mesmo sem se remeter às regras do Código de Defesa do Consumidor, os princípios jurídicos que regem os contratos coíbem o abuso, principalmente ao se observar o dirigismo contratual decorrente da forma adesiva de contratação. E esses princípios foram definitivamente positivados e marmorizados nas letras do Código Civil de 2002, cujo conteúdo, considerando-se a melhor hermenêutica e a interpretação sistêmica de suas regras, veda a validade das referidas cláusulas, como de toda e qualquer cláusula *hardship*, combatendo o dirigismo contratual e fortalecendo a inteligência do comentado enunciado da Súmula 161 do Supremo Tribunal Federal.

Afinal, o direito não se presta ao torto; e, em termos contratuais, poucas coisas são mais tortas e erradas do que as combatidas e abusivas cláusulas limitativas ou exonerativas de responsabilidade. Qualquer que seja a fonte legal aplicável num dado caso concreto, ou seja, Código Civil, Código de Defesa do Consumidor ou princípios gerais e fundamentais do direito, tais cláusulas são ilegais e, mesmo, imorais, porque abusivas, cabendo ao Poder Judiciário, quando provocado, manifestar-se no sentido de se manter o entendimento vigente de tempos de antanho, hoje vitaminado por eficientes ferramentas jurídicas, repudiando-se a validade e a eficácia de tais cláusulas ou, ainda mais crucial, rotulando-as como nulas de pleno direito.

Embora a jurisprudência continue pacífica no sentido de não se prestigiar a cláusula limitativa de responsabilidade, há em curso um movimento forte, patrocinado pelos transportadores aéreos, em dizer que o que é errado é certo, e o que é certo, errado.

Por mais que se vistam de argumentos sedutores e aparentemente hábeis, a verdade que salta aos olhos é que a cláusula que limita a responsabilidade é, sim, uma cláusula de não indenizar.

E, nunca é demais enfatizar: a introdução da lei consumerista no sistema legal brasileiro fortaleceu, sobremodo, a vedação as cláusulas limitativas ou restritivas de responsabilidade, comuns nos contratos de transporte, qualquer que seja o modal, especialmente aéreo e marítimo. Concomitantemente, temos o Código Civil dispondo em sentido idên-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 258 21/10/2015 14:33:44

tico e tornando defesa a limitação de responsabilidade em contratos de adesão.

Com o novo sistema legal, o que antes era solucionado com o apoio da jusfilosofia, mediante cansativo processo de esgrima das normas vigentes no sistema legal como um todo, passou a ter tratamento melhor, normativo e expresso, fulminando qualquer dúvida a respeito.

Lista o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, os direitos básicos atribuídos ao consumidor, figurando, dentre eles, os dos incisos IV e X, que o protegem de práticas e cláusulas contratuais abusivas e lhe garantem o direito a um eficaz serviço público[2], respectivamente, transcritos abaixo:

> Art. 6º – São direitos do consumidor:
> IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas impostas no fornecimento de produtos e serviços;
> X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Toda cláusula que limita a responsabilidade é abusiva porque constitui em ofensa ao equilíbrio contratual, mormente quando o contrato que a contém, como é o caso dos contratos maritimistas de transporte, é um típico contrato de adesão.

Antes da lei, existiam, como dissemos, outros argumentos utilizados para combater as ditas cláusulas.

Sendo o contrato de transporte aéreo (conhecimento aéreo) um contrato de adesão, as cláusulas são impressas, não cabendo ao consumidor do serviço contratado, diretamente ou por estipulação em favor de terceiro, qualquer deliberação a respeito.

O consumidor simplesmente adere às condições impostas, inicialmente, pelo fornecedor, diga-se, transportador aéreo.

Falar em limitação de responsabilidade é falar, também, em reconhecimento da incidência das normas morais em obrigações civis ou consumeristas, uma vez que limitar a responsabilidade, não raro a valores ou percentuais aviltantes, é ato afrontoso à moral, que, em nosso entendimento, não pode ser de forma alguma admitido, principalmente em sede judicial.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 259 21/10/2015 14:33:44

A limitação de responsabilidade é imoral e prejudicial à economia e à decência do direito, uma vez que permite que o ato ilícito permaneça sem punição, quebrando a regra de que aquele que causa dano a outrem deve reparar os prejuízos decorrentes com seu próprio patrimônio.

Por tal e tanto é que doutrinadores de grosso calibre, muito antes do advento do Código do Consumidor, manifestavam repúdio às ditas cláusulas, como exposto na seleção abaixo:

Hugo Simas[3]*: "Por modo tal os transportadores têm abusado das cláusulas de não responsabilidade, que não há excesso na afirmativa de Pipia de que os fretadores e armadores não têm responsabilidade nenhuma e os capitães muito pouca, pelo o que os carregadores podem dar graças a Deus e à nímia bondade daqueles, se chegar ao destino alguma cousa do que é remetido."*

José Aguiar Dias[4]*: "Sem embargo de sua utilidade, pois estimula os negócios, mediante afastamento da incerteza sobre o quantum da reparação, a cláusula limitativa muitas vezes resulta em burla para o credor. Dificilmente se dá o caso de ser o dano real equivalente à reparação prefixada, esta última, por um simulacro de perdas e danos." [...] "Praticamente, é a cláusula exonerativa, à qual acaba por servir de argumento. As cláusulas limitativas são de uso frequente nos transportes. Consistem, comumente, na fixação 'a forfait', de determinada soma, para constituir a indenização, em caso de perda, extravio, avaria ou atraso. [...] não temos dúvida em sustentar a sua nulidade, quando a soma arbitrariamente fixada resulte em verdadeira lesão para o credor, principalmente quando se trate de transporte, cujo contrato geralmente é de natureza a excluir a liberdade de discussão por parte do interessado no serviço."*

E Pontes de Miranda[5], que sobre o tema "responsabilidade do transportador", especialmente "cláusula de irresponsabilidade", disse*: "No Decreto n. 19.473, de 10 de dezembro de 1930, art. 1º, 1ª alínea, que regulou os conhecimentos de transporte de mercadorias por terra, água ou ar, e deu outras providências, estatui-se: 'O conhecimento de frete – leia-se conhecimento de transporte – original, emitido por empresas de transporte por água, terra ou ar, comprova o recebimento da mercadoria e a obrigação de entregá-la no lugar de destino.' Na 2ª alínea, acrescenta-se: 'Reputa-se não escrita qualquer cláusula restritiva, ou modificativa dessa prova ou obriga-*

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 260 21/10/2015 14:33:44

ção'. Tem-se querido insinuar a diferença entre restrição ou modificação da responsabilidade do transportador, o que é sem sendo. Transportar é receber o objeto e entregá-lo tal como foi recebido. A responsabilidade pelos danos que o objeto sofreu é inclusa no dever contratual de entrega.

É preciso que não se admitam cláusulas de irresponsabilidade que retirariam ao contrato de transporte sua estrutura. Por outro lado, o que importa é saber-se se, na espécie, a regra jurídica invocada é 'ius cognes' ou 'ius dispositium' ou 'ius interpretarivem'. Se a regra jurídica é cogente, não há pensar-se em qualquer permissão de cláusula de irresponsabilidade."

De se ver que um dos maiores tratadistas do direito, Pontes de Miranda, lastreado na interpretação sistêmica do direito e, especificamente, no Decreto 19.473/30, já manifestava, antes mesmo do advento do Código de Defesa do Consumidor, seu inconformismo quanto às cláusulas de irresponsabilidade, defendendo, com contundência e erudição, posicionamento relativo à invalidade absoluta das mesmas.

Fazendo eco à doutrina selecionada no trabalho acima reproduzido, os tribunais brasileiros, quase que majoritariamente, também fizeram consignar o repúdio à validação e eficácia das ditas cláusulas.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, julgando o *Recurso de Apelação* 274.840-Santos, decidiu (embora o caso verse sobre a limitação no transporte marítimo, muito aproveita citá-lo em favor do transporte aéreo por conta de sua ótima fundamentação):

> Limitar a responsabilidade da transportadora a 100 (libras esterlinas) é, sem dúvida, infringir o artigo 1º do Decreto n. 19.473, de 10.12.1930, que reputa não escrita qualquer cláusula restritiva ou modificativa da prova do recebimento da mercadoria e da obrigação de entregá-la no destino, prova que o conhecimento de frete original faz a obrigação que por ela as empresas de transporte assumem. O legislador, certamente, teve em mente que: 'illud nulla pactione effici potest ne dolus praestatus' (Dig. Lib. II, Tit. XIV, § 3º). Pode ocorrer que o extravio da mercadoria faça render quantia superior à que o transportador tiver de pagar a título de indenização. Para eliminar estímulo de extravios dolosos, a lei fulmina cláusulas de irresponsabilidade e de não indenizar. [...] É enganosa a doutrina que condiciona a

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 261 21/10/2015 14:33:45

> validade das cláusulas de limitação de responsabilidade 'a uma rebaja del frete, segun opciones que previamente los transportadores dan a los cargadores' (FRANCIS FARINA, Derecho Comercial Marítimo, T. II, ed. 1948, Madrid, p. 290, cfn. fls. 81). Haveria frete com determinada percentagem para os transportes sem declaração de valor das mercadorias e frete com 'he rate increased' para o transporte com a declaração daquele valor. Dir-se-á que a opção pode advir uma vantagem, se o transporte for levado a bom termo, pois os mesmos riscos terão sido corrigidos, com um frete mais barato. A limitação de responsabilidade, porém, continua dando oportunidades de extravio doloso por parte do capitão ou da transportadora, eventualmente em conluio com o embarcador ou exportador. E aquela álea não poderá ser uma compensação a justificar a validez da cláusula restritiva.

Também elaborado antes do surgimento da lei do consumidor (e do novo Código Civil), o posicionamento do Tribunal de Justiça paulista foi construído com muita lucidez, dando ênfase, como não poderia deixar de ser, ao Decreto 19.473/30 e aos mais excelsos e elementares princípios e postulados gerais do direito.

Não se limitando ao direito, o colegiado paulista enveredou-se por outros ramos do conhecimento humano, porquanto observou, com precisão, que a limitação de responsabilidade é, ainda que às avessas, fator de incentivo à criminalidade, diga-se, extravios dolosos de cargas ("Para eliminar estímulo de extravios dolosos, a lei fulmina cláusulas de irresponsabilidade e de não indenizar").

Ora, ao preocupar-se com o implemento da criminalidade e, ainda, com as divisas nacionais (ordem econômica), o tribunal paulista emprestou ao tema (repita-se: antes do surgimento da legislação especial consumerista), ares publicistas, sinalizando com o interesse social que tem a questão da não validade das cláusulas limitativas de responsabilidade.

Ditas cláusulas, qualquer que seja sua feição, limitação, restrição, exonerativa, enfim, negativa de responsabilidade, mesmo que parcialmente, são nulas de pleno direito, não havendo que se falar em *pacta sunt servanda*, primeiro porque o princípio da supremacia prefere ao da livre mani-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 262 21/10/2015 14:33:45

festação de vontade das partes, depois porque a presença delas é imposta, mediante cláusulas impressas em contratos de adesão, principalmente agora que o sistema legal brasileiro, pelo novo Código Civil, expressamente adotou o princípio do fim social para os contratos, além da boa-fé dos negócios jurídicos em geral.

Nesse sentido, interessante decisão do Supremo Tribunal Federal, no *Recurso Extraordinário* 107.361-6, votação unânime, dispõe que:

> Dentro do mesmo raciocínio, ao reduzir-se o valor de uma indenização a parte insignificante do prejuízo efetivamente verificado, parece ser a negação do próprio princípio que assegura a obrigação do pagamento dessa indenização. O Supremo Tribunal, com base em texto legal que reputa não escrita 'qualquer cláusula' restritiva ou modificativa da obrigação do transportador (art. 1º, do Decreto n. 19.473/30), proclamou, na Súmula n. 161, a inoperância da cláusula de não indenizar, não vejo como conciliar, com esse enunciado, a degradação de ressarcimento de uma importância mais de uma centena de vezes menor do que o prejuízo efetivo, a ponto de não chegar a compensar a antecipação dos encargos financeiros necessários ao ajuizamento da demanda.

Oportuno se falar em Supremo Tribunal Federal porque toda e qualquer norma, regra ou cláusula que reconheça a validade e a eficácia da limitação de responsabilidade é inconstitucional, na medida em que ofensiva ao princípio-garantia que dispõe sobre a reparação civil ampla e integral, assegurada a qualquer pessoa, vítima de um dano, pela Constituição Federal.

Igual entendimento teve o Superior Tribunal de Justiça no *Recurso Especial* 644-89.0009917-5-SP:

> Direito comercial – Transporte aéreo – Cláusula limitativa de responsabilidade do transportador – O Decreto n. 19.473, de 10.12.30, em seu art. 1º, reputa não escrita qualquer cláusula restritiva ou modificativa da obrigação e tanto equivale a limitação a valor irrisório do montante da indenização, precedente do STF.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 263 21/10/2015 14:33:45

Limitar a responsabilidade, repita-se pela última vez, é o mesmo que não indenizar e, por via de consequência, ofender postulados e primados consagrados do direito pátrio.

Começando por princípios fundamentais do direito, uns de índole geral, outros de natureza constitucional, todos, contudo, informadores de qualquer interpretação legal e, mais consagrados, aplicação do direito.

Tais cláusulas ofendem fundamentos como a equidade, a razoabilidade, a proporcionalidade e o bom senso.

Nos dias correntes, impossível eventual apego à literalidade das cláusulas contratuais, desrespeitando-se princípios maiores e regras legais abertas, como as que tratam da boa-fé objetiva (art. 422, Código Civil).

Como anota com invulgar precisão Orlando Gomes: *"o direito moderno não mais admite os contratos de 'direito estrito', cuja interpretação é literal. As partes contratantes devem atuar com lealdade e inspirar recíproca confiança, subordinando-se ao interesse da sociedade quanto à segurança das relações jurídicas e do aperfeiçoamento da relação negocial."*[6]

Ainda mais em sentido tem a inteligência jurídica acima em se tratando de um contrato de adesão, em que as disposição são, como já se disse, impostas unilateralmente pelo transportador aéreo, de forma coativa, sem qualquer disposição de vontade por parte do contratante, refém do arbítrio e do abuso da outra parte.

Rechaçar qualquer cláusula contratual que disponha sobre limitação de responsabilidade é dar preferência à ideia de função social das obrigações e aos princípios (regras legais) da função social, probidade e boa-fé objetiva das obrigações.

Nesse sentido, especificamente sobre a função social dos contratos em geral, interessante o posicionamento de Ramon Mateo Junior[7], ao comentar o conteúdo do artigo 421 do Código Civil:

> Diante dessas disposições legais, verificamos uma mudança na mens legem do Código novo em relação ao atual. A lei opera um avanço na concepção da finalidade da relação jurídica contratual. De fato, até hoje adotamos, nos contratos em geral, o denominado modelo liberal como sendo um inabalável paradigma, estabelecendo-se um dogma entre os operadores do direito em torno dos princípios da autonomia

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 264 21/10/2015 14:33:45

> da vontade e força obrigatória, desde que livremente formalizados e com observância da ordem pública e aos bons costumes.
> [...]
> Em outras palavras, não somos tão livres para contratar como pensamos. Ao contrário, estamos direcionados para assumirmos obrigações em busca de uma vida melhor, como exigência de respeito e sucesso no meio social. Tudo programado pelo ideal consumerista que desde cedo ensinamos aos nossos filhos.

A boa-fé objetiva é um princípio geral, aplicável ao direito das obrigações, especialmente em relação a sua principal fonte: os contratos, e que agora, diga-se, desde o advento do Código Civil de 2002, veste o manto de regra legal em sentido estrito, ainda que aberta.

Também se dá à aplicação de sentido hermenêutico-integrativo, com vistas à interpretação da declaração de vontade, ajustando a relação jurídica à função social (e econômica) determinável no caso concreto.

Em outras palavras, segundo o ótimo e elucidativo entendimento de Cibele Pinheiro Marçal Cruz e Tucci[8]: *"conferem-se efeitos jurídicos à justa e razoável expectativa de produção dos resultados práticos que normalmente adviriam do negócio (o fim típico), tomadas as circunstâncias especiais de cada caso concreto, ainda que o rigor formal da lei ou a interpretação literal do contrato estabeleça a produção de efeitos diversos. Cuida-se de prestigiar a confiança do contratante na lealdade sugerida pelos costumes e, por isso mesmo, tornada exigível da contraparte."*

A teoria da boa-fé objetiva ajusta-se melhor à ideia de que o contrato, muito mais do que uma relação jurídica bipolarizada, constitui um processo à custa do qual as partes buscam a consecução de fins previamente estabelecidos, mediante a reunião de esforços e cooperação mútua. O fim comum do contrato é a satisfação dos interesses contrapostos das partes.

Considerando a magnitude do tema, que à reboque expressa a figura da probidade, vale e muito fazer nova menção ao mesmo trabalho de Ramon Mateo Junior[9]: *"A boa-fé objetiva é concebida como uma regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração de que todos os membros da sociedade são juridica-*

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 265 21/10/2015 14:33:45

mente tutelados, antes mesmo de serem partes nos contratos. O contraente é pessoa e como tal deve ser respeitado. [...] Esse comportamento pode ter como paradigma o amor ao próximo pregado pelo Cristianismo. Sem dúvida, não há melhor parâmetro para se verificar a retidão de um comportamento."

Quem, por qualquer motivo, defende a eficácia de tais cláusulas, age imantado de má-fé e contrariamente àquilo que se tem como mais arejado e avançado em termos de direito.

Mesmo antes de todas estas figuras legais acima reportadas, suficientemente hábeis para o espancamento de qualquer discussão a respeito do assunto, os operadores do direito, com base na jusfilosofia inclusive, já comungavam de tal posicionamento, como atesta a sentença, abaixo parcialmente reproduzida, da lavra do magistrado Amable Lopes Soto, nos autos do Processo 1.867/97, tramitado pela Décima Vara Cível de Santos (o julgado trata também do transporte marítimo, mas pode e deve ser aplicado ao transporte aéreo por saudável analogia):

> Vejamos agora a assertiva da cláusula de máximo de indenização.
> Como bem afirmou a autora, a tese de limitação é, *in casu*,"ilegal, antipatriótica e amoral".
> O Supremo Tribunal Federal já firmou que é nula a cláusula de não indenizar (Súmula 161) e, pelas mesmas razões, nula também é a cláusula que restringir a indenização.
> Toda mercadoria tem um preço e sobre este, aliado a outros fatores, tais como peso e volume, extrai-se o preço do frete.
> Ora, não é dado ao importador influir no contrato de transporte, via de regra não tem o direito sequer de escolher o transportador, sendo pois a limitação da responsabilidade uma violência aos interesses do importador que causa tão-somente a incerteza de receber a mercadoria transportada e pré-paga.
> À luz do Código do Consumidor, há flagrante abuso econômico, viciando a livre manifestação de vontade.
> Sendo assim, devemos ter a cláusula como não escrita, por consequência, responde o transportador pelo dano causado, na sua integralidade.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 266 21/10/2015 14:33:45

Especificamente sobre o transporte aéreo, mas sendo perfeitamente aplicável aos demais modais de transporte, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou expressamente, pondo derradeira pá de cal no tema limitação de responsabilidade:

> Recurso Especial nº 224.554 – SP (1999/0067188-0)
> Relatora: Ministra Nancy Andrighi
> Agravante: Tap Air Portugal
> Agravada: Bradesco Seguros S/A
> Ementa: Processual civil. Agravo nos Embargos de Declaração no Recurso Especial. Transporte aéreo. Extravio de mercadoria. Código de Defesa do Consumidor. Aplicação. Prescrição. Prazo.
> Aplicam-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor à reparação por danos provenientes de extravio de mercadorias, ocorrido em transporte aéreo internacional, e não a responsabilidade tarifada da Convenção de Varsóvia.
> A prescrição da pretensão indenizatória por danos decorrentes do extravio de mercadoria, objeto de transporte aéreo, ocorre em 20 anos, de acordo com o Código Civil, e não em 30 dias, como na reclamação por vício de serviço amparado pelo CDC.
> Agravo a que se nega provimento
> (publicado DJU em 25.02.02)
>
> Responsabilidade civil – Extravio de mercadoria – Transporte aéreo – Aplicação dos princípios insculpidos pelo CDC – Reparação integral dos danos causados.
> I – Os limites indenizatórios constantes da Convenção de Varsóvia não se aplicam à relações jurídicas de consumo, uma vez que, nas hipóteses como a dos autos, deverá haver, necessariamente, a reparação integral dos prejuízos sofridos.
> II – Recurso Especial conhecido e provido.
> <u>Voto do Relator:</u>
> "Isso porque, este tipo de avença encontra-se sob o império da mencionada lei, eis que a empresa transportadora enquadra-se na definição de fornecedor do artigo 3º, bem como o serviço por ela prestado ajusta-se à noção de serviço constante do § 2º."

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 267 21/10/2015 14:33:45

(STJ – Relator: Min. Waldemar Zveiter; Acórdão Unânime da 3ª Turma; julg. 19.02.2001; Recurso Especial nº 218.383-SP (1999/0050313-9)

Pois bem.

Os adversários do presente e sólido entendimento fazem verdadeira ginástica jurídica para emprestar à cláusula limitativa de responsabilidade a moralidade que ela não tem, até por ser cláusula abusiva e que gera o desequilíbrio nas relações contratuais.

Esquecem-se os defensores, convenientemente, que o sistema legal brasileiro dispõe que a indenização há de ser sempre ampla e integral. A Constituição Federal, aliás, é quem assim determina no rol dos direitos e garantias fundamentais, de forma que toda e qualquer discussão em torno do assunto não pode deixar de considerar a imperiosidade da ideia legal de "reparação civil do dano integral e mais ampla possível".

Contrariando o posicionamento sólido dos tribunais brasileiros, incluindo os superiores, lançam luzes numa única decisão do STJ a favor da cláusula, ignorando, maliciosamente, as particularidades do caso concreto que a ensejou e a sua não aplicação aos casos simples de descumprimentos obrigacionais.

Teses acerca de aplicação, por meio de sofisticada, mas vazia, interpretação sistêmica, de uma ou outra convenção internacional, também são constantemente lançadas, tudo com o objetivo deliberado de se conquistar, num dado caso concreto, uma vantagem supostamente legal, mas que em essência é antijurídica, ilegal e imoral.

Nenhuma convenção internacional de qualquer natureza pode limitar a responsabilidade do transportador aéreo, porque as convenções que a autorizam e a fazem presente no contrato de transporte aéreo são contrárias ao direito brasileiro como um todo, devendo, portanto, ser afastadas ou aplicadas com ressalvas, ignorando-se o tema limitação de responsabilidade.

Se a parte que litiga contra o transportador aéreo for seguradora da carga, legalmente sub-rogada após o pagamento da indenização ao segurado, o consumidor original, o credor primitivo, da obrigação de transporte, ainda mais sem sentido se torna a alegação da limitação contratual.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 268 21/10/2015 14:33:45

Isso porque a seguradora não foi parte, nem mesmo por estipulação, do contrato de transporte (com termos impostos pelo transportador aéreo, unilateralmente), e a discussão do pagamento do suposto *frete ad valorem*, cai por terra, vê-se ferido de morte.

Não pode o direito ser acutilado de forma tão traumática por uma disposição contratual, especialmente uma da qual a seguradora não foi parte efetiva.

Se a discussão em torno do chamado frete *ad valorem* já não tem sentido relativamente ao consignatário da carga – na medida em que a suposta liberdade de escolha é uma forma de coação às avessas, com oneração excessiva e inviável do custo de transporte –, ainda mais sem sentido e até mesmo imoral, além de ilegal, a imposição ao segurador sub-rogado.

Prevalecendo tal entendimento, a sub-rogação seria atingida visceralmente e, com ela, o enunciado da Súmula 188 do STF que diz: "*O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até ao limite previsto no contrato de seguro.*"

Ora, em termos práticos, o segurador não conseguiria o ressarcimento do valor integral que pagou ao segurado e isso geraria a afronta do seu direito e da súmula em destaque.

O reflexo seria imediato no campo do direito securitário e, por sua vez, na economia como um todo, com desdobramentos sérios e complexos.

A limitação de responsabilidade, é preciso que se diga, facilitaria e facilitará, se reconhecida pelo Poder Judiciário, a vida dos transportadores eivados de má-fé. Cargas de elevados valores agregados seriam extraviadas e aos transportadores bastaria pagar as indenizações tarifadas, de tal maneira que, para eles, a máxima de que o crime não compensa não seria verdadeira. O crime seria e será algo compensador, ao menos aos transportadores inidôneos e que não zelam por seu bom nome empresarial.

E não é sem sentido a preocupação com a criminalidade, especialmente num meio volátil como o maritimista em que poucos são os armadores verdadeiramente sérios e absolutamente idôneos.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 269 21/10/2015 14:33:45

Tal preocupação e outras menos graves diz respeito à racionalização dos contratos de adesão e da preocupação de se coibir as cláusulas abusivas.

Sempre é bom relembrar que, a rigor, a cláusula que limita a responsabilidade, em tudo equiparada à cláusula de não indenizar, é abusiva por excelência.

A verdade é que a cláusula limitativa de responsabilidade, à luz do caso concreto, deve ser interpretada sempre "contra proferente", ou seja, contra quem a proferiu, uma vez que redigida exclusivamente pelo transportador, pelo fornecedor do serviço.

Exatamente o que afirma Wanderley Fernandes*: "Nos contratos de adesão, essa regra de interpretação tem sido plenamente admitida pela doutrina e pela jurisprudência. No Brasil, a regra da* interpretatio contra proferentem *alçou condição de regra legal de interpretação, nos termos do artigo 423 do Código Civil*" (*Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*, São Paulo: Saraiva, 2013).

Ora, ainda que se queira aceitar a validade e a eficácia da cláusula limitativa de responsabilidade, não se poderia deixar de ter em alça de mira tal e inafastável critério de interpretação.

Em sendo assim, aos olhos do direito brasileiro, somente uma hipótese poderia contemplar, eventualmente, em caráter extraordinário, muito especial, a aplicação (e mesmo assim calibrada) da limitação: um grande sinistro com a perda total do navio e de todas as cargas, desde que não houvesse prova de conduta manifestamente culposa do navio e, ainda, o perdimento das cargas fosse de tal envergadura econômica, de tal impacto, que a sobrevivência da empresa restasse comprometida (tudo segundo os ditames da teoria da preservação da empresa e conforme singularidades do sinistro).

Vê-se, portanto, o caráter essencialmente excepcional de aplicação da limitação.

Nos sinistros cotidianos, caracterizados por faltas e avarias, com ou sem a presença, num caso concreto, de avaria grossa, o fato é que não se aplica a cláusula limitativa de responsabilidade, tendo-se em conta o mosaico vasto de vícios legais que ela contém.

A limitação é um benefício que, a despeito de sua abusividade, impertinência e antijuridicidade, só pode ser aplicado e restritivamente em

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 270 21/10/2015 14:33:45

casos extremamente pontuais e extraordinários, tendo-se por objetivo a defesa de bens maiores e, ainda assim, sem prejuízos acentuados às vítimas diretas dos casos, os donos de cargas ou seu seguradores.

Tudo dentro de uma dinâmica de equilíbrio e busca da justiça, observando-se o arquétipo da função social da obrigação contratual.

Nada disso, porém, se harmoniza com o sinistro simples, grave ou não, contornado ou não por avaria grossa, muito menos a ideia de culpa em sentido estrito. A inexecução da obrigação de resultado assumida deve, a rigor, propiciar a reparação civil mais ampla possível, compensando-se a parte credora e punindo-se a devedora.

Há componente de justiça em tal concepção do direito, e quando se defende a justiça, defende-se a moral, experiência que a defesa da limitação de responsabilidade insiste em deixar de lado.

O transportador que não cumpre fielmente sua obrigação contratual não pode ser contemplado com a limitação do seu dever jurídico de indenizar, especialmente por conta de disposição contratual abusiva.

O transportador que não cumpre fielmente sua obrigação contratual não pode ser contemplado com a limitação do seu dever jurídico de indenizar

Aliás, impressionante a insistência dos transportadores, em lides forenses, no sentido de buscarem, mesmo após reiteradas derrotas nos casos concretos, arrastarem os processos com recursos especiais, valendo-se eventuais divergências jurisprudenciais.

Tais recursos morrem nos juízos de delibações, pois o STJ não pode rediscutir provas, e a limitação de responsabilidade, ao menos no transporte aéreo, é contratual, não convencional. Logo, impedido o STJ de analisar o contrato novamente e, portanto, a tese da limitação.

Mesmo assim, sem constrangimento algum, as alegações são feitas e os processos atrasam sobremodo, mais pela má-fé dos transportadores do que por culpa de qualquer outro fator.

Daí a importância dos juros moratórios de 1% ao mês de litígio, um mecanismo de calibragem capaz de conferir justiça pela demorada na so-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 271 21/10/2015 14:33:45

lução de uma lide. A verdade é que o transportador assume uma obrigação de resultado e tem o dever de cumpri-la fielmente.

Não pode mitigar, quando da inexecução, os seus deveres, por conta de limitações tarifadas, especialmente quando estas são inseridas num contexto de flagrante abusividade.

Defender o contrário é, a um só tempo, desprestigiar a tradição jurídica brasileira, afrontar a lei e virar as costas à moral.

O tema, reconhecemos, é controverso e exige muita atenção. Ainda muita tinta será consumida até que se tenha uma orientação absolutamente segura, mas, gostamos de pensar, a justiça prevalecerá e o conceito constitucional de reparação civil ampla e integral será vitorioso e efetivamente reconhecido, pondo-se pá de cal nessas disposições abusivas. Mas, ainda que se queira reconhecer a validade e a eficácia de tais cláusulas, sentimo-nos seguros em afirmar que somente nos casos de riscos de voos elas incidem e incidirão, nunca nos casos comuns de extravios, avarias e problemas diversos com as cargas confiadas para transportes.

Nunca, pois, é demais realçar que mesmo que em sendo eventualmente reconhecida a validade e a eficácia da cláusula (ou norma convencional) de limitação de responsabilidade, sua aplicação somente é cabível em caso de sinistro decorrente de um evento típico do chamado "risco de voo" (desastre aéreo), jamais para casos simples de faltas e avarias em contratos de transportes de cargas.

Por isso, bem como pelo entendimento sólido do Superior Tribunal de Justiça, a limitação de responsabilidade não tem guarida no sistema legal brasileiro.

E nem poderia ser diferente, já que o mesmo sistema legal trata de forma rigorosa, porém justa e necessária, as questões que se conectam à natureza jurídica do contrato de transporte aéreo de carga e a responsabilidade civil do transportador aéreo.

A saber:

O contrato de transporte aéreo de cargas caracteriza-se por obrigação de fim, também conhecida como obrigação de resultado.

Assim, o transportador aéreo obriga-se pelo resultado convencionado, qual seja, entregar a carga confiada para transporte nas mesmas condições gerais em que recebidas para o transporte.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 272 21/10/2015 14:33:45

Se o resultado positivo não for alcançado pelo transportador aéreo, o contrato de transporte não será aperfeiçoado.

O não aperfeiçoamento do contrato de transporte implica inexecução da obrigação assumida pelo transportador e, com ela, a figura da responsabilidade civil.

No plano do direito das obrigações, mais especificamente da teoria geral dos contratos, a responsabilidade decorre do inadimplemento.

Rui Stoco[10], ensina que *"a responsabilidade é, portanto, resultado da ação pela qual o homem expressa o seu comportamento, em face desse dever de obrigação. Se atua na forma indicada pelos cânones, não há vantagem, porque supérfluo em indagar a responsabilidade daí decorrente*".

E prossegue Rui Stoco[11] afirmando: "*O que interessa, quando se fala de responsabilidade, é aprofundar o problema na face assinalada, de violação da norma ou obrigação diante da qual se encontrava o agente*."

Este é exatamente o nosso propósito, aprofundar o tema da responsabilidade civil contratual do transportador aéreo, enfocando seus deveres jurídicos e as particularidades do tema no cenário forense brasileiro.

Ao falarmos da responsabilidade civil do transportador aéreo, temos que considerar que ela pode ser de duas ordens: 1) objetiva e contratual ou 2) subjetiva e extracontratual.

A segunda, que não será tratada neste arrazoado, diz respeito aos danos provocados por conta de acidentes aéreos, relativamente às vítimas não vinculadas aos transportadores por elementos contratuais (passageiros ou donos de cargas). Falamos de todos aqueles afetados por um sinistro ou qualquer ato danoso provocado por um transportador aéreo fora do contexto do contrato de transporte. Por exemplo: a queda de uma aeronave num lugar habitado e que provoca danos patrimoniais e pessoais.

Não obstante, a doutrina, repercutindo a jurisprudência, admite a aplicação da teoria objetiva imprópria mesmo nos casos de sinistros extracontratuais, haja vista a atividade diferenciada e de elevado risco do transportador aéreo, de tal modo que ele quase sempre responderá objetivamente pelos danos a que (direta ou indiretamente) der causa.

Já a primeira, a responsabilidade objetiva e contratual, é aquela que nos interessa neste trabalho e trata dos contratos de transportes de pessoas e de cargas. Os danos provocados pelo transportador aéreo aos passa-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 273 21/10/2015 14:33:45

geiros e às cargas seguem todos os postulados da responsabilidade contratual e, consequentemente, os ditames da teoria objetiva imprópria em termos de responsabilidade civil.

Para melhor orientação dos estudos, enfatizamos que somente os contratos de transportes aéreos de cargas serão abordados neste trabalho, sendo deliberadamente ignorados os temas ligados aos transportes de passageiros, por mais sedutores que possam ser.

Pois bem.

Nesse sentido, começamos com a afirmação de que, no âmbito contratual, a responsabilidade civil do transportador aéreo, a exemplo dos transportadores em geral, é regida pela teoria objetiva imprópria.

A teoria objetiva imprópria é aquela em que a culpa do transportador, havendo inadimplemento do contrato de transporte, é sempre presumida (em verdade, a expressão mais apropriada é presunção de responsabilidade, ao invés de presunção de culpa, ora utilizada porque existem muitas decisões judiciais e muitos comentários doutrinários importantes que usam tal expressão).

É a presunção legal de culpa que se origina da condição de devedor da obrigação imediata do contrato de transporte, isto é, "*transportar de um lugar para outro*" (art. 730, CC), a *carga*[12] confiada.

Representa verdadeiro postulado do direito brasileiro a responsabilidade civil objetiva do transportador em razão de faltas ou avarias havidas às cargas entregues para transporte.

Assim, é certo dizer que o transportador responde pelo que é e não exatamente pelo que fez, uma vez que sua culpa é presumida em razão da condição de ser transportador, tenha ou não, ao menos inicialmente, agido com culpa no evento danoso.

Num determinado caso concreto, o transportador só conseguirá eximir-se dessa presunção legal de culpa provando a existência de alguma das causas excludentes de responsabilidade previstas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Isso vale para os transportadores de cargas em geral, qualquer que seja o modal de transporte, e, com mais razão, ao transportador aéreo de carga, segundo dispõem todas as regras legais hábeis para disciplinar sua responsabilidade civil.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 274 21/10/2015 14:33:45

Várias são as fontes legais que tratam dessa modalidade de responsabilidade. Cumpre mencionar que a responsabilidade civil contratual do transportador aéreo é um dos poucos temas do direito em que a existência de muitas fontes legais não gera o caos, mas, antes, a perfeita harmonia, sendo possível interpretação sistêmica das regras legais, sem se falar em conflito aparente de normas (trata-se da famosa teoria do diálogo entre as fontes legais).

Permeando-se o ordenamento jurídico, tem-se a moral e o bom senso, elementos presentes no dever de custódia inerente à *cláusula de incolumidade*, figura principiológica do direito que se faz presente em toda e qualquer regra que trata da responsabilidade civil do transportador de carga.

Dentre as fontes legais concernentes à matéria, a mais tradicional retroage ao início do século passado, qual seja: o Decreto Legislativo (lei federal) 2.681, de 1912, mais conhecido como "Decreto das Estradas de Ferro" (também "Decreto dos Transportes"). Suas regras são extensíveis, por ampliação jurisprudencial, também aos casos envolvendo os transportadores aéreos de cargas.

O Decreto Legislativo 2.681/12, aplicável aos transportadores em geral, extremamente vanguardista à época de sua promulgação, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, razão pela qual se encontra em pleno vigor, produzindo todos os efeitos jurídicos a que se destina seu fulminante conteúdo, notadamente o estabelecimento da responsabilidade objetiva do transportador.

Com efeito, diz claramente o Decreto Legislativo 2.681/12: *"Art. 1º – será sempre presumida a culpa do transportador."*

Vê-se, nas letras do referido dispositivo legal, a adoção plena e expressa do conceito de responsabilidade objetiva para regrar a situação jurídica dos transportadores – posição que influenciou, de certo modo, a responsabilidade civil contratual em geral.

Referida norma jurídica foi elaborada, como já se disse, para disciplinar a responsabilidade civil dos transportadores ferroviários, tanto assim que é mais conhecido pela expressão "Decreto das Estradas de Ferro". Mas, ao longo dos tempos, por analogia, passou a regrar todo e qualquer modal de transporte, especialmente o aéreo.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 275 21/10/2015 14:33:45

A propósito, diz Carlos Roberto Gonçalves[13]:

> No direito brasileiro a fonte dessa responsabilidade encontra-se na Lei n. 2.681, de 7 de dezembro de 1912, que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. Tal lei, considerada avançada para a época em que foi promulgada, destinava-se a regular, tão-somente a responsabilidade civil das estradas de ferro. Entretanto, por uma ampliação jurisprudencial, teve a sua aplicação estendida a qualquer outro tipo de transporte: ônibus, táxis, lotações, automóveis, etc. Inicialmente, referida lei teve a sua aplicação estendida aos bondes elétricos, dada a sua semelhança com os trens. Posteriormente, a ideia foi transferida para os ônibus, automóveis e todas as espécies de transportes, até mesmo os elevadores.

Infere-se do Decreto Legislativo 2.681/12 que a obrigação do transportador aéreo de carga é a de resultado, devendo ele entregar os bens confiados para o transporte em idênticas condições às recebidas, sob pena de se configurar, a rigor, o inadimplemento da obrigação assumida e, com ela, a respectiva responsabilidade.

A mesma inferência se faz relativamente às demais fontes legais que tratam do assunto, dentre as quais o Código Brasileiro de Aeronáutica, o Código Civil e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, todas reconhecidas e constantemente aplicadas pelo Superior Tribunal de Justiça.

As regras do passado, que continuam vigendo e se harmonizam com as regras do presente, orientam a matéria num único e incontestável sentido, já mencionado e ressaltado: o transportador responde pelo o que é e não apenas pelo o que faz no mundo dos fatos.

Obrigação e responsabilidade são faces de uma mesma moeda. O descumprimento de uma obrigação faz surgir a responsabilidade. No caso específico do transportador aéreo de cargas, o simples inadimplemento do dever jurídico de entregar a carga no lugar de destino em perfeitas condições importa responsabilidade de reparação dos prejuízos, tenha ou não o transportador agido com culpa.

No instante em que recebe os bens, o transportador aéreo assume a mesma natureza de um depositário. A natureza jurídica de depositário implica dever objetivo de cuidado, nas modalidades guardar, conservar e

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 276 21/10/2015 14:33:46

restituir. Somente com a efetiva e boa entrega dos bens a quem de direito, é que o negócio jurídico a que o transportador estava vinculado se aperfeiçoa, extinguindo-se de pleno direito.

Dá-se a isso, a esse dever, o nome de *dever de custódia*, algo comum ao depositário e ao transportador, próprio da cláusula de incolumidade.

Havendo qualquer dano nos bens, é imputada ao transportador a presunção de responsabilidade (e, mesmo, de culpa) independentemente de prova específica em tal sentido (a responsabilidade pelo descumprimento da relação obrigacional).

Presunção legal de culpa só poderá ser afastada mediante prova da existência de alguma causa excludente de responsabilidade prevista no sistema legal brasileiro, ou seja, vício de origem (vício de embalagem ou culpa exclusiva do credor), caso fortuito ou força maior. Daí falar-se em inversão do ônus da prova.

O dono da carga (extraviada ou avariada) não precisa provar a culpa do transportador; mas é o transportador quem tem que se ocupar em provar sua inocência

Basicamente, a responsabilidade civil contratual do transportador aéreo trabalha com dois sólidos pilares, um próprio do direito material, culpa presumida, outro originário do direito instrumental, mas com reflexos imediatos no direito material, inversão do *onus probandi*.

Inverter o ônus da prova é obrigar o transportador, querendo afastar a presunção legal de culpa inerente ao inadimplemento contratual, a produzir prova sobre a existência de alguma causa legal excludente de responsabilidade suficientemente hábil para justificar o não aperfeiçoamento do contrato de transporte.

O dono da carga (extraviada ou avariada) não precisa provar a culpa do transportador; mas é o transportador quem tem que se ocupar em provar sua inocência, diga-se, ausência de culpa.

É o que determina a lei e o que entende a doutrina brasileira.

Agostinho Alvim[14], por exemplo, discorre: *"Realmente, a obrigação do transportador é de fim e não de meio. Não se obriga ele a tomar providências e cautelas necessárias para o bom sucesso do transporte; obriga-se pelo fim, isto é, garante o bom êxito. Daí a apreciação rigorosa da sua responsabilidade."*

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 277 21/10/2015 14:33:46

Enfim, tratando-se de contrato de transporte, é obrigação de o transportador conduzir a carga, sem qualquer dano, ao destino. Se, ao término da viagem, a carga apresentar danos, é evidente que o transportador não deu cabal desempenho à obrigação assumida, respondendo objetivamente por falta contratual. Daí a conclusão de que a responsabilidade do transportador começa desde o momento em que recebe a carga e só se expira depois que a entrega no lugar convencionado e a quem de direito, sendo que as perdas ou avarias acontecidas correm por sua conta, salvo se provenientes de vício próprio, força maior ou caso fortuito, competindo ao transportador, porém, provar a concreta ocorrência de uma destas causas legais excludentes de responsabilidade[15].

Nesse mesmo sentido, embora discorrendo sobre o transportador marítimo de carga, Luís Felipe Galante[16] afirma:

> O transportador marítimo é responsável pelas avarias ou extravios de mercadorias confiadas ao seu transporte de forma objetiva, isto é independentemente de culpa. Em outras palavras, ocorrendo problemas, ocorrendo problemas com a carga embarcada, ele está a priori obrigado a ressarcir o dono das mercadorias dos prejuízos sofridos, tenha agido ou não com culpa no episódio. Essa obrigação decorre da sua condição de depositário da carga a bordo, pois todo o depositário, como guardião que é da coisa alheia, está obrigado a restituir a coisa depositada tal como ela lhe foi entregue.

Considerando que os arquétipos da responsabilidade civil são os mesmos para os modais marítimo e aéreo, o entendimento de Galante é ora aproveitado com propriedade, especialmente no que diz respeito à comparação entre transportador e depositário, ambos devedores de obrigações de resultado chanceladas com a dita cláusula de incolumidade, o dever de custódia.

Entende-se por depositário, no plano do direito das obrigações, todo aquele que tem o dever jurídico-contratual de guardar um bem até que a outra parte o reclame.

O Código Civil de 1916 já disciplinava essa regra no seu artigo 1.265, *caput*: *"Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame."*

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 278 21/10/2015 14:33:46

Redação que foi integralmente mantida pelo Código Civil de 2002, artigo 627.

A manutenção da regra do antigo Código Civil evidencia o quão tradicional é a obrigação do depositário dentro do cenário jurídico brasileiro.

O contrato de depósito obriga o depositário aos deveres objetivos de guardar, conservar e restituir a coisa depositada, tendo na custódia desta o cuidado e a diligência que costuma ter com o que lhe pertence.

Esse é exatamente o comando que se extrai da redação do artigo 629 do Código Civil: *"O depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e a diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como a restituí-la, com todos os frutos e acrescidos, quando lhe exija o depositante*", cujo enunciando bisou a regra do artigo 1.266 do Código Civil de 1916.

No universo do direito dos transportes, tem o transportador de cargas os mesmos deveres objetivos do depositário, de tal modo que a comparação ora traçada cabe como luva à mão.

Tratando-se de contrato de depósito, não há que se falar a respeito da eventual investigação, pelo interessado, da conduta culposa do depositário, uma vez que esta é sempre presumida. O depositário tem a sua responsabilidade civil regida pela teoria objetiva imprópria, logo é irrelevante verificar, no mundo dos fatos, se ele culposamente contribuiu ou não para o dano havido ao bem que lhe foi contratualmente confiado. Haja ou não culpa num dado caso concreto, o depositário é, sempre, presumidamente responsável. Ele, o depositário, responde pelo que é e não pelo que fez ou deixou de fazer. Daí dizer-se que a sua responsabilidade é a de natureza contratual-objetiva.

Vê-se, tanto em termos legais como em conceituais, que o que vale para o depositário, vale igualmente para o transportador aéreo, como para os transportadores de carga em geral.

Tal e qual o depositário, o transportador deve guardar, conservar e restituir (entregar) o bem que lhe foi confiado no mesmo estado geral em que recebido, presumindo-se sua culpa por qualquer anormalidade.

Waldemar Ferreira[17], ao tratar do contrato de transporte e sua natureza jurídica, foi muito feliz ao conceituá-lo concomitantemente a responsabilidade do transportador, comparando-o ao contrato de depósito, a saber:

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 279 21/10/2015 14:33:46

> O CONTRATO DE TRANSPORTE E O DEPÓSITO. – Desmanchando-se o contrato de transporte em seus elementos constitutivos, salienta-se o de receber o condutor ou transportador, pessoa natural ou jurídica, a coisa móvel, que se incumbe de remover, encarregando-se de conservá-la em perfeito estado, a fim de entregá-la no ponto de destino. Investe-se, portanto, de obrigação idêntica à do depositário. Este recebe a coisa móvel, para guardar, até que o depositante a reclame. Obriga-se a ter, para guardá-la e conservá-la, o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como restituí-la.

A comparação com a obrigação de depósito é muito apropriada, porque ambos os devedores, transportador e depositário, assumem deveres contratuais ligados ao resultado concreto: entregar a coisa móvel a quem de direito e no mesmo estado recebido.

A diferença entre ambas as obrigações, acentua o mesmo e sempre renomado Waldemar Ferreira[18], está *"em que, no depósito, restitui-se no lugar de entrega. No transporte, em outro, na mesma ou diversa localidade"*, donde se infere a dinâmica especial do contrato de transporte e, por conseguinte, sua importância invulgar não só para o mundo do direito, mas para o meio social como um todo.

Eis o motivo pelo qual é correto equiparar as obrigações do transportador aéreo com as do depositário. É feliz a comparação porque ela é revestida de lógica jurídica e tem a capacidade de fazer a justaposição da norma com o contexto fático. Explica-se: o transportador aéreo, ao receber os bens contratualmente confiados para o transporte, deve, antes, guardá-los e conservá-los, para, depois de feita a viagem marítima, restituí-los, entregá-los, a quem de direito e no local de destino.

Isso, aliás, está explicitamente disposto no Código Civil, com a seguinte redação: "*Art. 749. O transportador conduzirá a coisa ao seu destino, tomando todas as cautelas necessárias para mantê-la em bom estado e entregá-la no prazo ajustado ou previsto*."

O texto legal evidencia os já comentados deveres objetivos de cuidado, a natureza finalista da obrigação de transporte e o dever geral de cautela que se exige do transportador de carga.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 280 21/10/2015 14:33:46

Evitando comentar questões mais específicas ao direito dos transportes (direito da navegação aérea), é tecnicamente certo dizer que o comandante do avião é aquele que representa o transportador aéreo nas viagens de transportes de cargas.

O comandante é responsável pela tripulação e por todos os atos relativos ao contrato de transporte.

É ele que, por exemplo, pode e deve recusar a carga entregue para embarque, se constatar algumas das hipóteses previstas nos artigos 746 e 747 do Código Civil.

Não desconsideramos que, no mundo dos fatos, os atos ligados aos artigos em destaque sejam efetuados por algum outro tripulante ou empregado do transportador aéreo; todavia, ao comandante recai, juridicamente, a responsabilidade.

> Art. 746. Poderá o transportador recusar a coisa cuja embalagem seja inadequada, bem como a que possa pôr em risco a saúde das pessoas, ou danificar o veículo e outros bens.
>
> Art. 747. O transportador deverá obrigatoriamente recusar a coisa cujo transporte ou comercialização não sejam permitidos, ou que venha desacompanhada dos documentos exigidos por lei ou regulamento.

Se o comandante do avião falhou em uma de suas obrigações profissionais, e em razão desta falha causou danos nos bens confiados para o transporte, é inequívoca a caracterização da sua culpa.

A culpa do comandante é absorvida diretamente pelo transportador, já que o comandante, na melhor forma de direito, é preposto do transportador.

E isso mesmo no caso de o transportador (de direito), por força de um dos muitos contratos existentes no direito dos transportes, não possuir vínculo específico com o comandante (fala-se, por exemplo, do afretador de aeronave ou de um agente de cargas que assume a obrigação de transporte, mas a realiza por meio de outro transportador).

Assim, o comandante do avião é preposto de todo aquele que, em relação ao avião e às cargas, assume as vezes de transportador.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 281 21/10/2015 14:33:46

A responsabilidade do comandante de aeronave pode ser comparada ao do capitão de um navio mercante, de tal modo que a ele, por analogia, se aplica o disposto no artigo 519 do Código Comercial: "*Art. 519. O capitão é considerado verdadeiro depositário da carga e de quaisquer efeitos que receber a bordo, e como tal está obrigado à sua guarda, bom acondicionamento e conservação, e à sua pronta entrega à vista dos conhecimentos (arts. 586 e 587).*"

A responsabilidade do comandante a respeito da carga principia a correr desde o momento em que a recebe e continua até o ato da sua entrega no lugar que se houver convencionado, ou que estiver em uso no porto da descarga, como, aliás, é a do transportador aéreo de carga em si, à luz do artigo 750 do Código Civil: "*Art. 750. A responsabilidade do transportador, limitada ao valor constante do conhecimento, começa no momento em que ele, ou seus prepostos, recebem a coisa; termina quando é entregue ao destinatário, ou depositada em juízo, se aquele não for encontrado*."

Dada a indispensabilidade do comandante em relação ao transporte aéreo, tem-se por certa sua condição de preposto do transportador aéreo, seja pela prévia existência de relação jurídica entre ambos, seja por meio da tradição jurídica própria do direito dos transportes, sendo de se comentar a qualidade de proposto ficto.

Assim colocada a questão, é de se afirmar que o transportador responde pelos atos do comandante e, mais, responde objetivamente, sendo irrelevante a apuração da culpa deste pelo órgão administrativo com competência restrita para apurar atos e fatos da navegação aérea.

O direito brasileiro dispõe que todo empregador, ou equiparado legal, responde objetivamente pelas condutas de seus empregados ou prepostos.

Cuida-se, demais, de matéria sumulada pelo Supremo Tribunal Federal: "*STF – Súmula 341 – É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.*"

Tal enunciado de súmula é bem empregado no caso específico do transportador aéreo, este entendido como aquele que assumiu o dever jurídico contratual de transportar coisas e a pessoa natural efetivamente responsável pelo transporte em seu nome, o comandante do avião. O transportador aéreo, a quem se incumbe bem escolher os seus prepostos ou representantes, responde pelos atos do comandante não porque tenha

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 282 21/10/2015 14:33:46

dado causa direta pelo fato danoso, mas sim pelo que é, pela natureza da relação jurídica que tem com o seu preposto e, sobretudo, pelo modo como se apresenta perante o terceiro que com ele celebra o contrato de transporte aéreo de carga.

Com ou sem apuração da culpa do comandante do avião, o transportador somente conseguirá afastar sua presunção de culpa pelo evento danoso se, todo o modo, conseguir provar a existência de alguma causa legal excludente de responsabilidade.

A responsabilidade civil do transportador aéreo de carga também está disciplinada no Código Brasileiro de Aeronáutica, em seus artigos 246 a 287. Mas, esse código trata a matéria de forma um pouco insegura e até mesmo duvidosa, pois ao mesmo tempo em que regula a responsabilidade do transportador, abre muitos espaços para a fuga dessa mesma responsabilidade, sem o mergulho correto e civilista nas chamadas causas legais excludentes de responsabilidade, donde enxergamos a constante necessidade de integração das muitas fontes legais para a matéria.

O transportador conseguirá afastar sua presunção de culpa pelo evento danoso se conseguir provar a existência de alguma causa excludente de responsabilidade

O Código Brasileiro de Aeronáutica, contudo, não é aplicado aos transportes internacionais de cargas, mas apenas aos nacionais, o que limita, ao menos teoricamente, sua abrangência e aplicação.

Falamos em limitação teórica porque, em termos práticos, ele se faz presente nos transportes internacionais, na medida em que suas regras foram diretamente inspiradas, para não dizermos espelhadas na Convenção de Varsóvia.

Por isso, não são poucos os julgados dispondo que o Código Brasileiro de Aeronáutica também era e é aplicável aos transportes internacionais.

A discussão perdeu fôlego porque, ainda no vácuo da teoria do diálogo entre as fontes legais, outras regras surgiram de lá para cá e passaram a disciplinar com mais detalhamento o transporte aéreo de carga, especialmente seu braço internacional.

O Código Civil e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor são os dois diplomas legais que mais atuam na matéria e oferecem excelente

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 283 21/10/2015 14:33:46

plêiade de regras legais para tratar do contrato de transporte e da responsabilidade civil do transportador aéreo de carga.

Daí nossa convicção de que, seja qual for o prisma de análise de um caso, seja qual for a fonte legal válida para os contratos de transportes aéreos de cargas, a responsabilidade civil do transportador será sempre objetiva, pautada na presunção legal de culpa e na inversão do ônus da prova, não se cogitando em limitação de responsabilidade, e somente exonerável mediante prova expressa da existência de alguma causa legal excludente de responsabilidade.

Das causas excludentes legais de responsabilidade

Três são as causas excludentes de responsabilidade do transportador:

Vício de origem

Caso fortuito

Força maior

O vício de origem abraça outras modalidades: vício de embalagem, culpa exclusiva do credor da obrigação de transporte e vício redibitório.

Vício de origem é o vício existente na própria coisa confiada para transporte.

Em outras palavras, é o vício ou defeito oculto da coisa já existente quando da entrega para o transporte aéreo, que impede sua utilização ou importa desvalorização.

Ora, se os danos constatados nos bens confiados para transporte aéreo preexistiam ao próprio transporte, não há que se falar em culpa do transportador.

Mesmo em se considerando a responsabilidade objetiva, é manifestamente injusto obrigar o transportador a responder por danos aos quais nem minimamente deu causa.

Está-se diante, pois, de uma causa excludente de responsabilidade que bem se ajusta aos muitos mecanismos de calibragem do sistema jurídico brasileiro e, mesmo, internacional.

Todavia, a prova da existência do vício de origem compete exclusivamente ao transportador aéreo, por conta e ordem do império da teoria da inversão do ônus da prova, um dos pilares da teoria objetiva imprópria.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 284 21/10/2015 14:33:46

Assim, em sendo alegado pelo transportador eventual ocorrência de vício de origem, caberá a ele próprio a respectiva produção de prova, normalmente por meio de perícia judicial.

Não havendo prova específica em tal sentido, mantém-se, em desfavor do transportador, a presunção de culpa pelo inadimplemento contratual.

Dá-se isso porque o transportador muito provavelmente, num caso dessa natureza, recebeu a carga para transporte sem qualquer ressalva no conhecimento aéreo, vale dizer, "limpa a bordo".

Outra ressalva a ser feita, especialmente quanto ao vício de embalagem, àquele que se confunde com o de origem, é a do próprio e já citado artigo 746 do Código Civil. "Poderá o transportador recusar a coisa cuja embalagem seja inadequada, bem como a que possa pôr em risco a saúde das pessoas, ou danificar o veículo e outros bens." pois em sendo caracterizada a eventual ciência prévia do transportador quanto à inadequação da embalagem, dificilmente se falará em vício, mas em assunção por parte do transportador.

O vício de embalagem é mais comumente alegado nas lides forenses sobre direito dos transportes.

De certo modo, o conceito de vício de origem é parecido com o de vício de embalagem.

O vício de embalagem é o defeito existente na proteção da carga confiada para transporte.

Todo transporte, especialmente o aéreo, está sujeito a oscilações diversas.

Um avião, numa viagem normal, sem grandes acidentes ou incidentes de navegação, balança muito e ainda é submetido a grandes esforços, próprios das turbulências, fenômenos absolutamente comuns.

Logo, a embalagem da carga é medida de rigor e imprescindível para sua integridade física e qualitativa. Sem embargo dos cuidados de estiva à bordo da aeronave, os quais são remetidos ao transportador, o fato é que a embalagem tem que ser adequada, tem que ser feita para resistir às intensas forças atuantes ao logo da cadeia logística de transporte.

Se a embalagem, normalmente feita pelo embarcador, não for adequada, poderá o transportador aéreo afastar a presunção legal de culpa

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 285 21/10/2015 14:33:46

por eventuais avarias. Mas, nesse caso, a inversão do ônus da prova, além de igualmente imprescindível, é mais complexa de ser considerada.

Com efeito, o vício da embalagem não poderá ser visível a olho nu ou apurado por meio de procedimentos práticos ou máximas de experiência.

O artigo 746 do Código Civil, já citado, ganha, nesse sentido, especial importância.

Em sendo conferida, por lei, a possibilidade de o transportador recusar a coisa cuja embalagem seja inadequada, muito difícil a eventual caracterização de vício de embalagem.

De fato, ao receber a carga, o transportador automaticamente reconhece que a embalagem é adequada, pois se assim não fosse, poderia ter exercitado a faculdade disposta no citado artigo 746 do Código Civil.

Logo, para se ter caracterizada a figura do vício de embalagem, é preciso provar, ainda, que o vício e defeito dessa mesma embalagem era manifestamente oculto no momento do embarque.

E ao se falar em "oculto", fala-se oculto aos olhos e às máximas de experiência, ao bom senso e conhecimento da tripulação do avião, que sabe, a rigor, quais embalagens são ou não adequadas para a maioria das cargas que lhe são confiadas por meio de sucessivos transportes.

Vício de embalagem jamais poderá ser confundido com vício de estivagem da carga. O vício de estivagem, apesar do nome, não tem a nada a ver com o vício oculto. Trata-se, sim, de grave modalidade de falta contratual do transportador aéreo, que se revela desidioso quanto aos seus deveres operacionais.

Com efeito, a estivagem, ainda que operada por terceiro, é de inteira responsabilidade do transportador, por meio do comandante do avião.

O vício de estivagem nada mais é do que a falha operacional do transportador aéreo em arrumar as cargas a bordo do avião.

Se o transportador não estivou corretamente uma carga a bordo do avião e, em razão disso, o sinistro ocorreu, fica caracterizada sua culpa, não se cogitando a respeito de qualquer outra causa significativa para o acontecimento.

Da mesma forma, o tempo adverso não é motivo, por si só, para a ocorrência de um sinistro, pois a despeito da intensidade deste, o que de fato ocorre é a estivagem inadequada da carga, dando causa ao evento danoso.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 286 21/10/2015 14:33:46

Pois bem.

Força maior e caso fortuito são as causas excludentes de responsabilidade mais comumente alegadas pelos transportadores em geral e as que são objeto das grandes discussões em lides forenses, posto que sua caracterização, não raro, é difícil de ser constatada no mundo fático nos dias correntes.

A bem da verdade, não são tão alegadas pelos transportadores aéreos como costumam ser, por exemplo, pelos transportadores marítimos. A natureza diferenciada do transporte aéreo enseja menos espaço para a eventual ocorrência de algum evento típico de fortuidade.

Não obstante, considerando a importância do tema, convém dele tratar neste momento.

Referidas causas fazem parte do gênero fortuidade, sendo diferentes, apenas, no que diz respeito ao agente causador. Explica-se: enquanto na força maior o agente causador é a conduta humana, no caso fortuito o agente é a força da natureza.

Cabe obviar que esse entendimento não é pacífico na doutrina mundial. O direito comparado apresenta a doutrina alemã em sentido contrário. Para os alemães, o conceito de força maior implica força da natureza; e o de caso fortuito, a conduta humana.

No Brasil, muitos doutrinadores seguem o modelo alemão. Por isso, temos uma situação particular em termos de conceitos e definições.

Explicando melhor: em termos estritamente ligados ao direito dos transportes, costuma-se utilizar a expressão força maior como decorrente da conduta humana e caso fortuito como o evento nascido da natureza. Mas no âmbito geral do direito civil, temos o contrário: força maior, para eventos da natureza e caso fortuito, para eventos originários do homem.

Há quem considere *caso fortuito* e *força maior* expressões sinônimas, sem distinção de qualquer natureza, uma vez que o que é relevante ao ordenamento jurídico é a projeção dos efeitos legais e concretos de um e de outro e que são praticamente os mesmos.

Em que pese o antagonismo conceitual existente entre os diversos ordenamentos jurídicos do mundo, é certo é que os efeitos são os mesmos, e as consequências, no mundo do direito, também.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 287 21/10/2015 14:33:46

Operando-se o gênero fortuidade, é possível compreender melhor os institutos e postulados que regem as espécies força maior e caso fortuito.

A caracterização da fortuidade depende dos seguintes elementos, tidos como pressupostos essenciais: imprevisibilidade, inesperabilidade[19] e irresistibilidade.

Os três itens acima são concorrentes, de tal sorte que precisam estar presentes, a um só tempo, dentro de um cenário fático para se cogitar ocorrência de fortuidade. A ausência de qualquer um dos itens fulmina, de pleno direito, a invocação de fortuidade, sempre levando em consideração que quem a invoca tem o ônus de prová-la, sendo perfeitamente inserida no contexto da inversão do ônus da prova.

Não basta, portanto, a ocorrência de um fato considerado anormal e provocador de um determinado dano para se validar a alegação de fortuidade, é preciso que este fato seja absolutamente imprevisível, inesperado e irresistível.

Fortuidade, portanto, é o evento originário das forças da natureza ou da conduta humana que, em direito dos transportes, impede o cumprimento regular, pelo transportador aéreo, da obrigação de transporte. É, em resumo, o evento não esperado, totalmente imprevisível e de força irresistível, o fato (fenomênico e jurídico) que não depende da conduta humana, superando-a em todos os seus limites. É algo que acontece no mundo concreto, um verdadeiro e devastador *happening,* ou seja, um fenômeno invencível e que produz efeitos relevantes ao mundo jurídico.

Assim, não é, por exemplo, qualquer greve de trabalhadores aeroportuários capaz de configurar a fortuidade e, da mesma forma, não é a simples ocorrência de uma tempestade, ainda que muito forte, igualmente capaz.

Não é ocioso repetir que a fortuidade reclama a existência efetiva, bem caracterizada e concomitante dos requisitos imprevisibilidade, inesperabilidade (inevitabilidade) e irresistibilidade.

Só se falará em fortuidade se o transportador aéreo conseguir provar, à luz do caso concreto, a ocorrência de um fenômeno imprevisível, inevitável e irresistível, sob pena de não se aproveitar alegação em tal sentido.

Significa dizer que a falta de apenas um dos requisitos em destaque tem o condão de afastar eventual caracterização de fortuidade. A força

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 288 21/10/2015 14:33:46

maior e o caso fortuito só existem se presentes os referidos três requisitos, capazes de superar os limites máximos de cuidado do transportador aéreo em relação aos bens sob sua custódia.

A falta de apenas um deles é o bastante para se ter afastada qualquer pretensão no sentido de se caracterizar a fortuidade.

Considerando a tecnologia empregada para acompanhar as movimentações climatológicas e, mais ainda, as técnicas de segurança para os voos, é realmente difícil um caso de avarias nas cargas confiadas para transporte merecer a estampa legal da fortuidade.

Existem inúmeras razões e motivos para repudiar a ideia de fortuidade no transporte aéreo de carga. É fato notório que o constante avanço da tecnologia impulsionou um enorme desenvolvimento da engenharia aérea. Nos dias de hoje, os aviões são planejados e construídos para suportar as adversidades climáticas e as situações mais hostis, a ponto de os engenheiros trabalharem com o conceito de dano zero. Os modernos meios de comunicação existentes permitem que o comando do avião, por meio dos poderosos radares e computadores de bordo, diretamente ligados a satélites de última geração, tenha uma exata, ampla e segura informação, a qualquer tempo, das condições climáticas a serem enfrentadas.

Logo, bem se trabalhando o conceito de fortuidade, é muito difícil, para não dizer impossível, ocorrer, nos dias atuais, um caso concreto em que um avião, no curso de uma expedição aérea, venha a ser colhido por um fato, ao mesmo tempo, inesperado, imprevisível e irresistível.

A questão, bom observar, está praticamente pacificada nos tribunais brasileiros, subsistindo dúvidas não mais em relação ao suporte jurídico, e a forma de entendê-lo e aplicá-lo em um dado caso concreto, mas sim ao próprio suporte fático do tema, vale dizer: se determinado acontecimento é ou não é um fato merecedor de ser amparado pela fortuidade.

Uma adversidade climática é sempre uma adversidade climática e a sua fúria pode variar em intensidade, razão pela qual, sabendo-se previamente da sua ocorrência, a ninguém é dado enfrentá-la sem o devido preparo. Quem o faz, assume, integralmente, todos os riscos, não podendo, posteriormente e mediante a constatação de infortúnio, alegar o benefício legal da fortuidade.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 289 21/10/2015 14:33:46

Assim, por mais forte que tenha sido a turbulência enfrentada, ou por mais que as forças da natureza tenham interagido no sentido de impedir um transportador aéreo de efetivamente cumprir a obrigação de resultado assumida em relação às cargas, é preciso identificar se o evento de um determinado caso concreto foi realmente imprevisível, inevitável e irresistível para se configurar a fortuidade.

E mesmo que o evento não seja plenamente previsível, há que se imputar ao transportador, em princípio, o dever de arrostar a intensidade do sinistro. Para que um evento mereça a chancela da irresistibilidade, há que se ter, também, a absoluta irresistibilidade.

Até porque, salvo em casos realmente extremos e extraordinários, deve o transportador sempre arcar com os prejuízos do transporte aéreo em razão de ser o principal beneficiário da atividade de transporte. Assim, quem tem o benefício, também tem que arcar com os ônus.

A força da natureza, *grosso modo*, se ajusta, no máximo, ao conceito legal de "fortuito interno". O fortuito interno é aquele que compõe o mosaico de riscos de uma dada atividade e, portanto, deve ser sempre dimensionado na execução dessa mesma atividade e não pode ensejar a exclusão de responsabilidade.

Sergio Cavalieri Filho[20] diz acerca do fortuito interno: *"Entende-se por fortuito interno o fato imprevisível, e, por isso, inevitável, que se liga à organização da empresa, que se relaciona com os riscos da atividade desenvolvida pelo transportador."*

Ora, em se tratando de um fato intimamente ligado à atividade regular do transportador, é algo que mesmo vestido de imprevisibilidade enseja a responsabilidade, não se aproveitando da sua ocorrência os benefícios legais da fortuidade, notadamente a exclusão do dever de reparação dos prejuízos derivados dos danos pela inexecução da obrigação de transporte.

É do mesmo Sergio Cavalieri Filho[21] a seguinte e muito ponderada afirmação: "*Pois bem, tão forte é a presunção de responsabilidade do transportador, que nem mesmo o fortuito interno o exonera do dever de indenizar; só o fortuito externo, isto é, o fato estranho à empresa, sem ligação alguma com a organização do negócio*."

Vemos, portanto, que somente o fortuito externo, aquele ato-fato imprevisível e inevitável, mas estranho ao negócio jurídico, sem efetiva

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 290 21/10/2015 14:33:46

conexão com o que se chama de risco inerente ao negócio, é capaz de qualificar a fortuidade e de gerar os efeitos jurídicos ligados ao conceito legal de exclusão de responsabilidade, dadas as características do fortuito externo, ressaltadas também por Sergio Cavalieri Filho[22] ao ecoar as palavras de Agostinho Alvim: "*Duas são, portanto, as características do fortuito externo: autonomia em relação aos riscos da empresa e inevitabilidade.*"

Naquilo que toca à conduta humana enquanto geradora da fortuidade, o aspecto mais problemático e bastante relevante é o que versa sobre o roubo de mercadorias a bordo do avião transportador ou em alguma fase conexa aos procedimentos de transporte.

O roubo, a bem da verdade, não é muito comum no transporte aéreo de cargas, nacional ou internacional. Ele ocorre mais no transporte rodoviário, tratando-se de um problema endêmico no Brasil, e no plano internacional, com alguma frequência, no transporte marítimo, pelos chamados atos de pirataria. No transporte aéreo, porém, é raro um caso de roubo.

O que é comum no transporte aéreo é o extravio, mediante furto. Mas, o furto, isto é, o extravio não se ajusta ao conceito legal de força maior, mas configura falha operacional grave do transportador aéreo, desídia administrativa em sentido estrito. Sempre que ocorre um furto, recai sobre o transportador os signos legais da culpa *in vigilando* e culpa *in custodiendo*, sendo incontroversa a responsabilidade pelos prejuízos derivados.

Mesmo não sendo o roubo algo comum no transporte aéreo de carga, ele pode, ao menos em tese, ocorrer e exatamente por isso merece ser tratado neste espaço de discussão.

O roubo de carga exonera ou não o transportador em termos de responsabilidade civil? Esta é a pergunta que costuma ser feita sempre que uma obrigação de transporte não ocorre por causa de um roubo.

Pensamos que não. Em havendo roubo, o transportador deverá responder, a quem de direito, pelos prejuízos decorrentes.

Isso porque o fato de o transportador ser vítima do roubo não desqualifica o fato de o dono da carga ser igualmente vítima, não podendo ser prejudicado em seu direito por um risco que é, de certa forma, inerente à atividade do transportador.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 291 21/10/2015 14:33:46

Trata-se, todavia, de questão difícil e, certamente, longe de estar pacificada na doutrina e na jurisprudência brasileiras.

Temos que o roubo não mais exclui a responsabilidade do transportador, qualquer que seja o modal, porque ele é um ato-fato jurídico que assume o colorido de risco do negócio do transportador e que, portanto, tem que estar na alça de mira das coisas que efetivamente podem acontecer durante a execução de suas atividades.

O roubo assume certa dose de previsibilidade ou, ao menos, a imprevisibilidade que não exclui a presunção de responsabilidade, pois própria do que se considera fortuito interno.

Muitos entendem que o roubo, como fato caracterizador de fortuidade, afasta a responsabilidade do transportador aéreo pelo eventual inadimplemento contratual. Os que defendem esse posicionamento, fazem-no sedimentados no pressuposto de o transportador aéreo não se ter desviado das cautelas e precauções a que está obrigado, logo o roubo é acontecimento inevitável e, sendo também imprevisível, é fato irresistível, porquanto rodeado de elevada periculosidade a integridade física da vítima, no caso os prepostos do transportador aéreo.

Mais: para os partidários dessa posição não há falar-se em eventual previsibilidade da ocorrência do evento, pois o roubo é, por essência e natureza, um fato imprevisível e inesperado.

Evidencia-se de uma tese sedutora, é verdade, porém totalmente distanciada do dinamismo das relações sociais e das constantes mudanças do direito, o que faz dela refém de seus próprios fundamentos.

Daí nosso entendimento inicial no sentido do roubo não configurar causa excludente de responsabilidade, mesmo em relação aos transportadores aéreos de cargas, tendo-se em conta sua menor incidência.

Vamos mais além: ainda que o local onde se deu o roubo não seja, costumeiramente, palco de crimes, o contexto geral de violência e de criminalidade que imperam hoje no mundo são critérios suficientes para a caracterização do requisito previsibilidade, ao menos para todo aquele que opera valor e com ele atua empresarialmente. Afinal, quem se dispõe a transportar mercadorias, bens e valores deve estar preparado para as mais adversas situações, assumindo o risco em face da inequívoca previsibilidade delas ocorrerem. O roubo, após o furto, é, com toda a certeza,

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 292 21/10/2015 14:33:47

uma das principais ocorrências a que se tem previsibilidade em se tratando deste tipo de atividade comercial.

O roubo, definitivamente, não é um fato que caracteriza, sempre, força maior. Como exaustivamente mencionado, o contrato de transporte de mercadorias por via aérea, a exemplo de todo contrato de transporte, é um contrato de fim, vale dizer, que só se aperfeiçoa com o resultado, o pronto cumprimento da obrigação celebrada. Por tal razão e pelo que dispõe a legislação brasileira, sua responsabilidade é objetiva. Logo, discorrer acerca de ter ou não o transportador aéreo se desviado dos cuidados de praxe é subverter os princípios gerais da teoria objetiva e lançar-se ao sabor da teoria subjetiva, ou seja, a caracterização e a prova de culpa.

Não pode o roubo ser entendido como um fato caracterizador da força maior por lhe faltar a imprevisibilidade e a inesperabilidade

Demais, é interessante notar que os defensores da mencionada tese se esquecem do fato de ela, por via reflexa, espancar o conceito de fortuidade. Claro, uma vez que se faz necessário tomar providências e cuidados para se evitar o roubo, é correto entender que este é previsível, ou mesmo esperado, fatos inibidores da caracterização da excludente. Ora, não pode o roubo ser entendido como um fato caracterizador da força maior por lhe faltar requisitos imprescindíveis a sua existência, em especial: a imprevisibilidade e a inesperabilidade. Com efeito, todo aquele que se dispõe a transportar mercadorias e valores sabe que, a qualquer momento, pode vir a ser vítima de um roubo ou de um furto, daí a razão de ser dos referidos cuidados a que tanto se reporta a jurisprudência.

Nunca é demais lembrar, sob pena de ser repetitivo, que os elevados índices de criminalidade existentes hoje, em quase todo o mundo e, em especial no Brasil, servem como indicadores seguros da previsibilidade de ocorrer o fato indesejável, porém fartamente existente no mundo dos fatos.

Por isso, defendemos que, cada vez mais, as chamadas causas legais excludentes de responsabilidade do transportador de cargas, incluindo o aéreo, têm cada vez menos espaço no cenário jurídico.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 293 21/10/2015 14:33:47

Outras considerações sobre a responsabilidade civil do transportador aéreo e as causas legais excludentes de responsabilidade

É sabido que o contrato de transporte aéreo, a exemplo de todo e qualquer contrato de transporte, é uma obrigação de fim, também conhecida como de resultado, na qual uma parte obriga-se ao pagamento de um preço certo e determinado (frete) e a outra a entrega dos bens confiados para o transporte em idênticas condições às recebidas. Somente com o pronto e perfeito cumprimento destas obrigações há falar-se em aperfeiçoamento do negócio jurídico celebrado.

Sabido também é que a responsabilidade civil a ditar o caso dos transportadores em geral, e o aéreo em especial, é a de natureza contratual, tendo sido abraçada a teoria objetiva imprópria para regrá-la em todos os seus aspectos.

E, como visto, também é sabido que o que se discute hoje no direito brasileiro é a existência ou não, em um dado caso concreto, de suporte fático suficiente para caracterizar alguma das causas legais excludentes de responsabilidades, especialmente o caso fortuito e a força maior.

Diante de tal quadro, a impressão que se tem é a de o assunto estar sedimentado no plano jurídico, subsistindo, tão só, questões a serem debatidas no campo dos fatos. Não é, contudo, o nosso entendimento.

Os fatos do mundo inspiram o direito.

E, inspirando o direito, os fatos, a cada dia, reclamam melhores soluções para os problemas que gravitam em torno deles. Com efeito, é a norma jurídica que deve se ajustar aos fatos e não o contrário. Logo, é coerente imaginar que, se o mundo dos fatos altera-se com velocidade assustadora, no mesmo ritmo e inteligência deve comportar-se o mundo jurídico, composto pelos chamados sistemas de interação. Tais sistemas devem incorporar a essência dos fatos que pretendem regular. Daí, serem revestidos de lógica e legitimidade.

No dizer de Pontes de Miranda[23]: *"Os sistemas jurídicos são sistemas lógicos, compostos de proposições que se referem a situações da vida, criadas pelos interesses mais diversos. Essas proposições, regras jurídicas, prevêem (ou vêem) que tais situações ocorrem, e incidem sobre elas, como se as mar-*

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 294 21/10/2015 14:33:47

cassem. [...] Mediante essas regras, consegue o homem diminuir, de muito, o arbitrário da vida social, e a desordem dos interesses, o tumultuário dos movimentos humanos à cata do que deseja, ou do que lhe satisfaz algum apetite."

Extremamente precisa a lição do maior tratadista brasileiro de direito privado. O direito existe para regular os fatos da vida, harmonizando o convívio social e distribuindo o *justo*, aquele sentimento inerente à natureza humana e que pode ser comparado, em termos metafísicos, com o equilíbrio universal entre as forças da ordem e do caos. Não é só: as palavras do famoso tratadista enfatizam, e bem, a ideia de a regra jurídica ser parte da norma jurídica e, esta, do contexto jurídico. A soma dos contextos jurídicos, levada a efeito dentro de uma razão lógica, faz surgir o sistema jurídico e o conjunto de sistemas, isto é, o próprio direito.

Nessa correta linha de raciocínio, é ainda de Pontes de Miranda[24] o seguinte comentário:

> As proposições jurídicas não são diferentes de outras proposições: empregam-se conceitos, para que se possa assegurar que, ocorrendo a, se terá a'. Seria impossível chegar-se até aí, sem que os conceitos jurídicos não correspondessem fatos da vida, ainda quando esses fatos da vida sejam criados pelo pensamento humano. No fundo, a função social do direito é dar valores a interesses, a bens da vida, e regular-lhes a distribuição entre os homens. Sofre o influxo de outros processos sociais mais renovadores; de modo que desempenha, no campo da ação social, papel semelhante ao da ciência, no campo do pensamento. Esse ponto é da maior importância.

Mais uma vez, só elogios merece o renomado estudioso. É claro que a relação *fatos da vida* e *regra jurídica* é o postulado maior do direito e a fonte de toda a produção legislativa. É claro, também, que os fatos da vida são infinitos e oriundos dos mais diferentes planos existenciais, razões estas que os fazem objeto de constantes e velozes transformações, quando não abruptas. E por serem tão mutáveis é que muito atento deve estar o direito, para, sempre, estar devidamente apto a se manifestar no sentido de oferecer, ao caso concreto, a melhor e correta resposta.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 295 21/10/2015 14:33:47

Lastreado nessa compreensão e na validade de se observar a mutação do contexto fático e o influxo, no direito, de outras áreas do saber humano, bem como visando acrescentar um pouco mais de celeuma à dogmática da responsabilidade civil dos transportadores, homenageando, para tanto, institutos afetos à responsabilidade civil do Estado, chega-se ao entendimento de que, nos dias atuais, a teoria objetiva imprópria já não é mais a adequada para regrar a responsabilidade civil dos transportadores, em caso de não adimplemento contratual, posto insuficiente para ditar os acontecimentos e circunstâncias observados no mundo dos fatos.

É verdade, afinal ninguém pode negar aquilo que facilmente se observa e amplamente se constata no plano da realidade. As relações comerciais, hoje globalizadas, alcançaram um rápido desenvolvimento, sedimentando-se em um estágio antes inimaginável, no qual o número de transações havidas por dia é assustadoramente volumoso e os valores envolvidos, elevadíssimos.

Não é exagero dizer que considerável parte do transporte internacional de bens e mercadorias é feito por via aérea. Todos os dias, de todos os aeroportos do mundo, centenas de aviões decolam ou aterrissam, levando ou trazendo as mais diferentes mercadorias, no maior intercâmbio comercial da história da humanidade, intercâmbio este, a propósito, que teve o seu início com os antigos fenícios e cretenses, séculos antes do advento da era cristã.

É a realidade fático-social conclamando o direito.

Tão relevante quadro, aliado a tudo aquilo que já foi mencionado a respeito da elevada tecnologia com a qual os aviões são construídos, e os aparatos eletrônicos e computadorizados que auxiliam nos trabalhos de navegação e investigação climática, são indicadores excelentes para, no diapasão da evolução do próprio direito, autorizarem um entendimento diverso e mais rigoroso acerca dos institutos, preceitos e comandos que operam o tema responsabilidade civil do transportador.

Com efeito, é razoável imaginar que a correta teoria a ser empregada para o tema destacado é a contratual, sedimentada na responsabilidade civil objetiva própria. Tal teoria, também conhecida por responsabilidade civil objetiva pura, é aquela em que a presunção legal de culpa do devedor de uma dada obrigação inadimplida é tão poderosa que nada, absoluta-

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 296 21/10/2015 14:33:47

mente nada, tem a qualidade de afastá-la, nem mesmo o caso fortuito e a força maior.

Bom repetir: tratando-se de responsabilidade civil objetiva própria, contratual ou extracontratual, mas especialmente a contratual, nada poderá exonerar ou atenuar a culpa daquele que a tem contra si. Não há falar-se na incidência das chamadas excludentes legais de responsabilidade, nem mesmo culpa exclusiva de terceiro, embora neste segundo ponto haja certa divergência entre os estudiosos do assunto (há quem entenda que a culpa exclusiva da vítima, do prejudicado, tem a propriedade de afastar a referida presunção legal de culpa).

A responsabilidade civil contratual objetiva pura funda-se na ideia de que nada poderá elidir a presunção legal de culpa de um devedor de uma dada obrigação jurídica. Fácil observar que se trata de um instituto muito rigoroso e que tem o seu provável nascedouro com o desenvolvimento, no âmbito do direito administrativo, das teorias disciplinadoras da responsabilidade civil do Estado.

No remoto passado, a bem da verdade, a responsabilidade civil era a de natureza objetiva e, quase sempre, própria, ou seja, despida de causas excludentes. A fundamentação para a sua vigência, entretanto, não era satisfatória, eis que eivada de vingança e não de justiça. Ao invés de ser o fruto de uma formação jurídico-política visando solucionar, com equidade, os casos que a reclamavam, a teoria objetiva do passado, de caráter próprio ou puro, nada mais era do que a retaliação imediata, e não raro desmedida, a um dano causado.

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves[25], comparando o espírito da responsabilidade civil objetiva dos tempos antigos com a dos dias atuais, leciona:

> Primitivamente, a responsabilidade era objetiva, como acentuam os autores, referindo-se aos primeiros tempos do direito romano, mas sem que por isso se fundasse no risco, tal como o concebemos hoje. Mais tarde, e representando essa mudança uma verdadeira evolução ou progresso, abandonou-se a ideia de vingança e passou-se à pesquisa da culpa do autor do dano. Atualmente, volta ela ao objetivismo. Não por abraçar, de novo, a ideia de vingança, mas por se entender que a culpa é insuficiente para regular todos os casos de responsabilidade.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 297 21/10/2015 14:33:47

Hoje, já não mais subsiste o espírito de vingança na adoção da teoria objetiva, seja a própria ou a imprópria. Pelo contrário, o que a justifica e ampara é, justamente, um espírito diverso, qual seja: o de justiça.

Esse sentimento de paridade, entretanto, não pode abrir mão de elementos sólidos e verdadeiramente capazes de promover a justiça e manter o equilíbrio das relações empresariais e a própria dinâmica social. Assim, sem se remeter ao antigo sentimento de vingança, fato é que a responsabilidade civil contempla, sim, a ideia de reparação civil ampla, meio hábil, senão único, de se fazer concreto o ideal do direito de dar a cada o que é seu.

O desenvolvimento das relações sociais, dos fatos da vida, com especial destaque aos fatos de natureza contratual, exigiu dos operadores do direito e, consequentemente, dos legisladores, instrumentos mais hábeis e capazes de corretamente regular os eventos revestidos de interesse ao mundo jurídico, daí a razão de ser da responsabilidade civil objetiva.

A ideia de culpa já não era bastante para resolver todas as questões levadas ao Estado-juiz em todo o mundo. Outra ideia, a da responsabilidade objetiva, portanto, foi criada justamente para preencher o vácuo até então existente e que não promovia outra coisa senão a injustiça e o trato imperfeito nas coisas afetas ao direito.

Com efeito, há importante precedente na matéria. Trata-se do caso da responsabilidade civil do Estado. Nos tempos passados, a filosofia que predominava era a de o Estado, diretamente ou por meio dos seus prepostos (funcionários públicos e/ou agentes políticos), jamais ser o autor de uma conduta danosa. O extremo da dita concepção era conhecido pela expressão universal "*The King can do not wrong*". Pois bem, com o passar dos anos e com o avanço social-tecnológico da humanidade, foi-se consagrando, nos vários ordenamentos jurídicos espalhados pelo mundo, a tese de o Estado ser perfeitamente caracterizado como o agente de uma conduta lesiva, razão pela qual se passou a adotar a teoria objetiva imprópria. Não obstante o sucesso e o acerto da referida mudança de mentalidade, a justiça não conseguia se materializar com a frequência necessária, e os entraves jurídicos decorrentes acabaram por se transformar em odiosos mecanismos de ofensa à dignidade do particular frente ao Estado. Mais uma vez, portanto, o mundo dos fatos reclamou do mundo do direito uma solução mais eficaz; e esta veio com a adoção da teoria objetiva própria.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 298 21/10/2015 14:33:47

Não é nosso propósito, no momento, o estudo específico da responsabilidade civil do Estado, infinitamente mais complexa do que a do transportador aéreo, até mesmo porque inserida num contexto mais expressivo, qual seja: o do direito público, especificamente o administrativo. Não, ao contrário, nossa intenção é facilitar a inteligência e compreensão do tema em estudo demonstrando, como dito, significativo precedente, capaz de ilustrar a hipótese de se alterar o direito em razão das exigências do mundo, o famoso binômio "dever-ser/ser". Alteração esta que, no presente caso, significa abolir do sistema jurídico brasileiro as causas excludentes de responsabilidade, adotando-se, para os contratos de depósito e de transporte (em especial os de transporte aéreo), a teoria objetiva própria.

Ora, esse mesmo quadro evolutivo deve ser aplicado, feitas as necessárias ressalvas e imprescindíveis adaptações, aos transportadores em geral, especialmente aos aéreos, seja sob o manto de regulamentação legislativa específica, seja mediante a incidência dos princípios gerais do direito na produção jurisprudencial.

Como já exaustivamente visto, o elevado desenvolvimento da tecnologia reduziu significativamente a probabilidade da existência da fortuidade. Mais, não só reduziu como praticamente eliminou a dita possibilidade. Se, por um lado, não se pode prever a fúria e a intensidade de um fenômeno adverso da natureza, por outro, é perfeitamente possível saber que o mesmo fenômeno irá manifestar-se em um dado momento, num dado local, razão pela qual, sendo esperado, e previsível a possibilidade de ele ser violento, não há que se falar em caso fortuito. Na mesma linha de raciocínio, roubos e furtos são fatos perfeitamente previsíveis, sobretudo em um mundo tão violento e socialmente injusto como o contemporâneo (donde se destaca, infelizmente, o caso do Brasil), não existindo motivo algum a amparar a falta de proteção de um caso concreto.

Justifica-se, pois, a defesa ora empregada, mesmo que em certa hipótese os requisitos da imprevisibilidade, inesperabilidade e irresistibilidade estejam presentes, o transportador aéreo, a exemplo de o depositário, deve responder pelas perdas ocorridas, pois a ninguém colhido pelo infortúnio é dado estender a sua infelicidade a outrem, sobretudo quando este outrem havia lhe pago para o perfeito cumprimento de uma obrigação.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 299 21/10/2015 14:33:47

Uma vez que recebeu o frete, vale dizer o pagamento para o cumprimento da obrigação de transportar, e iniciada a sua obrigação contratual, o transportador aéreo imanta o conceito do risco. O risco, bom frisar, é intrínseco aos seus exercícios regulares, e justamente por isso que ele, o transportador, cobra um frete tão elevado. Não é razoável, portanto, que ele venha a se valer, às avessas, desse mesmo risco para, fundado em alguma causa legal excludente de responsabilidade, eventualmente exonerar-se da obrigação de reparar o dano que, por nexo de causalidade, lhe é imputado a título de responsabilidade civil, caracterizada pelo inadimplemento contratual.

Nunca é demais repetir: as obrigações do transportador aéreo, a exemplo das do depositário, são as de guardar, conservar e restituir. Deixando de cumprir uma delas, existe a sua responsabilidade pelo inadimplemento contratual, e por tal responsabilidade ele deve necessariamente responder, independentemente da causa fenomênica que motivou a inadimplência.

A única excludente legal de responsabilidade que se pode admitir, quando muito, é a do vício de origem, uma vez que este, dentro da sumária digressão histórica feita a respeito da evolução da responsabilidade civil do Estado, é equiparado com a culpa exclusiva da vítima. Claro, se o próprio interessado, dono das mercadorias e dos bens, entregou-os com defeitos, eivados em vícios, não há que se falar na eventual responsabilização do transportador, posto que a culpa é exclusiva da pseudovítima. Observa-se, porém, que a caracterização do vício de origem, equiparado com a culpa exclusiva da vítima, é ato de natureza subjetiva, o que significa a exigência de prova e, como se sabe, prova, nesta disciplina, implica inversão do seu ônus.

E é verdade inafastável; afinal, causas limitativas ou restritivas de responsabilidade sempre foram motivo de acirradas e apaixonantes discussões no cenário jurídico internacional e, em especial, o do Brasil. Não é de hoje que essas cláusulas, também conhecidas como cláusulas impressas, são objeto da especial atenção dos operadores do direito brasileiro.

Não raro, elas aparecem nos chamados contratos de adesão, nos quais uma das partes dita as regras e a outra, em face de as exigências e as necessidades circunstanciais, simplesmente adere, ou melhor, é forçada a

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 300 21/10/2015 14:33:47

aderir. É o caso dos contratos de transporte em geral e com especial destaque o do aéreo.

Logo, é perfeitamente sustentável, não apenas do ponto de vista da dogmática ou do entendimento doutrinário, mas sim do ponto de vista jurídico, ou seja, da fundamentação normativa sustentar-se a ideia de os transportadores aéreos responderem objetivamente e da forma mais pura e absoluta possível sobre todo e qualquer acidente ou incidente que decretar danos nas mercadorias confiadas para o transporte.

O próprio direito positivo, na sua visão mais estreita, que é a da aplicação rigorosa da lei, fornece, por meio da analogia, elementos suficientes e bastantes para a incidência do mencionado entendimento para o caso dos transportadores aéreos e mesmo os rodoviários.

Relevante será a manifestação dos melhores doutrinadores e estudiosos brasileiros a respeito do tema nos próximos anos e também promissor será a jurisprudência orientar-se gradativa e majoritariamente nesse sentido, de tal sorte que, num futuro não muito distante, os legisladores brasileiros venham a se sentir suficientemente inspirados a elaborar dispositivos legais capazes de melhor regrar os acontecimentos do mundo dos transportes, especialmente os aéreos, e, assim, aproximarem-se mais da realidade, perfazendo o verdadeiro ideal do direito, que, em última análise, é a eterna busca pelo justo.

Por tudo isso e pelo entendimento sólido que há tempo se instalou no Superior Tribunal de Justiça, é que ora se defende que a limitação de responsabilidade, mesmo que presente na Convenção de Montreal, não é aplicável aos casos envolvendo inadimplementos contratuais de transportes aéreos de cargas, imperando-se o conceito legal e constitucional garantidor da reparação civil ampla e integral.

Notas

1. Paulo Henrique Cremoneze. Advogado, professor de Direito, pós-graduado "lato sensu" em Direito e Mestre em Direito Internacional pela Universidade Católica de Santos, professor da Funenseg – Escola Nacional de Seguros, presidente do IBDTrans – Instituto Brasileiro de Direito dos Transportes, membro efetivo do IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo, membro efetivo da AIDA – Association

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 301 21/10/2015 14:33:47

Internationale de Droit des Assurances e do IBDS Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, Pós-graduado em Teologia (formação teológica com reconhecimento Pontifício) pela Pontifícia Faculdade de Teologia N.S. da Assunção, autor de artigos acadêmicos publicados em revistas e cadernos jurídicos e de livros nas áreas de Direito do Seguro e de Direito dos Transportes.

2. O serviço prestado pela ré é um serviço privado imantado de interesse público, tanto que se encontra subordinado à rigorosas regras de direito público, donde se fala em aplicação da teoria do *munus* público.
3. *Compêndio de direito marítimo brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1938, p. 200.
4. *Cláusula de não indenizar*, Forense, 1980, p. 112 e 128.
5. *Tratado de direito privado*, tomo XLV, Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, § 4884, n. 2, p. 143/4.
6. In *Contratos*, 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 49.
7. *O novo Código Civil discutido por juristas brasileiros*, Aparecido Hernani Ferreira e outros, São Paulo: Bookseller, 2002, p. 95/97.
8. Novo Código Civil: aspectos relevantes. Teoria geral da boa-fé objetiva. *Revista do Advogado,* São Paulo: AASP, n. 68, dez./2002, p. 101/102.
9. *Op. cit.*, p. 100.
10. *Tratado de responsabilidade civil*, 6. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 118.
11. Idem, ibidem.
12. NA: em Direito Marítimo, costuma-se usar a expressão carga. Mercadoria é outra bem utilizada. O Código Civil prefere a palavra "coisa", ao passo que alguns estudiosos consideram correta a palavra 'bem". Como sabido, coisa é tudo o que existe no mundo, salvo o ser humano. Bem, a coisa com valor econômico agregado. Mercadoria, o bem objeto de uma transação comercial e, por fim, carga, qualquer uma dessas expressões com um *plus* especializante: o embarque a bordo de um meio de transporte. Logo, carga é a coisa ou bem (mercadoria), confiando ao transportador e sob sua custódia para o transporte. Enfim, o objeto transportado.
13. *Responsabilidade civil*, 4. ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 111.
14. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, São Paulo: Saraiva, 1955, p. 341.
15. NA: conclusão inspirada em "LYON CAEN ET RENAULT", *Traité de Droit Commercial*, III, 593, SABRUT, *Transport des merchandises*, p. 653 e seguintes.
16. *Guia marítimo*, 1ª quinzena de abril/97, ano 6, n.117, São Paulo, 1997.
17. *Tratado de direito comercial*, São Paulo: Saraiva, 1965, pp. 298/299.
18. *Op. cit.*, p. 299.
19. NA: muitos comentaristas preferem a palavra inevitabilidade ao invés de inesperabilidade.
20. *Programa de responsabilidade civil*, 7. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 292.
21. Idem, ibidem.
22. Idem, ibidem.
23. *Tratado de direito privado*, parte geral, v. 1, Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. IX.
24. Idem, ibidem.
25. *Responsabilidade civil*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 18/19.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 302 21/10/2015 14:33:47

Mordiscadas linguísticas

Albino Freire
Juiz aposentado e membro da Academia Paranaense de Letras

Alguns poetas novatos, moderninhos, tropeçam em seus versos, patinando na conjugação, assim: "Tu partistes sem me dizer adeus; tu me amastes em vão". Ora, "partistes" e "amastes" são formas da segunda pessoa do plural do pretérito perfeito do modo indicativo: "Vós partistes, vós me amastes". Logo, o correto é: "Tu partiste; tu me amaste." Outra deles: "Quando eu VER essa flor, de você vou me lembrar". Correto é: "Quando eu VIR essa flor..." O quê? Isso aí que você está pensando é outra coisa: futuro do subjuntivo do verbo VIR: "Quando eu VIER!" São verbos diferentes.

As "percas" da soja foram enormes. Esta forma bisonha, encontradiça nas camadas menos cultas da população, deve ser rejeitada por tratar-se de critério absolutamente estranho à formação de palavras. Não se iluda o leitor com o fato de ser aquela forma (*perca*) registrada pelo Aurélio. Numerosas formas incultas são também por ele registradas em seu dicionário, sem que por isto passem a ser tidas como corretas. São apenas dicionarizadas. Ora, o verbo é "perder, cujo radical é PERD-. Logo, o particípio há de ser PERDA. O que acontece é que o falante desavisado faz confusão (analogia) com a primeira pessoa do singular do presente do indicativo (PERCO) que, por sua vez irá formar todo o subjuntivo presente (que eu PERCA etc.) e então diz PERCAS (substantivo), em vez de PERDAS.

Afinal, qual a forma correta: VOCÊ SE ADÉQUA, ou SE ADEQÚA? Nenhuma das duas! Elas simplesmente não existem. Como fazer, então? É preciso contornar a situação, com uma perífrase, assim: VOCÊ PROCURA ADEQUAR-SE; VOCÊ DEVE ADEQUAR-SE etc. Ou usar um sinônimo: ADAPTAR-SE, por exemplo.

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 303 21/10/2015 14:33:47

Ah! Ia-me esquecendo de uma preciosidade! Vejam só: "Quando fui embora, ele ainda não havia CHEGO..." Por Júpiter! Que coisa mais feia! Essa forma de particípio não existe! O certo é CHEGADO!

Que me perdoem os inteligentinhos, mas não vou deixar escapar esta oportunidade de lhes dizer quão abomináveis são aquelas expressões de seu agrado: "a nível de..."; "fazer uma colocação...": "as variáveis..." Que pobreza vocabular!

Para finalizar, não vou tratar de verbo, mas de um advérbio. Minha saudosa professora costumava dizer, esmagando no punho cerrado o inimigo invisível: "Tenho ódio de quem fala: ATRAVÉS A JANELA; ATRAVÉS O PRESENTE". Eu também não suporto ouvir e ler a palavra ATRAVÉS com essa regência (ATRAVÉS ALGUMA COISA). Não tenho culpa, se me dói nos ouvidos. O certo é: ATRAVÉS DE! Através da janela; através do presente. Ah! Não diga ATRAVÉS DE ADVOGADO, mas POR MEIO DE ADVOGADO.

Só mais uma coisa... Aliás, duas! Já lhes falei que a pronúncia correta é FLUIDO, e não FLUÍDO (para o substantivo, já que *fluído* é particípio de *fluir*); GRATUITO, e não GRATUÍTO? Não falei, não? Então, está falado!

Revista Judiciária # 10 - Novembro 2015 - COR 0 40 0 70.indd 304 21/10/2015 14:33:47