

ISSN 0103-5622

# Revista Jurídica

**Volume 23**

**Número 1**

**2007**

**PUC**  
**CAMPINAS**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA

**Editor:** Profª Dra. Angélica Lucíá Carlini  
(PUC- Campinas)

**Editor-Adjunto:** Prof. Ms. Samuel Mendonça  
(PUC- Campinas)

**Comissão Editorial:** Prof. Dr. Luis Fernando Lobão Moraes (PUC-Campinas), Prof. Dr. Paulo Roberto de Sousa (PUC-Campinas), Profª Drª Vera Roza Cury (PUC- Campinas)

**Conselho Editorial:** Prof. Dr. Alberto Amaral Júnior (USP), Prof. Dr. Alejandro Castello (Uruguai), Prof. Dr. André Ramos Tavares (PUC-SP), Prof. Dr. Dimitri Dimoulis (PUC-SP), Prof. Dr. Eduardo C. Bianca Bittar (USP), Prof. Dr. Gilberto Bercovici (USP), Profª Drª Giselda Hironaka (USP), Prof. Dr. Guilherme Cavalheiro Dias Filho (UFRN), Prof. Dr. João Maurício Adeodato (UFPE), Prof. Dr. José Afonso da Silva (USP), Prof. Dr. José Carlos de Magalhães (USP), Prof. Dr. Luiz Virgílio Afonso da Silva (USP), Prof. Dr. Marco Aurélio S. M. R. Sampaio (USP), Prof. Dr. Marco Vanzulli (Itália), Prof. Dr. Walter Claudius Rothenburg (ITE).

**Comissão Executiva:** Marcos Braga Júnior (USP): revisão do idioma inglês; Samuel Mendonça (PUC- Campinas): normalização e revisão.

**Descrição:** Esta revista publica artigos científicos e resenhas sobre matérias jurídicas. Os textos trazem aspectos críticos sobre Direito e áreas afins do conhecimento. A periodicidade é semestral e a tiragem é de 1.500 exemplares.

**Repercussões** - A Revista Jurídica está classificada como Qualis A Local. Seus conselheiros e pareceristas *ad hoc* são membros de importantes instituições de ensino do país, assim como de associações científicas e grupos de pesquisa cadastrados no CNPq.

**Instruções aos autores** - A Revista Jurídica é um periódico especializado que publica artigos que contribuem para o estudo do Direito em suas diversas áreas e interfaces; está aberta a contribuições da comunidade científica nacional e internacional, com periodicidade semestral.

A Revista Jurídica publica trabalhos inéditos na categoria original e resenhas.

#### Procedimentos editoriais

1) Avaliação dos manuscritos - Os manuscritos submetidos à Revista, que atenderem à política editorial e às "instruções aos autores", serão encaminhados ao Conselho Editorial, que considerará o mérito científico da contribuição. Aprovados, nesta fase, os manuscritos serão encaminhados aos pareceristas *ad hoc* previamente selecionados pelo Conselho. Cada manuscrito será enviado para dois pareceristas de reconhecida competência na temática abordada. O processo de avaliação por partes é o sistema de *blind review*, em procedimento sigiloso quanto à identidade tanto dos autores quanto dos pareceristas. Por isso os autores deverão empregar todos os meios possíveis para evitar a identificação de autoria do original encaminhado. No caso de identificação de conflito de interesse da parte dos pareceristas, o Conselho Editorial encaminhará o original para outro parecerista *ad hoc*. Os pareceres comportam três possibilidades: a) aceitação integral; b) aceitação com reformulações; c) recusa integral. Em qualquer desses casos, o autor será comunicado. A decisão final sobre a publicação ou não do original é sempre dos editores, aos quais é reservado o direito de efetuar os ajustes que julgarem necessários. Na detecção de problemas de redação, o original será devolvido aos autores para as alterações devidas; o trabalho reformulado deve retornar no prazo máximo determinado.

2) Submissão de Trabalhos Serão aceitos apenas trabalhos acompanhados de carta assinada por todos os autores, com descrição do tipo de trabalho, declaração de que o trabalho está sendo apresentado apenas à Revista Jurídica e de concordância de cessão de direitos autorais. Caso haja utilização de figuras ou tabelas publicadas em outras fontes, deverá ser anexado documento que ateste a permissão para seu uso. A carta deve indicar o nome, endereço, números de telefone e fax do autor para o qual a correspondência deve ser enviada. Autoria o número de autores deve ser coerente com as dimensões do trabalho apresentado. Não se justifica a inclusão de nomes de autores cuja contribuição não se enquadre nos critérios acima, podendo, neste caso, figurar nos agradecimentos.

3) Encaminhamento dos trabalhos - Os trabalhos devem ser enviados, preferencialmente, por meio eletrônico, para o endereço [fadi@puc-campinas.edu.br](mailto:fadi@puc-campinas.edu.br), ou ainda por via postal, em arquivos gravados em disquete ou em cd-rom, em processador de texto Microsoft Word 97, acompanhados de uma via impressa, para a REVISTA JURÍDICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-CAMPINAS, a/c Editor, Rua Marechal Deodoro, 1099 Centro - Campinas, CEP 13010-920.

4) Composição dos trabalhos - Não há número de laudas predeterminado para os textos. Esse número deve ser adequado ao assunto tratado. Os parágrafos deverão ser alinhados à esquerda. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já determina, automaticamente, a sua abertura. Como fonte, usar o TIMES NEW ROMAN, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 e as laterais 3,0cm. O tamanho do papel deve ser A4.

Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha na qual se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), qualificação (situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), endereço completo para correspondência, telefone, fax, e-mail, relação da produção intelectual anterior, declaração de ineditismo e autorização de publicação com cessão de todos os direitos autorais.

As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2000 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT). Uma referência bibliográfica básica deve conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra em itálico; ponto; número da edição (a partir da Segunda); ponto; local; dois pontos; editora (não usar a palavra editora); vírgula; ano da publicação; ponto.

A exatidão e a adequação das referências a trabalhos que já tenham sido consultados e mencionados no texto do artigo são de responsabilidade do autor.

Exemplo: MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 4. ed. São Paulo: Martins, 1972, v. 2.

Os trabalhos deverão ser precedidos por um breve *Resumo* (dez linhas no máximo) em português e em outra língua estrangeira (inglês, francês, alemão, italiano ou espanhol), e de um *Sumário*, do qual deverão constar os itens com até 3 dígitos.

Deverão ser destacadas as palavras-chave (em português e em outra língua estrangeira). Serão consideradas palavras-chave aquelas que expressam idéias centrais do texto, as quais possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho.

Todo destaque que se pretenda dar ao texto deve ser feito em *itálico*. Não deve ser utilizado negrito ou sublinhado. Citação de texto de outros autores deverão ser feitas entre aspas, sem uso de itálico.

Não será prestada nenhuma remuneração autoral pela licença de publicação dos trabalhos na REVISTA JURÍDICA DA PUC-CAMPINAS, mas o autor terá direito ao recebimento de um exemplar em cujo número seu trabalho tenha sido publicado.

Os trabalhos que não atenderem a estas normas serão devolvidos a seus autores, que poderão reenviá-los quando atendidas as recomendações destas orientações.

Os trabalhos recebidos e não publicados não serão devolvidos.

#### Correspondência:

Toda a correspondência deve ser enviada à Revista Jurídica - Faculdade de Direito  
Endereço: R. Marechal Deodoro, nº 1099 - Centro - Campinas - SP - CEP 13020-904  
Telefones (19) 3735-5830 / 5833 / 5875  
Endereço Eletrônico: [fadi@puc-campinas.edu.br](mailto:fadi@puc-campinas.edu.br)

ISSN 0103-5622

# Revista Jurídica

Revista Jurídica

Campinas

v. 23

Nº 1

p. 1- 116

2007

# Sumário

Editorial .....	3
<b>ARTIGOS/ARTICLES</b>	
<b>A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: A família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade.</b> <b>The constant crossing of times and the paradigms renewal: family, its status and its position within post-modernity</b> Profª Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka .....	5
<b>Extradição: Aspectos materiais e processuais</b> <b>Extradition: material and process aspects.</b> Carlos Henrique Maciel .....	13
<b>A globalização e a mediação</b> <b>Globalization and mediation</b> Lídia Reis de Almeida Prado .....	33
<b>Grupo de empresas: Enfoque laboral</b> <b>Holding: labor perspective</b> Alejandro Castelo .....	41
<b>Ferramentas teórico-metodológicas Foucaultianas</b> <b>Foucauldian theoretical-methodological tools</b> Célia Maria de Castro Almeida e Ana Maria Faccioli de Camargo .....	53
<b>Individualismo e Direito: um ensaio sobre cultura social na pós-modernidade</b> <b>Individualism and Law: an essay on social culture in post-modernity</b> Eduardo C. B. Bittar .....	65
<b>Considerações acerca da tutela legal da doação de órgãos de anencéfalo</b> <b>Considerations on legal tutorship and organs donation of the anencephalic</b> Edna Raquel R. S. Hogemann .....	73
<b>Responsabilidade civil dos médicos, dos hospitais e das seguradoras e operadoras de planos de assistência à saúde por erro médico</b> <b>Legal responsibility of health-care providers, hospitals, insurance companies and health plans services due to medical error</b> Mario Viola .....	83
<b>A aplicação da teoria do risco e do artigo 14º do código de defesa do consumidor sobre a atividade hospitalar</b> <b>The application of risk theory and of Consumer Defense Code's article 14<sup>th</sup> over hospital activity</b> Ernesto Beltrami Filho .....	101
<b>RESENHAS/REVIEWS .....</b>	<b>115</b>

## **A INCESSANTE TRAVESSIA DOS TEMPOS E A RENOVAÇÃO DOS PARADIGMAS:**

### ***A FAMÍLIA, SEU STATUS E SEU ENQUADRAMENTO NA PÓS-MODERNIDADE.\****

Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA\*\*

#### **RESUMO**

O presente artigo discorre sobre as transformações complexas porque passam as relações intersubjetivas no âmbito familiar, no contexto da modernidade e em sua condição pós-moderna, afetando a experiência e a categorização dos indivíduos, em suas relações conjugais e parentais. Nestes termos, defende a atualização paradigmática do direito hodierno, de modo a observar a especificidade da família contemporânea.

**Palavras-chave:** pós-modernidade, Direito de Família, relações inter-parentais.

#### **ABSTRACT**

This present article explains the complex transformations upheld on family relations, in the context of modernity as well as in its post-modern condition, affecting individuals' both experience and social identity, within their marriage and parental relations. In this sense, it defends present Law's paradigmatic transition, in order to fit contemporary family's specificity.

**Key-words:** post-modernity, Family Law, parental relations.

#### **1. UM PRIMEIRO OLHAR POR SOBRE O ASSUNTO**

Desde o final do século anterior e durante, principalmente, estes anos que marcam o início do novo século, muito se falou em pós-modernidade e muito se

discutiu acerca do retrato e perfil da família, enquanto instituição perenemente inserida no contexto – histórico, político, econômico, social – da civilização humana.

A produção que tem derivado desta formidável vertente de consagração do ancestral fenômeno de

\* Palestra de encerramento proferida no Congresso Internacional de Direito de Família, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, na cidade de Brasília, entre os dias 15 e 17 de novembro de 2006.

\*\* Doutora e Livre Docente em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora Associada ao Departamento de Direito civil da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP). Diretora Nacional para a Região Sudeste, do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Ex-Procuradora Federal.

<sup>1</sup> *Sobre os desafios e perspectivas da família, seus projetos e seus direitos, no repensar do Direito Civil*, Arte Jurídica – Biblioteca Científica de Direito Civil e Processual Civil, Curitiba: Juruá. V.3, n. 1, 2006, ps. 39-41

ajuntamento de pessoas à volta de um núcleo internalizado pelo matiz familiar é inegavelmente próspera, rica, intrigante e instigante. As formulações reflexivas que são possíveis de serem desenvolvidas e realizadas são inúmeras e extremamente coerentes com tudo aquilo que se vê hoje, como a estampa do núcleo da família contemporânea.

Esta família atual não é melhor e nem é pior que a família do passado, mas certamente é muito diferente dos modelos familiares antecedentes, das estruturas de poder e de afeto que habitaram, construíram e modelaram os arquétipos anteriores a este que hoje conhecemos.

E é natural que assim seja, pois como num rio, as pedras que se esparramam pelo seu leito são distintas, se comparadas as mais próximas de sua origem ou nascente com aquelas que já estão mais próximas de sua vertente para o mar, de seu lugar de desaguar, enfim. As primeiras, mais cheias de arestas e mais rústicas são distintas destas últimas, mais roliças e menos agressivas que aquelas. Ambas são extraordinariamente belas, com valor próprio, com distinção intrínseca, com finalidade e papéis muito claros. Mas são distintas, pois a água do rio, de tanto passar, modifica a forma e modela-lhes o perfil.

Modelos de família, ancestrais, feudais, modernas e pós-modernas – para deixar reduzido, em poucas variações, o percurso intenso – se sucederam e a *foto sobre a lareira* foi se alterando com a mudança dos costumes, com a conversão ou inversão dos valores, com a introdução de novos comportamentos e de novos princípios, com o abandono de matrizes em desuso, e assim por diante. Por meio desta simbologia (da qual também me utilizo, agora) de mostrar a família por meio das *fotos de um velho álbum*, é de curiosa e real beleza a descrição que faz Luiz Edson Fachin em trabalho recentemente publicado.<sup>1</sup> O “símbolo” adotado mostra as mudanças e as nuances da família de antes e da família de agora, quer pelas posturas na foto, quer pela indumentária utilizada pelas pessoas, quer pelo jogo cênico preparado para o registro eterno. Mudam e colorem-se as fotos; muda e revigora-se a família.

A independência econômica da mulher a faz erguer-se, na foto, sair de trás do patriarca, levantar os olhos confiantes de quem, ao lado de seu parceiro de vida, organiza e administra a estrutura familiar. Quanto aos filhos, seu papel também deixa de ser secundário e eles assumem boa elevação econômica na ordem familiar, assim como se destacam mais pelas suas qualidades próprias, seu preparo intelectual e sua crescente capacidade de decisão. O divórcio, o controle da natalidade, a concepção assistida, a reciprocidade alimentar são valores novos que passam a

permeiar o tecido familiar, para torná-lo mais arejado, mais receptivo, mais maleável, mais adaptável às concepções atuais da humanidade e da vida dos humanos. A fidelidade, como valor que não se desprendia da virtude e da abnegação no anterior tempo, hoje se descortina como a aspiração individualista do amor autêntico, não eivado de mentira ou de mediocridade, como descreve Gilles Lipovetsky em *A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos tempos democráticos*<sup>2</sup>. Mas, acima de tudo, espalha-se a idéia de afetividade, como o grande parâmetro modificador das relações familiares, estando a querer demonstrar que o verdadeiro elo entre as pessoas envolvidas nessas relações, nesse núcleo, nesse tecido, consubstancia-se no afeto.

Não houve momento como esse, antes, seguramente. Não houve momento de reformulação das estruturas da família, através dos tempos, que tivesse dado o salto qualitativo em direção às emoções (performance maximamente otimizada do ser humano), sem ter que passar – obrigatória ou exclusivamente – pelas veredas de antes, quais sejam, o prumo político, a revisão social e/ou o planejamento econômico. Dito de outra forma: nem só de arquétipos da modernidade vive a instituição da família, nos dias atuais; outras causas concorrem, ao lado daqueles, para apresentar a contextualidade que se impregna de mudanças e rupturas e que se tem considerado ser a *pós-modernidade*.

O historiador, o filósofo e, com eles, o jurista, passam a ter a visão cada vez mais aclarada do novo cenário, dos novos personagens, do novo *script*, sob o sugestivo título “família na pós-modernidade”. Do que se trata, enfim? Como se processa este fenômeno, esta mudança, esta ruptura? Há mudanças sem ruptura? A re-configuração das instituições se dá de modo abrupto? Quando é que passamos a compreender o momento novo, a conclamada “pós-modernidade”? Em que medida o tempo novo recepiona ou afasta o viés positivista de análise das relações familiares? Estas são as perguntas que pairam e solicitam respostas, ou esclarecimentos, ao menos.

Neste estudo, não se pretende oferecer as respostas (isso seria impossível, por certo), mas se pretende, ao menos, descortinar alguns esclarecimentos, ou melhor que isso, chamar à reflexão alguns pontos, algumas conjugações, certos conflitos e outras interações. Reflexões assim têm sido cada vez mais reclamadas exatamente por conta dos desafios da vivência contemporânea do direito, dos quais resulta sempre esta certeza de que a dimensão das relações humanas e jurídicas, hoje, bem difere e se contrasta com a

<sup>2</sup> Gilles Lipovetsky, *A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos tempos democráticos*, tradução Armando Braio Ara, Barueri (SP): Manole, 2005, p. 47.

dimensão dos mesmos planos, em tempo imediatamente anterior. Não se trata, advirta-se desde logo, de apenas uma *nova moda* por meio da qual se *inventa* como se lançar o olhar por sobre os mesmos fenômenos, ou instituições, ou situações de antes. Mas trata-se, diferentemente, de atender à urgência – que resulta da prática da vida dos homens modificada pelos novos ares – de se construir um perfil distinto de análise e apreciação das conseqüências que o *estar-no-mundo* faz acontecer.

Mudam os homens. Mudam seus agrupamentos sociais. Mudam as instituições. Mudam os institutos jurídicos. Muda a família. Mudam as relações familiares, não para serem outras, mas para desempenharem novos e distintos papéis. Constrói-se uma família eudemonista, na qual *se acentuam as relações de sentimentos entre os membros do grupo: valorizam-se as funções afetivas da família que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra as pressões econômicas e sociais. É o fenômeno social da família conjugal, ou nuclear ou de procriação, onde o que mais conta, portanto, é a intensidade das relações pessoais de seus membros*, como já o dizem Oliveira e Muniz, desde o início da década de 90, entre nós.<sup>3</sup>

O desaparego às formulações do passado não quer significar que está melhor ou que está pior, este modelo familiar de agora – embora provavelmente esteja melhor, uma vez que a tendência de alteração procura levar, no mais das vezes, a um reconstruído mais adaptado e suficiente – mas quer significar, certamente, que é preciso prestar grande atenção no que se apresenta de distinto, para que não se dê tratamento anacrônico a nenhuma das experiências vivenciadas pelos membros da família contemporânea, ou a nenhuma das relações humano-jurídicas entre eles desenvolvidas.

Estas mudanças são importantes e devem ser obrigatoriamente observadas e analisadas, uma vez que não vêm do nada, mas decorrem do fenômeno maior de reconstrução do pensar humano, seja *pela erosão de valores, pela alteração de parâmetros de comportamento, pela decrepitude e pela inadequação das instituições aos desafios presentes, pelas mudanças sócio-econômicas, pelas crises simultâneas que afetam diversos aspectos da vida organizada em sociedade, pela explosão de complexidade provocada pela emergência de novos conflitos sócio-institucionais, pela re-qualificação dinâmica dos modos de produção, pelas alterações profundas nos modos*

*tradicionais de se conceber o ferramental jurídico para a construção de regras sociais...*<sup>4</sup> Seja como for, a mudança que se propala não veio do nada. Ela se deu de modo contínuo; por isso faz sentido, e muito.

Especificamente no ambiente familiar, como é que tudo isso se espelha e reflete? O que a pós-modernidade promoveu de rupturas, mudanças e avanços, relativamente ao tempo anterior? O que é exatamente esta etapa da vida da civilização humana que se tem denominado *pós-modernidade*? Como se apresenta a instituição da família, nesse novo tempo. Quais os papéis que desempenham contemporaneamente os seus membros? Do que é que se trata, afinal?

## 2. UM BREVE TRAÇADO ACERCA DO ESPÍRITO E DA CONFIGURAÇÃO DA PÓS-MODERNIDADE<sup>5</sup>

Em *Pós-modernismo, razão e religião*, Ernest André Gellner, falecido em 1995, se referiu ao pós-modernismo de maneira nada receptiva, marcada pela sua indisposição à face do significado desta concepção de difícil alcance. Disse ele que o *pós-modernismo é um movimento contemporâneo, que é forte e está na moda*. Mas afirmou que, sobretudo, *não é completamente claro o que diabo ele é*. Sem se dar por satisfeito acerca de sua dura crítica e ferrenha desconfiança, Gellner alfinetou que, *na verdade, a claridade não se encontra entre os seus principais atributos*, concluindo que o pós-modernismo *não apenas falha em praticar a claridade mas em ocasiões até a repudia abertamente...*<sup>6</sup>

Compreensível que assim tenha sido a sua visão acerca do termo, tendo em vista sua preferência pelo positivismo e pela segurança que é conferida pelos *factos testáveis*, conforme se pode verificar em suas palavras próprias, na mesma importante obra referida, quando diz que positivismo é a *crença na existência e disponibilidade de factos objectivos, e sobretudo, na possibilidade de explicar os ditos factos por meio de uma teoria objectiva e testável, ela própria não essencialmente ligada a nenhuma cultura particular, observador ou estado de espírito.*<sup>7</sup>

Pelo viés oposto, o filósofo francês Jean-François Lyotard, falecido em 1998, foi um dos mais importantes pensadores na discussão da vivência de uma pós-modernidade, prestigiando-a – principalmente em sua obra

<sup>3</sup> Oliveira, J. L. C. e Muniz, F. J. F. *Direito de Família*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1990, p.11.

<sup>4</sup> Eduardo C. B. Bittar, *O Direito na pós-modernidade*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 6.

<sup>5</sup> O texto utilizado na composição deste item do presente trabalho foi escrito recentemente pela autora para abrir, como prefácio, a obra coletiva denominada *Introdução crítica ao código civil*, organizada por Lucas Abreu Barroso, a ser publicada pela Editora Forense, em breve.

<sup>6</sup> Ernest André Gellner, *Pós-modernismo, razão e religião*, Lisboa: Editora Instituto Piaget, 1994.

<sup>7</sup> Idem, ibidem

denominada *A Condição Pós-Moderna* como verdadeiro rompimento com as antigas verdades absolutas, como marxismo e liberalismo, todas elas legítimas representantes da anterior era, à qual se convencionou denominar *modernidade*.<sup>8</sup>

Como um e outro dos pensadores mencionados, as visões antagônicas se multiplicaram (e se multiplicam) por todos os lados, refletindo, aliás, aquilo que poderia ser considerado como a *essência* ou o *espírito* da modernidade, vale dizer, a preferência pelos pilares inamovíveis das *certezas* e das *verdades*, a maior parte delas tanto seguras quanto constrangedoras, segundo a minha visão pessoal.

Não seria razoável, nem justo, nem mesmo consentâneo com os meus acesites e com as minhas visões, se eu não abrisse espaço para registrar que nem tudo, na nova conformação pós-moderna, encontra-se adequadamente resolvido ou encaixado – e nem mesmo poderia estar pois, para estar, esta tarefa teria que ser algo como que *divina*, ao menos... – o que reflete apenas a conclusão de que o confronto entre os paradigmas da modernidade e os da pós-modernidade são ambíguos às vezes, ou são superpostos outras vezes, ou são simplesmente conflitantes, ou sem registro de pertencerem à mesma classe evolutiva, simplesmente. *A pessoa humana* de hoje é o *indivíduo* de antes, sob o ponto de vista do envólucro, mas seu espaço, sua cena, seu papel, sua significância certamente são muito distintos, entre um e outro modo de se mirar o ser humano propriamente dito. Uma consequência curiosa disso – que pode ser uma visão boa ou não – é o fato de que o homem de hoje parece ter se interiorizado em suas projeções sociais, quer dizer, de um ou de outro modo, a preocupação com a subjetividade faz com que o esquadro da inter-subjetividade seja mais apertado que antes.

Como já se deixou assente, antes: isso é bom, ou não? Significa progresso, avanço e construção sempre, ou não? Só o tempo verdadeiramente dirá, é claro. Ainda assim, prefiro testar. Incomoda-me muito a descoragem e a mesmice das coisas e das atitudes. Além disso, a desconstrução paradigmática em prol da pós-modernidade sempre me sugere a idéia de *oxigenar ranços ancestrais*, e a idéia me agrada muito, mesmo que possa, eventualmente, deixar a descoberto a ansiada segurança que a era anterior tanto procurou conceber e estruturar. Ainda assim, prefiro testar.

Por isso, e na esfera de minha singular preferência científica e axiológica – direito e justiça – renovo a afirmação

de que prefiro o justo ao seguro. Bem por isso, posso dizer que prefiro esta era que desponta, a *pós-modernidade* – que curiosamente já desponta batizada, ainda que não se saiba exatamente qual é o marco cronológico deste seu despontar – pelo seu traço mais consentâneo com a contemporaneidade que permite a cada um de nós a chance de descobrir uma outra maneira de ver o mundo, e de se ver no mundo. Um fenômeno assim não acontece de repente, num abrir e fechar de olhos – durmo moderno e acordo pós-moderno! – mas é fruto de um razoavelmente lento evoluir de idéias, de concepções, de maneiras de se encarar e interpretar os fatos da vida e das relações humanas. Um outro modo de visualizar, absorver e compreender o mundo e suas tramas todas, as que já eram tramas desde ontem, as que se descortinam agora e as que estão na imanência de se darem por conhecer. Não um modo ideológico, ou político, ou antropológico, apenas. Mas um modo amplo e entrelaçado, com diversos vieses e muitas arestas, mas sempre um modo distinto do que se teve até então. Por isso, ao mesmo tempo que significa evolução, significa igualmente ruptura, pois a singela transformação não teria dado conta de uma *(re)evolução* assim, não fossem as indispensáveis quebras de grilhões – rupturas paradigmáticas, como se costuma dizer – que tendessem a deixar permanecer engessado e endurecido o anterior modo de se entender os homens, seus múltiplos aspectos, suas inter-relações, a sua sociedade, as suas instituições.

Para o direito, e conforme entendo, uma ruptura assim, associada a um evoluir assim, produziu uma extraordinária maneira de se enxergar, tratar, estruturar, modelar e maximizar o fenômeno jurídico. A aplicação do direito *não é mais apenas um ato de conhecimento*, conforme expressa Luís Roberto Barroso<sup>9</sup>, no sentido da *revelação de uma norma pré-existente*, mas também um *ato de vontade*, no sentido da *escolha de uma possibilidade dentre as diversas que se apresentam*. E o que permite que isso aconteça, sem comprometimento desastroso do resultado – em perverso e prejudicial enfoque de justiça aleatoriamente desenhada, evocada e distribuída, como acontece com certas vertentes menos confiáveis do chamado direito alternativo – reside no viés constitucionalizado que se transporta hoje para as lindes das relações privadas e do próprio Direito Civil, organizando o que se tem anunciado como Direito Civil constitucional. O mesmo autor citado escreve que o *Direito Constitucional define a moldura dentro da qual o intérprete exercerá sua criatividade e seu senso de justiça, sem lhe conceder, contudo, um mandato para voluntarismos de matizes variados*.<sup>10</sup> Assim é.

<sup>8</sup> Jean-François Lyotard, *A Condição Pós-Moderna*, 5. ed., Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

<sup>9</sup> *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo* (in Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva, coordenação de Eros Roberto Grau e Sérgio Sérulo da Cunha, Malheiros Editores, São Paulo: 2003), p. 29.

<sup>10</sup> Idem, *ibidem*, p.29-30.

E assim é porque o salto qualitativo que a pós-modernidade impôs ao direito, mormente ao Direito Civil, correu no sentido da sua releitura, do seu reposicionamento espacial e temporal, estruturando-se com isso uma dimensão nova que reaproxima direito e ética. Este salto qualitativo demonstra-se, importantemente, no resgate ou revisão de princípios constitucionais que passam a ocupar papel de destaque na seara hermenêutica da aplicação do direito ao caso concreto. Os princípios passam a conviver com as regras jurídicas, não para abatê-las ou minimizá-las, mas para produzir, em razão do convívio, uma mais significativa aplicação do direito em prol da justiça, pelo fato da unidade que esta conjugação oferece ao sistema, pelo fato da síntese axiológica que os princípios abrigam, e pelo fato de que eles efetivamente passam a condicionar a atividade do intérprete na sua busca da formulação da regra genérica que vai reger a espécie, *in casu*. Dito por outro modo, os princípios alcançam outra esfera valorativa no contexto hermenêutico, pois eles ganham foros de *norma jurídica*. Não no sentido da regra positiva, simplesmente, mas no sentido do arcabouço maior que ofertam, como *mandamentos de otimização* que são, na linguagem de Robert Alexy.<sup>11</sup> Diferentemente das regras – o autor expõe – os princípios não têm a estreiteza biunívoca de comprometimento com o substrato fático típico, como o têm as regras, que ou aceitam a subsunção dele ao seu tecido legislado, ou não o aceitam. Os princípios, diferentemente, abrem os seus horizontes porque pretendem ser realizados amplamente, embora dentro dos naturais limites da possibilidade jurídica existente no caso concreto.

Os princípios são, enfim, a mais alta expressão da normatividade, porque a norma jurídica, como gênero, compreende os princípios e também as regras. *As regras vigem e os princípios valem*, como tão rica e sinteticamente descreve Paulo Bonavides.<sup>12</sup> E por assim ser e por assim valer, os princípios re-dimensionados pela visão da pós-modernidade alimentam todo o sistema, não apenas a Constituição propriamente dita, não apenas a lei, *mas o direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência*.<sup>13</sup>

Certamente neste espaço se incluem o Direito Civil da contemporaneidade, o Direito de Família da pós-modernidade e os códigos que os regulamentam, que devem, por isso mesmo, ser compreendidos e aplicados conforme tal visão, sob pena de tornarem-se, em tempo brevíssimo,

semão uma inútil montanha de papéis, recheada de inúteis regras.

### 3. O DIREITO DE FAMÍLIA, O DIREITO DAS FAMÍLIAS, OS DIREITOS FAMILIAIS: OS MEMBROS DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA POSAM PARA OUTRA FOTO SOBRE A LAREIRA.

#### 3.1. SOBRE A LAREIRA, A FOTO PÓS-MODERNA DA CONJUGALIDADE

A pós-modernidade traz a novidade da valorização do prazer e o desassociação da noção de dever, fragilizando a fortaleza moralizadora dos séculos precedentes (pelo tanto que mais nos interessa, os séculos XIX e XX). As *posturas ilegítimas* que foram condenadas pelo moralismo sexual do anterior século, como por exemplo, o excesso de relações e passatempos amorosos, a prática sexual depois dos cinquenta ou sessenta anos, a felação, a masturbação (mormente a recíproca), o direito ao orgasmo, a opção pelo amor livre e a prática homossexual (entre outras formas de afetividade), foram paulatinamente perdendo o grande peso pecaminoso e imoral, libertando as pessoas, não para o acesso livre e indiscriminado do prazer, mas para escolherem suas preferências e procurarem, sem essas amarras externas (e cruéis no mais das vezes), realizar os seus projetos pessoais de felicidade.

Não apenas isso, mas a condição matrimonializada foi sempre eternizada, com chance zero de desorganização ou desfazimento, especialmente se em favor da libertação da mulher, uma vez que a sua projeção e atuação no meio familiar estava muito mais voltada à concepção, geração e criação de filhos do que propriamente o prazer que lhe pudesse ser proporcionado pela relação sexual e afetiva com o seu parceiro de jornadas. A proclamação da pureza das mulheres, a condenação ao adultério, a proibição do aborto e a recriminação às práticas contraceptivas concorreram no sentido de a elas não ser permitido o que aos homens era, ainda que sob os pudores silenciosos da falsa moral novecentista, como por exemplo, o desfrute de prazeres efêmeros. A visibilidade do adultério masculino contava, por isso mesmo, com a complacência social e até mesmo religiosa em certos casos, minimizando, em favor dos homens, uma severidade e uma rigidez que sempre estiveram presentes na trajetória de condutas femininas.

<sup>11</sup> Teoría de los Derechos fundamentales, Madri, Centro de Derechos Constitucionales, 1993, p. 81 e ss.

<sup>12</sup> Curso de Direito Constitucional, 17 ed., Malheiros Editores, São Paulo: 2005, ps. 288 e 289.

<sup>13</sup> Idem, ibdem.

*Sem lar, não há família; sem família, não há moral; e, sem moral, não há sociedade nem pátria!* proclamou Jules Simon, político e pensador falecido em 1896, e que foi primeiro ministro da França entre os anos de 1876 e 1877. Compreensível que o dissesse, ao seu tempo. Incompreensível que, em tempos globalizados e redefinidos, ainda se afirme categoricamente, hoje, esta sofismática e excludente conclusão. Não perdeu a família seu carisma, seu papel de refúgio e fortaleza para os anseios primeiros de cada um de seus membros. Não. A família ainda é e sempre será este *locus* privilegiado. Mas o que já parece não mais persistir é, provavelmente, esta sua tônica de indissolubilidade de vínculos, de obrigatoriedade de realização contínua, a qualquer preço ou custo, de amarras de não-libertação.

Novos hábitos, novas aspirações, novos valores, novos costumes e novas permissões passaram assim a florescer, pela emergência da necessidade de novos e respiráveis ares, uma exigência do tempo proclamado como pós-moderno, enfim. E assim se deu, por exemplo, com a liberdade de expressão e a revalorização do sentimento, produzindo, entre outras coisas, o deslocamento do foco de interesse familiar para a criança (e não para a instituição propriamente dita), bem como a autorização para cada membro buscar a sua própria felicidade e bem-estar, valorizando mais a pessoa – cada pessoa – que o grupo constituído sob os ares da indestrutibilidade. Esta inversão paradigmática andou no sentido de deitar por terra as proclamações terríveis de outrora, como por exemplo, a de que a *unidade social é a família e não o indivíduo*.<sup>14</sup>

Ainda assim, não foi exatamente de um dia para o outro que o divórcio, como percurso para o re-encontro de destinos mais promissores, instalou-se no mundo contemporâneo. As pressões de toda a sorte, morais, religiosas, éticas e culturais, empataram durante grande número de décadas, e até hoje, a aceitação plena do rompimento da matrimonialização das relações conjugais. Às mulheres divorciadas se imputou o *status* da indignidade e aos seus filhos a pecha de filhos sem pai. Idas e vindas de aceitação e de rejeição ao novo *modus* de desfazimento da sociedade conjugal foram amplamente sentidas e registradas ao longo da modernidade, como que em dança de caranguejos, com passos à frente e com passos atrás. Aliás, até os dias

de hoje, em certas antigas e importantes culturas, ainda é assim, quando não se proíbe terminantemente a idéia de desfazimento do laço matrimonial. Paira uma idéia, em certos pensamentos e culturas, de que o rompimento dos laços de conjugalidade corresponderia a uma efetiva *perda*, e essa sensação é insuportável pelos que se alistam nas colunas dos *eternos vencedores*. Este dado, de caráter e fundamento psicológico particularizado, não é tão estranho quanto possa parecer à primeira vista, nem é tão raro de ocorrer, como se possa pensar, em tempos de inauguração de um milênio novo e de um novo tempo de registros históricos da trajetória humana. Está próximo de nós, ainda que nos dias da pós-modernidade, inacreditavelmente.<sup>15</sup>

Embora isso, no entanto, tudo indica que caminhamos – a passos largos até – para um revisão de concepção e de estrutura, acerca da família e do casamento, muito significativa. Marcos Colares, em feliz observação e síntese, escreveu que deve haver *algo de novo no Direito de Família: a vontade de vencer os limites ridículos da acomodação intelectual. Porém, tudo será em vão sem a assunção pela sociedade de uma postura responsável em relação à família, transformando o texto da Constituição Federal em letra viva*.<sup>16</sup> Ele tem razão: a família de hoje tende a ser mais sincera, digamos assim, no sentido de que as hipocrisias e as simulações de antes já não encontram mais lugar em cena, estando este espaço muito mais disponibilizado para os tratos francos e as rupturas consentidas e bem analisadas.

No enquadramento da família atual, uma gama maior de modelos se apresentam, assumindo ela um *desenho plural, aberto, multifacetário e globalizado, servindo como locus privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana*, no dizer de Cristiano Chaves Farias<sup>17</sup>. Ele encaminha suas conclusões para dizer que o atual ambiente da pós-modernidade é *o ambiente ideal para a realização espiritual e física do ser humano, ou seja, somente se justifica a proteção da família para que se efetive a tutela da própria pessoa humana. É, por conseguinte, a família servindo como instrumento para a realização plena da pessoa humana e não mais vislumbrada como simples instituição jurídica e social, voltada para fins patrimoniais e reprodutivos*.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> Conforme Paul Bourget, no prefácio de sua obra *Un divorce*, citado por Gilles Liporvetsky, *A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos tempos democráticos*, tradução Armando Braio Ara, Barueri (SP): Manole, 2005, p. 19.

<sup>15</sup> Assim como não está distante do nosso cotidiano, ainda hoje, aquela situação de pasmo total e concreto de alguém a respeito da dissolução do vínculo matrimonial de outrem, pelo divórcio. É comum se ouvir dizer, sob as luzes do espanto: *Quem diria! Pareciam nascidos um para o outro!* Coisas de ontem, ainda enterradas nos tempos de hoje...

<sup>16</sup> Marcos Colares, *O que há de novo em Direito de Família*, RBDfam 4:46.

<sup>17</sup> Cristiano Chaves de Farias, *A família da pós-modernidade: mais que fotografia, possibilidade de convivência*, [http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/civil\\_familia/artfamilia4.pdf](http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/civil_familia/artfamilia4.pdf)

<sup>18</sup> Idem, *ibidem*.

### 3.2. SOBRE A LAREIRA, A FOTO PÓS-MODERNA DA PARENTALIDADE

Na ambiência da parentalidade, o novo desenho das relações e das inter-relações igualmente se mostra modificado, registrando-se alterações que parecem indicar que ocorreram “*perdas*” significativas, para os membros da família, na tradição, nas normas e nos valores sociais, se o patamar de observação for o do clássico clã familiar. Assim, por exemplo, bem se sabe que na sociedade brasileira colonial, era ao chefe da família que restava incumbido o poder de decidir o grau de instrução, ou a profissão, bem como as escolhas sexuais e afetivas de todos aqueles que a ele se encontravam relacionados, sob dependência familiar.<sup>19</sup> Neste antigo modelo de família, o lar se compunha de um grande número de pessoas, considerando-se a prole numerosa, os agregados, os aparentados de toda a sorte, e os serviçais, todos se misturando pelo espaço amplo durante todo o tempo, o que impedia a consolidação de maior intimidade ou amizade entre os membros, tornando os relacionamentos muito sérios, rigorosos, rígidos e severos, sem grande manifestação de afetividade ou de cumplicidade. Sem espaço também para as discussões e exposição de pontos de vista, as regras seculares se mantinham com eficiência, e a transmissão dos valores como tradição e obediência se processava sem tumultos, de uma geração para outra, de cima para baixo.

O século XIX, contudo, especialmente na sua segunda metade, testemunhou uma significativa mudança no perfil da família brasileira que, graças a uma série de fatores importantes como, por exemplo, a urbanização das cidades, a chegada da luz elétrica, a introdução de modos e costumes europeus trazidos pela corte portuguesa, a mesclagem de culturas por força do aumento do ciclo migratório, adquiriu um retrato mais afetivo, diga-se assim, mais voltado à formação de família a partir da própria e pessoal escolha do par conjugal, o que refletiu na reformulação de papéis do homem e da mulher no cenário doméstico, bem como no mercado de trabalho. Outra passou a ser a dinâmica familiar, ainda que – é necessário que se registre – o jugo da mulher ao homem ainda permanecesse, de certa forma, dentro do lar, mesmo que ela já houvesse conquistado o direito ao trabalho, especialmente as mulheres da classe média, chamada burguesia.

Mas os ares da modernidade já se encontravam em circulação e, após os anos 50 do anterior século, implantou e firmou-se mais e mais o perfil libertário que admitia mais e maiores escolhas dos indivíduos, inclusive dentro de seu ambiente familiar. Nas relações entre pais e filhos, o traço autoritário começa a ceder espaço para as decisões conjuntas e para o trato igualitário<sup>20</sup>. De lá até este tempo, muita mudança ainda houve, mudança agora mais perceptível aos participantes da cena familiar porque acontecem de maneira cada vez mais veloz, mais célere.

Há, na pós-modernidade, um outro modo de estabelecimento das relações parentais, mormente entre pais e filhos, diferente do modelo anterior, certamente. Os modelos fixos do passado desconstruem-se, admitindo uma reorganização cênica no *habitat* familiar, no qual vivem os pais, os filhos, os avós, num interessante e diferenciado encontro geracional que, por tudo, é diferente das convivências de gerações de outrora. Giddens, citado no excelente estudo de Maria Lúcia Rocha-Coutinho<sup>21</sup>, afirma com precisão que nas sociedades anteriores *a tradição é o meio de lidar com o tempo e o espaço, inserindo qualquer atividade ou experiência particular na continuidade do passado, presente e futuro, os quais, por sua vez, são estruturados em práticas sociais recorrentes*, enquanto que, nas sociedades modernas, *as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz das informações recebidas sobre aquelas próprias práticas, alterando, assim, construtivamente, seu caráter*.

Um fenômeno interessante de ser anotado é aquele que mostra que os filhos já não saem de seus lares originais tão logo deixem a adolescência, como foi comum no modelo de família imediatamente anterior a esse. Aquela expectativa que corria alegremente, há bem poucas décadas, a favor do momento de se alcançar a maioridade, já não se repete hoje, e os filhos se tornam adultos *sem passar para a idade adulta*, como é o interessante dizer de Elza Ramos<sup>22</sup>, prolongando a coabitação entre gerações por razões que não foram consideradas ou vivenciadas nas sociedades anteriores a esta, como por exemplo, o prolongamento dos estudos, as dificuldades econômicas, o mercado de trabalho mais fechado. Embora conviventes, os estudos mostram<sup>23</sup> que na maioria dos casos, pais e filhos convivem bem e os pais reconhecem o direito dos filhos a uma vida pessoal (e mesmo sexual), ainda que em situação de coabitação familiar, circunstância esta que nunca foi admitida no seio familiar

<sup>19</sup> Conf. Jurandir Freire Costa, *Ordem médica e norma familiar*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Graal, 1989.

<sup>20</sup> A própria autora deste estudo, nascida em 1950, conheceu este desprendimento da autoridade paterna quando decidiu, aos dezessete anos, na pequena e interiorana cidade paulista de São Carlos, deixar o lar para cursar a Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP), na capital, com o intuito de seguir profissão que, aos olhos de seu pai, nascido nos primeiros anos do século XX, era “profissão exclusiva para homens”...

<sup>21</sup> A. Giddens, *The consequences of modernity*, Cambridge: Polity Press, 1990, citado por Maria Lúcia Rocha-Coutinho, Transmissão geracional e família na contemporaneidade, in *Família e Gerações*, organização de Myriam Lins de Barros, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, ps. 91-106.

<sup>22</sup> Elza Ramos, As negociações no espaço doméstico: construir a “boa distância” entre pais e jovens adultos “coabitantes”, in *Família e Gerações*, organização de Myriam Lins de Barros, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, ps. 39-65.

<sup>23</sup> Idem, ps. 42-43.

há bem poucos anos antes. Mas, o lado positivo desta permanência por mais tempo em casa, apurou um convívio intergeracional diferenciado, pois as gerações (avós, pais e filhos) passam a ter a oportunidade distinta de conviver, estando os mais jovens com a definição de suas faixas etárias para além da infância e da adolescência, o que pode tornar o diálogo bastante mais facilitado, ao menos na maioria dos casos.

Assim, e porque as relações inter-parentais têm sido moldadas muito mais sobre um patamar igualitário do que sob uma torre de poder, exclusivamente, convivem mais produtivamente os mais velhos e mais jovens, cada um deles tendo muito o que ensinar ao outro reciprocamente, fazendo com que as relações hierárquicas, antes baseadas na obediência cega aos modelos de repetição tradicional, cedam espaço para os novos paradigmas norteadores das relações parentais no seio da família contemporânea, como o afeto, o amor, a cooperação, a mútua proteção e a sadia cumplicidade entre seus membros. E não se trata, por certo, de apenas mais um simples discurso de revisão sociológica, antropológica ou psicológica o que se registra aqui, mas sim de um convite à reflexão, no sentido de se perceber, com clareza, que os modelos legislados de uma sociedade em mutação devem estar atentos para a necessidade de acompanharem estas mudanças, sob pena de se tornarem anacrônicos e inúteis. Os códigos da contemporaneidade devem ser tais, portanto, que sejam não apenas abertos e permeáveis às novas visões, mas que sejam despojados de preconceitos e de ranços próprios do passado, para que contenham regras e normas de efetiva eficácia e ajuste com o reclamo social atual.

#### 4. OS MARCOS DEIXADOS EM PROL DA REFLEXÃO

Maria Lúcia Rocha-Coutinho diz que *a família deve ser entendida em sua complexidade e discrepância de interesses, necessidades e sentimentos*.<sup>24</sup> Com isso, a psicóloga quer mostrar que a família se movimenta com o movimento dos tempos, que se altera com a alteração dos costumes, que se modifica com a modificação das pessoas que a constituem, em suas relações inter-pessoais.

A *foto* da família da pós-modernidade retrata muito além de suas funções simplesmente sociais, econômicas,

ideológicas, reprodutivas, religiosas, morais, para retratar também os projetos pessoais de cada um de seus membros, na busca pela sua realização e felicidade, sem perder de vista, contudo, a mesma projeção para o todo familiar. Isso porque a sociedade de hoje é assim. Os homens de hoje estão assim. A vida é esta e as condutas humanas assim são realizadas. E, *uma vez que a família está inserida em uma sociedade, ela não pode ficar à parte das alterações sociais*, assim como, por outro ângulo, *a sociedade não pode ficar alheia às mudanças no meio familiar*.<sup>25</sup>

Na visão de Giddens, os relacionamentos familiares contemporâneos – quer no nível da conjugalidade, quer no nível da parentalidade – se baseiam na *primazia do amor*, e suas características principais poderiam ser assim enumeradas: a) são relações que se valorizam por si mesmas e não por condições exteriores da vida social e econômica; b) são relações que primam pelo que podem trazer de bom para cada um dos membros do núcleo familiar envolvidos; c) organizam-se pelo viés reflexivo, no qual a comunicação é aberta e tem base contínua; d) são relações que tendem a se verem mais focadas na intimidade, na cumplicidade e na confiança mútua; e) são relações que transformam a obrigação do contato constante em compromisso ético entre os seus partícipes.

Enfim, a nova família da contemporaneidade não é melhor nem pior do que os modelos familiares que a antecederam, mas é diferente deles, como se disse inicialmente. Nesta família, os aspectos de positividade são bem vindos e são capazes, quiçá, de deixar se ênfase os aspectos que assim não sejam, porque aqueles são aspectos que dizem respeito mais às trocas, às verdades, à cooperação, à complexidade e, principalmente ao afeto entre seus membros.

Para esta nova família, para esta *nova foto sobre a lareira*, o pensador do direito, o legislador e o aplicador das leis, todos devem estar muito atentos à nova e urgente maneira de se produzir a sua *moldura jurídica*, para fazê-lo de modo amalgamado ao modo ético de *ser* e de *estar-no-mundo*, nesta era de agora.

São Paulo, 19 de março de 2006.

<sup>24</sup> Maria Lúcia Rocha-Coutinho, Transmissão geracional e família na contemporaneidade, in *Família e Gerações*, organização de Myriam Lins de Barros, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 97.

<sup>25</sup> Idem, *ibidem*.

## EXTRADIÇÃO: ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS

Carlos Henrique MACIEL\*

### RESUMO

O presente trabalho almeja traçar algumas linhas a respeito da **extradição**, conforme sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, destacando os aspectos principais de direito material e processual que envolvem o instituto. O estudo baseou-se sobretudo nos escólios extraídos da jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal.

### ABSTRACT

This work develops brief lines about the **extradition**, according to the Brazilian Law, detaching the principal aspects of substantive and procedure rules that command the institute. The study was overcoat based on the several trials pronounced by the Federal Supreme Court of Brazil.

## 1. DIREITO EXTRADICIONAL SUBSTANTIVO

### 1.1. NOÇÕES GERAIS SOBRE EXTRADIÇÃO

A extradição é velho instituto nascido do *jus gentium* e enraizado nas relações entre nações livres.

#### 1.1.1. CONCEITO

**Extradição**<sup>1</sup> é o ato de cooperação internacional pelo qual, com base em tratado ou promessa de reciprocidade, um Estado soberano, atendendo a pedido governamental, exclui de seu território indivíduo estrangeiro nele presente, entregando-o à Justiça de outro país, onde esteja sendo legitimamente processado ou haja sido regularmente condenado por infração penal ali cometida.<sup>2</sup>

Perante o ordenamento brasileiro, as condições materiais e processuais da extradição são aquelas desenhadas predominantemente em tratado internacional firmado pelo Brasil e, subsidiariamente, pela Lei nº 6.815/80 (“Estatuto dos Estrangeiros”), regulamentada pelo Decreto nº 86.715/81, sem prejuízo das normas contidas no Regimento Interno do STF. Deste modo, eventual antinomia normativa entre aquelas fontes formais do direito positivo será decidida em favor da convenção bilateral, não por hierarquia, mas porque o acordo assinado e promulgado por Estados soberanos é norma especial em relação à lei doméstica (*lex specialis derogat generali*).<sup>3</sup>

#### 1.1.2. ESPÉCIES

*Quanto à finalidade do pedido*, fala-se em:

\* Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo e Professor de Direito Constitucional da PUCCAMP.

<sup>1</sup> Do latim *ex + traditio* = “entregar para fora”.

<sup>2</sup> Conhecemos, apenas, a extradição interestatal. No Brasil não há extradição de pessoas de uma unidade federada para outra (extradição interestadual).

<sup>3</sup> Cf. decisão monocrática proferida pelo Min. CELSO DE MELLO na “PPE-QO” nº 170/EUA, DJU de 1º/8/1995, p. 21.641.

A) **Extradução Instrutória**: tem por objetivo remeter o extraditando ao território do país requerente, de modo que ele possa, ali, acompanhar pessoalmente o andamento das investigações ou do processo criminal contra si promovido (pressupõe a existência de ordem de prisão cautelar emitida pelo Estado postulante);<sup>4</sup> e

B) **Extradução Executória**: se a transferência do extraditando tiver por escopo obrigá-lo ao cumprimento de sanção penal no exterior (pressupõe sentença criminal condenatória).

*Quanto à origem do pedido*, há, perante nós, duas outras espécies:

A) **Extradução Ativa** (ou “extradição importadora”): aquela reivindicada *pelo* Brasil junto a outro país; e

B) **Extradução Passiva** (ou “extradição exportadora”): aquela reivindicada *ao* Brasil por nação estrangeira.

### 1.1.3. DIFERENCIAÇÕES

A extradicação tem certas semelhanças secundárias com outros institutos ligados ao direito internacional; contudo, deles se distingue em pontos essenciais. Senão, vejamos.

**Expulsão**<sup>5</sup> é a exclusão do território nacional imposta a súdito estrangeiro que, estando regular ou irregularmente no Estado expulsor, haja ameaçado ou violado a ordem jurídica deste.<sup>6</sup> Diferentemente da extradicação, a expulsão é regulada sobretudo pelas normas de direito interno.<sup>7</sup>

No Brasil, cabe a medida expulsória quando o estrangeiro:

- atentar, de qualquer forma, contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a

tranquilidade ou moralidade pública e a economia popular;

- adotar qualquer comportamento que o torne noviço à conveniência e aos interesses nacionais;
- praticar fraude, a fim de obter sua entrada ou permanência no País;
- havendo entrado no território nacional com infração à lei, dele não se retirar voluntariamente no prazo que lhe for determinado, e desde que não seja aconselhável a simples deportação;<sup>8</sup>
- entregar-se à vadiagem ou à mendicância; ou
- desrespeitar proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro.

Tais situações serão apuradas em procedimento administrativo, garantindo-se ao indiciado o exercício efetivo do direito de defesa.<sup>9</sup>

A expulsão será, ao final, determinada por ato exclusivo do Presidente da República (decreto), segundo seu juízo de conveniência e oportunidade, sem a prévia manifestação do Supremo Tribunal Federal. Portanto, ao contrário do que ocorre com a extradicação, a expulsão não dependerá de processo judicial que a autorize, muito embora seja passível de controle de legalidade pelo Judiciário quanto aos seus aspectos extrínsecos (elementos formais e objetivos).<sup>10</sup> Também de acordo com a estrita avaliação do Chefe do Executivo da União, essa saída compulsória poderá ser executada ainda que o expulsando esteja, no Brasil, respondendo a processo penal, haja sido criminalmente condenado ou, mesmo, já cumprindo a respectiva pena.

A legislação ordinária aponta as *hipóteses de inexpulsabilidade*:

- quando, em última análise, a expulsão coincidir com algum caso em que se proíba a extradicação (ex.: expulsão de brasileiro);
- quando, sem ruptura, o estrangeiro mantiver, há mais de cinco anos, casamento, ou união estável (art. 226, § 3º, da CF), com pessoa brasileira; e

<sup>4</sup> Logo, a condenação penal definitiva não é pressuposto único ou indispensável para a extradicação (cf. Plenário do STF, rel. Min. NELSON JOBIM, “Ext” nº 820/Itália, DJU de 3/5/2002, p. 14).

<sup>5</sup> Do latim *ex + traditio* = “enviar de dentro para fora”.

<sup>6</sup> Cf. arts. 65-75 da Lei nº 6.815/80 c/c arts. 100-109 do Decreto nº 86.715/81.

<sup>7</sup> Compete privativamente à União legislar sobre extradicação e expulsão (art. 22, XV, da CF). Delas cuida, simultaneamente, a Lei nº 6.815/80; no entanto, as regras deste Diploma concernentes à extradicação são subsidiárias às dos tratados internacionais.

<sup>8</sup> Explica-se: expulsão e deportação são modalidades de exclusão de estrangeiro do território nacional; no entanto, a segunda é mais branda e menos formal que a primeira. Tanto é verdade que a norma incriminadora do art. 338 do CP só reprime o reingresso no território nacional do estrangeiro que dele fora anteriormente expulso, não o apenas deportado. A entrada ou estada irregular no Brasil basta para a deportação, não se indagando da periculosidade do estrangeiro; contudo, essa irregularidade poderá ensejar até mesmo a expulsão, quando, aliada a outras circunstâncias desfavoráveis ao súdito alienígena, revelar um quadro fático em que a autoridade administrativa entenda ser insuficiente a mera deportação.

<sup>9</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, “HC” nº 79.746/SP, DJU de 30/6/2000, p. 40.

<sup>10</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CEZAR PELUSO, “HC” nº 82.893/SP, DJU de 8/4/2005, p. 7.

- quando o estrangeiro possuir filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda permanente ou dele dependa economicamente. Nesta hipótese, não haverá impedimento à expulsão se a adoção ou o reconhecimento do filho brasileiro pelo estrangeiro forem supervenientes ao fato que motivar a expulsão.

O expulso ficará obstado de adentrar novamente em território nacional.

**Deportação**<sup>11</sup> é a exclusão do território nacional imposta a súdito estrangeiro que nele ingressar ou permanecer de maneira irregular.<sup>12</sup> Aqui, a saída compulsória é promovida por ato administrativo da própria Polícia Federal, sendo o estrangeiro devolvido para o país de sua nacionalidade ou de sua procedência, ou para outro que consinta em recebê-lo. Entretanto, não se procederá à deportação que implicar extradição inadmitida pela lei brasileira, nem quando o deportando tiver os mesmos laços familiares que impedem a expulsão.<sup>13</sup>

**Impedimento** é a ação da polícia de fronteira que obstrui o ingresso no território nacional de estrangeiro que não possua documento válido para tanto (ex.: passaporte, visto de entrada). Neste caso, o indivíduo não ultrapassa a barreira, sendo providenciado seu imediato retorno.

**Banimento** é a punição que o Estado impõe ao próprio súdito, cassando-lhe os direitos políticos e proibindo-o de habitar o país, temporária ou perpetuamente. Com essa expatriação, o banido é forçado ao *exílio* em outra nação.<sup>14</sup> Cuida-se de pena restritiva da liberdade atualmente vedada pela Carta Política brasileira.<sup>15</sup>

**Degredo** (ou “confinamento”) é a pena restritiva de liberdade — hoje inexistente — que impõe ao condenado a obrigação de residir em determinada região do território nacional. O degredo colonial foi aplicado com frequência e inteligência pelo Reino de Portugal: ao invés de abarrotarem as prisões da Metrópole, os sentenciados eram remetidos

às colônias, que tanto necessitavam de povoamento e mão de obra; dessa maneira, o Estado português substituíu o ônus pelo ganho.

**Abdução**<sup>16</sup> é a retirada compulsória e clandestina de alguém do território nacional onde reside. Cuida-se de grave atentado contra a soberania do país em que o abduzido se encontrava.<sup>17</sup> Se a retirada é consentida ou ajudada pelo Estado de residência, porém sem o devido processo legal, dá-se a *extradição de fato*, também ilícita, já que igualmente acontece às ocultas.

**Reextradição** é o ato pelo qual o Estado, depois de obter a extradição junto a outro país, entrega o indivíduo à Justiça de uma terceira nação que o reclame, para ali ser julgado ou punido. A medida recairá em ilicitude caso não seja previamente autorizada pelo Estado que concedera a primeira extradição.<sup>18</sup>

**Reassentamento internacional** é uma das fórmulas de solução durável para os refugiados que se instalaram em um Estado, consistente em seu encaminhamento a um terceiro país que os aceite. Esta medida, sempre que possível, será voluntária.<sup>19</sup>

**Repatriação** é outra dessas fórmulas: obtém-se com o retorno dos refugiados ao seu Estado de origem. Ocorre de maneira voluntária, salvo nos casos em que as pessoas não possam recusar a proteção do país de que são nacionais, por não subsistirem as circunstâncias que ensejaram o refúgio.<sup>20</sup>

## 1.2. REQUISITOS DA EXTRADIÇÃO PASSIVA

A licença para a extradição passiva depende do preenchimento dos vários requisitos exigidos pelo Estatuto dos Estrangeiros,<sup>21</sup> suscetíveis de modificação por acordos entre os Estados soberanos (“princípio da prevalência dos pactos internacionais”), sempre respeitadas, todavia, as vedações básicas trazidas pelo ordenamento constitucional.

<sup>11</sup> Do latim *deportatio* = “lançar a outro porto”.

<sup>12</sup> Cf. arts. 57-64 da Lei n° 6.815/80 c/c arts. 98-99 do Decreto n° 86.715/81.

<sup>13</sup> Essa hipótese impeditiva, originariamente referida à expulsão (art. 75, II, da Lei n° 6.815/80), é aplicável por analogia à deportação, conforme ensinou o Min. SEPÚLVEDA PERTENCE em voto que proferiu na “Ext” n° 510/Portugal, DJU de 3/8/1990, p. 7.235.

<sup>14</sup> O exílio político não se confunde com o exílio local, espécie de medida de segurança não-detentiva por meio da qual o condenado ficava, pelo prazo mínimo de um ano, proibido de residir ou permanecer na localidade, município ou foro em que o crime houvera sido praticado. Previsto na Parte Geral do Código Penal de 1940 (art. 88), o desterro desapareceu com a Reforma de 1984.

<sup>15</sup> Cf. art. 5°, XLVII, “d”, da CF. Nem sempre foi assim. Em nosso recente passado, o Ato Institucional n° 13/69 vergonhosamente permitia ao Governo federal banir do território nacional o brasileiro que, comprovadamente, se tornasse “inconveniente, nocivo ou perigoso à Segurança Nacional”.

<sup>16</sup> Do latim *abductio* = “afastar do caminho”.

<sup>17</sup> O carrasco nazista ADOLF EICHMANN protagonizou um dos exemplos mais espetaculares desse ilícito internacional. Seqüestrado em Buenos Aires pelo serviço secreto israelense (1960), o genocida alemão foi conduzido, sem autorização do governo argentino, a Jerusalém, onde acabou julgado, condenado e levado à forca (1962).

<sup>18</sup> Cf. art. 91, IV, da Lei n° 6.815/80.

<sup>19</sup> Cf. art. 45 da Lei n° 9.474/97.

<sup>20</sup> Cf. art. 42 da Lei n° 9.474/97.

<sup>21</sup> Cf. arts. 76 a 78 da Lei n° 6.815/80.

Tais requisitos cumulativos seguem abaixo, articuladamente.

### 1.2.1. EXISTÊNCIA DE ATO INTERNACIONAL

O pedido de extradição deve vir fundamentado em **tratado internacional** que o Brasil tenha avençado com o Estado requerente; a deficiência ou falta desse acordo formal poderá ser suprida pelo **compromisso de reciprocidade** firmado pelo Estado requerente em favor do Brasil, e presumidamente sincero.<sup>22</sup>

Não importa se esses atos jurídicos internacionais foram subscritos após a data do delito; sua aplicabilidade é imediata, podendo atingir acontecimentos pretéritos,<sup>23</sup> até porque as normas sobre extradição não configuram, em si, matéria de direito penal (extradição não é sanção).<sup>24</sup>

O acatamento ou não do voto de reciprocidade é da estrita competência discricionária do Governo brasileiro. Seu eventual acolhimento não depende de referendium do Congresso Nacional,<sup>25</sup> e ocorrerá antes do acionamento do Poder Judiciário.<sup>26</sup> Deste modo, o simples envio do pedido de extradição ao Supremo Tribunal Federal pelo Ministro da Justiça faz presumir a aceitação da oferta estrangeira. A Corte Suprema não tem poderes para formar juízo de conveniência acerca do compromisso de reciprocidade; sua tarefa resume-se ao exame dos aspectos puramente legais da promessa.

A reciprocidade de tratamento para casos análogos, assim prometida pelo Estado requerente ao Brasil, deve ser

passível de fiel cumprimento.<sup>27</sup> Se a legislação interna do país promitente opuser obstáculo ao sentido inverso, negando a garantia de que o Brasil lá obterá a extradição que porventura solicitar nas mesmas condições, o Supremo Tribunal Federal não deferirá o pedido extraditório.<sup>28</sup>

### 1.2.2. NACIONALIDADE ESTRANGEIRA DO EXTRADITANDO

O Estado estrangeiro poderá, sem objeções, requerer a extradição de seu próprio nacional, de apátridas<sup>29</sup> ou de nacional de outro país, à exceção do nacional brasileiro. Em nenhuma hipótese será admitida a extradição de brasileiro nato (inextraditabilidade absoluta); já a extradição do brasileiro naturalizado ficará sujeita a condições especiais, isto é, desde que o crime comum tenha sido praticado antes da naturalização, ou desde que haja comprovado envolvimento em narcotráfico, sendo irrelevante, neste último caso, a época do delito (inextraditabilidade relativa).<sup>30</sup>

“Não impede a extradição a circunstância de ser o extraditando casado com brasileira ou ter filho brasileiro” (Súmula n° 421 do STF), ainda que haja dependência econômica.<sup>31</sup> É que, diferentemente do que fez em relação à expulsão (de modo explícito) e à deportação (por analogia), o Legislador não catalogou esses empecilhos no tocante à extradição. Também não é óbice à extradição o fato de o extraditando possuir negócios,<sup>32</sup> trabalho lícito<sup>33</sup> ou visto de permanência no Brasil,<sup>34</sup> ou, ainda, aqui residir há vários anos.<sup>35</sup> Ademais, enquanto a expulsão e a deportação são *medidas de polícia*, sujeitas ao juízo discricionário da autoridade administrativa acerca da inconveniência da estada

<sup>22</sup> Cf. Plenário do STF, REL. Min. CELSO DE MELLO, “Est” n° 633/China, DJU de 6/4/2001, p. 67.

<sup>23</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. MOREIRA ALVES, “Ext” n° 759/Itália, DJU de 26/1/1999, p. 83.

<sup>24</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, “Ext” n° 864/Itália, DJU de 29/8/2003, p. 19.

<sup>25</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. OSCAR CORRÊA, “Ext” n° 415/Itália, DJU de 31/8/1984.

<sup>26</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, “Ext” n° 431/Suécia, DJU de 4/4/1986, p. 4.753.

<sup>27</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CARLOS BRITTO, “Ext” n° 971/Panamá, DJU de 12/5/2006, p. 5.

<sup>28</sup> O Supremo Tribunal Federal viu-se diante de caso emblemático: mediante compromisso de reciprocidade, a Alemanha houvera requerido a extradição de brasileiro naturalizado, por delito lá praticado anteriormente à naturalização brasileira. Verificou-se, entretanto, que a Constituição alemã categoricamente proíbe a extradição de nacional alemão, não distinguindo entre o nato e o naturalizado. Logo, o Governo da Alemanha estaria incapacitado de atuar com a exata reciprocidade em relação ao Brasil: não poderia honrar o que prometera, pois, invertidos os papéis, jamais concederia ao Brasil a extradição de alemão naturalizado. Diante desse empecilho legal, o Pretório Excelso recusou a extradição pretendida (cf. Plenário do STF, rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, “Ext-QO” n° 1.010/Alemanha, DJU de 19/12/2006, ( p. 36).

<sup>29</sup> É irrelevante ter o indivíduo perdido a nacionalidade do país que solicita sua extradição (cf. Plenário do STF, rel. Min. MARCO AURÉLIO, “Ext” n° 975/Áustria, DJU de 13/10/2006, p. 43).

<sup>30</sup> Cf. art. 5°, LI, da CF. Maiores considerações poderão ser encontradas no item adiante que trata da “inextraditabilidade de brasileiro”.

<sup>31</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CARLOS BRITTO, “Ext” n° 995/Espanha, DJU de 10/8/2006, p. 20. De nada servem, em defesa do extraditando, alegações genéricas no sentido de que o acolhimento da extradição em desfavor de estrangeiro que mantenha laços conjugais ou familiares com pessoa brasileira estaria a violar a “dignidade da pessoa humana”, a “tutela constitucional da família” ou a “proteção da criança”. Os argumentos são ridículos, maliciosos e vazios, porquanto tais institutos nunca fizeram parede à condenação de alguém à prisão; muito menos no tocante à extradição, sempre embasada em delitos graves (cf. Plenário do STF, rel. Min. CELSO DE MELLO, “Ext” n° 839/Itália, DJU de 19/3/2004, p. 17).

<sup>32</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, “Ext” n° 870/Itália, DJU de 19/11/2004, p. 27.

<sup>33</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, “Ext” n° 948/Itália, DJU de 3/6/2005, p. 4.

<sup>34</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, “Ext” n° 864/Itália, DJU de 29/8/2003, p. 19.

<sup>35</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. NELSON JOBIM, “Ext” n° 820/Itália, DJU de 3/5/2002, p. 14.

do estrangeiro em território nacional, ao qual se sobrepõe o interesse de seus familiares brasileiros, a extradição constitui *medida de cooperação* entre nações, com o objetivo de reprimir comportamentos criminosos dotados de certa gravidade.<sup>36</sup>

### 1.2.3. CRIMINALIDADE COMUM

Extradição é ato de cooperação entre os povos que almejam combater, exclusivamente, autores de **crimes comuns**. Logo, “não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião” (art. 5º, LII, da CF).

**Crimes de opinião** são infrações penais consistentes em abusos na manifestação do pensamento, por qualquer meio. O delito de consciência é, em geral, cometido mediante o emprego da expressão verbal, sob forma oral, escrita ou gesticulada, podendo, ainda, abarcar a participação em movimentos ou grupos reivindicatórios, desde que pacíficos. Sua motivação é puramente ideológica, religiosa, étnica, racial, etc. A Constituição do Brasil, que eleva a liberdade de manifestação do pensamento a direito individual, não poderia permitir a extradição de quem fosse acusado de exteriorizar suas idéias.

**Crimes políticos** são as infrações penais que, por meio de ações concretas e deliberadas, agridem a personalidade ou a segurança interna ou externa do Estado, ou, ainda, ofendem a estrutura da organização social.<sup>37</sup> Aqui adentram, entre nós, os *crimes contra a segurança nacional* (antiga denominação dada pela Lei nº 7.170/83) e o *genocídio* (cujas modalidades são descritas pela Lei nº 2.889/56). A inextraditabilidade por crime político possui duas justificativas principais: evitar a intromissão do Estado requerido nos assuntos políticos internos do Estado requerente da extradição; evitar possivelmente, que, em época de rompimento com os princípios democráticos, algum Governo continue perseguição ideológica contra alguém que, com altruísmo, haja simplesmente exercido um direito fundamental.

Esses delitos podem conter descrição normativa de caráter exclusivamente político (*crimes políticos puros* ou

*absolutos*), podem reunir, no tipo penal, elementos próprios das infrações penais comuns (*crimes políticos mistos* ou *relativos*) ou vir acompanhados destas, em sua execução (*crimes políticos conexos*).

Importantíssimo enfatizar que a expressão “crime político” foi adotada na Constituição com distintas finalidades, o que lhe imprime contornos inconfundíveis quanto à utilização. De um lado, crime político aparece como um dos parâmetros definidores da competência da Justiça Federal,<sup>38</sup> dependente, portanto, da ação do Congresso Nacional ao estabelecer a tipicidade penal em lei estrita; de outro lado, crime político é empregado como obstáculo à extradição, sujeito, agora, à exegese do *Supremo Tribunal Federal*.<sup>39</sup> Vale dizer: uma mesma conduta pode caracterizar crime político, para efeito de fixação de competência, e ser desclassificada, como tal, para efeito de extradição.<sup>40</sup>

Essa atitude de desprezo à natureza política de certos crimes — que acabará por permitir a extradição em relação a eles — é conferida à Corte Suprema em situações excepcionais (“cláusula suíça”): o caráter político do ilícito não impedirá a extradição se o fato constituir, principalmente, infração da lei penal comum (“princípio da principalidade”), ou se o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato de maior relevo (“princípio da preponderância”).<sup>41</sup> Sabe-se que, na maioria das vezes, o crime político vem associado a um ou mais delitos comuns, seja quanto à tipificação, seja em sua execução; quando isto ocorrer, o hibridismo será desatado caso a caso pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar os pedidos de extradição. Sua missão mais delicada é a de rechaçar a *extradição política disfarçada* (aquela que, a pretexto de punir crime aparentemente comum, encobre perseguição política).<sup>42</sup> Por isso, o caráter da infração não será aquele estabelecido *a priori* pelo Estado estrangeiro; tal apreciação será exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

A Suprema Corte brasileira estipulou que, conquanto praticado em vínculo direto com o objetivo de minar ou substituir a organização política ou social do Estado,<sup>43</sup> o fato delituoso perderá sua adjetivação política, para fins extraditórios, quando houver prevalência da norma

<sup>36</sup> Trecho do voto proferido pelo Min. SEPÚLVEDA PERTENCE na “Ext” nº 510/Portugal, DJU de 3/8/1990, p. 7.235.

<sup>37</sup> Este é o conceito doutrinário de crime político próprio, inconfundível com o de crime eleitoral, que lesa a regularidade das eleições ou algum direito político do cidadão (crime político impróprio).

<sup>38</sup> Cf. art. 109, IV, 1ª hipótese, da CF.

<sup>39</sup> Cf. art. 5º, LII, da CF c/c art. 77, § 2º, da Lei nº 6.815/80.

<sup>40</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, “RE” nº 160.841/SP, DJU de 22/9/1995, p. 30.610.

<sup>41</sup> Cf. art. 77, § 1º, da Lei nº 6.815/80.

<sup>42</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, “Ext” nº 794/Paraguai, DJU de 24/5/2002, p. 55.

<sup>43</sup> A contrario sensu, a infração não atingirá a condição jurídica de crime político quando o comportamento delitivo não tiver liame lógico e imediato com as convicções ideológicas de seu autor (cf. Plenário do STF, rel. Min. OSCAR CORREA, “Ext” nº 475/EUA, DJU de 14/10/1988, p. 26.380), nem quando resultar de conflitos de ordem pessoal entre o extraditando e as autoridades públicas do país solicitante (cf. Plenário do STF, rel. Min. ELLEN GRACIE, “Ext” nº 830/EUA, DJU de 27/6/2003, p. 30).

de direito comum em razão da crueldade, atrocidade ou torpeza do meio empregado para atingir a *meta optata*.<sup>44</sup> Nessas hipóteses, a violação dos interesses dos indivíduos ou da comunidade excede, em gravidade, a ofensa ao interesse político; reunidas tais condições, o crime político relativo ou conexo não configurará exceção à extradição, por merecer tratamento de infração penal comum.<sup>45</sup>

O *distinguishing* judicial não é indiscriminado, pois admissível em apenas algumas modalidades de crime político. Para o efeito de autorizar a extradição, o Supremo Tribunal Federal só poderá **desconsiderar** como crimes políticos os atentados contra Chefes de Estado ou quaisquer autoridades (“cláusula belga”),<sup>46</sup> bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, seqüestro de pessoa, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem pública ou social.<sup>47</sup>

Há quem afirme a contrariedade desses dispositivos do Estatuto dos Estrangeiros à vigente ordem constitucional.<sup>48</sup> A tese não vinga no seio do Pretório Excelso. De fato, a Carta Política proíbe a extradição perante crime político; no entanto, ela não o define, assim confiando ao Legislador infraconstitucional a tarefa de indicar as situações que o caracterizam, ou não, especialmente para fins de extradição.<sup>49</sup> Foi exatamente o que fez o art. 77, § 1º, da Lei nº 6.815/80, de maneira razoável e em consonância com a tendência mundial. Outrossim, a dicção do art. 77, § 3º, da Lei nº 6.815/80 poderia conduzir o leitor menos atento à conclusão de que, além dos casos de crime político relativo ou conexo (§ 1º), o Supremo Tribunal Federal teria poder discricionário para afastar o caráter essencialmente político de uma série de outros delitos, ali autorizando a extradição (o que, se fosse verdade, violaria a Constituição). Acontece

que o § 3º é mero desdobramento do § 1º: no fundo, pretende dizer que, cuidando-se de crimes políticos relativos ou conexos, o Supremo Tribunal somente deferirá a extradição quando tais fatos coincidirem com as hipóteses taxativamente nele descritas (atentados contra Chefes de Estado, etc.), e desde que a incriminação como delito comum sobrepuja o âmago político. Nessas hipóteses, o crime político é arrebatado pelo delito comum, tornando-se inexpressivo e, portanto, inaproveitável para o efeito de obstar a extradição. A questão, portanto, é de valoração jurídica, não de conveniência.<sup>50</sup>

O que se pode garantir é que jamais deverá a Corte Suprema, ao seu alvedrio, abonar a extradição de quem haja praticado delito *puramente* político<sup>51</sup> ou com predominância sobre o crime comum.<sup>52</sup>

Há dois crimes políticos que merecem meditação à parte: o *genocídio* e o *terrorismo*. Quando presentes, torna-se desnecessária a aferição do valor preponderante pelo Judiciário, porquanto, ainda que eclodam embebidos de fortíssimo ânimo político, não ficarão desonerados da extradição.

Explicitamente, a lei pré-excluiu o **genocídio** da categoria de crime político, para fins de extradição.<sup>53</sup>

O **terrorismo** — embora, substancialmente, crime político — não é digno de escapar à extradição. Essa dedução emerge do espírito da própria Constituição, que não poupou energia e palavras para combatê-lo no âmbito doméstico e no plano internacional.<sup>54</sup>

A interpretação sistemática do texto constitucional revela que os autores de atos terroristas não usufruirão do privilégio da inextraditabilidade por crime político, já que o

<sup>44</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. MOREIRA ALVES, “Ext” nº 399/França, DJU de 14/10/1983, p. 15.825.

<sup>45</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. OSCAR CORRÊA, “Ext” nº 417/Argentina, DJU de 21/9/1984, p. 15.471.

<sup>46</sup> Também conhecida como “cláusula do atentado”, essa alcinha decorre de fato histórico: em visita à Bélgica, o Imperador francês NAPOLEÃO III sofrera atentado contra sua vida. Inicialmente, recusou-se a entrega do criminoso para ser julgado na França, já que, na época, era categoricamente proibida a extradição por crime político. Contudo, devido a pressões diplomáticas, o governo belga foi compelido a alterar sua legislação para nela incluir a possibilidade de extradição por delito político quando se tratasse de ato violento contra a pessoa de Chefe de Estado ou de seus familiares.

<sup>47</sup> Cf. art. 77, § 3º, da Lei nº 6.815/80.

<sup>48</sup> É a posição do eminente constitucionalista JOSÉ AFONSO DA SILVA, para quem o art. 77, § 1º, da Lei nº 6.815/80 não poderia permitir a desconceituação do crime político, ainda que relativo ou conexo, visto que, ao fixar tal hipótese de inextraditabilidade, a Constituição não houvera excepcionado. Mais grave seria a redação do art. 77, § 3º, do referido Diploma, pois estaria indevidamente capacitando o Supremo Tribunal Federal para desclassificar certos delitos intrinsecamente políticos (portanto, fora dos casos previstos § 1º), e, com relação a eles, autorizar a extradição ao seu arbítrio. Todavia, a maioria da doutrina considera que ambos os parágrafos foram recepcionados pela Constituição de 1988.

<sup>49</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. PAULO BROSSARD, “Ext” nº 615/Bolívia, DJU de 5/12/1994, p. 33.480.

<sup>50</sup> Eis a síntese da teoria brilhantemente defendida no STF pelo Min. MOREIRA ALVES durante fervoroso debate com o eminente Min. FRANCISCO REZEK (cf “Ext” nº 412/Itália, DJU de 8/3/1985, p. 2.597).

<sup>51</sup> Ex.: crimes de responsabilidade ou “contra a Constituição”; formas simples (sem violação a bens jurídicos comuns) de traição à Pátria, de atentado à soberania do País ou à Federação, de aliciamento à invasão do território nacional, de espionagem, de sedição, de associação ilícita.

<sup>52</sup> Ex.: crimes políticos acompanhados de lesões corporais leves, ameaça, calúnia, porte ilegal de arma, furto, falsificação documental ou uso de documento falso. A respeito, v. Plenário do STF, rel. Min. SYDNEY SANCHES, “Ext” nº 694/Itália, DJU de 22/8/1997, p. 38.760.

<sup>53</sup> Cf. art. 6º da Lei nº 2.889/56.

<sup>54</sup> Cf. arts. 4º, VIII, e 5º, XLIII, da CF. 55 Cf. Plenário do STF, rel. Min. CELSO DE MELLO, “Ext” nº 855 Chile, DJU de 1º/7/2005, p. 5.

País prometeu aos brasileiros e às demais nações repudiar veementemente o terrorismo.<sup>55</sup> O terrorista é o mais covarde e sanguinário dos criminosos; ataca à espreita e liquida pessoas indefesas; de caráter deformado e sem mostrar a cara, utiliza-se de meios sórdidos e cruéis, pondo em pânico a população em geral,<sup>56</sup> suas ações desmedidas atingem os mais profundos recônditos da baixa humana; é bandoleiro e assassino escondido sob o rótulo da delinquência política, que não lhe serve. Por sua indecência e perversão, os terroristas serão alienados do *favor constitutionis*.

A inextraditabilidade por crime político evoca, ainda, dois outros institutos: o *asilo* e o *refúgio*.<sup>57</sup> Em princípio, asilados e refugiados não se tornam absolutamente imunes à sua futura extradição, até porque, atendidas as condições legais, poderão, sem maiores dificuldades, ser entregues a uma nação diversa daquela de onde provieram e onde não estejam sujeitos a arbitrariedades. A título de ilustração, imaginemos que, saindo da Bolívia, Juan adquira asilo territorial ou refúgio no Brasil; em seguida, o Governo da Suíça solicita ao Governo brasileiro a extradição dessa pessoa, por crime comum lá cometido em passado remoto e sem conexão com os fatos que motivaram sua vinda ao Brasil. Nesta hipótese, o Estado brasileiro não ficará impedido de acolher o pedido extraditório.

Passemos a outra situação a partir do exemplo acima: o próprio Estado boliviano solicita a extradição de Juan, ora **asilado** em território brasileiro. Juan é inextraditável apenas por motivos ou delitos políticos, explícitos ou velados; então, o Supremo Tribunal Federal poderá autorizar sua entrega à Bolívia para responder por

crimes lá cometidos sem finalidade política. É que a Corte Suprema não está vinculada ao juízo discricionário formulado pelo Poder Executivo na outorga administrativa do asilo político.<sup>58</sup>

E se Juan já ostentar o *status* de **refugiado**? Nesta última hipótese, o Estado brasileiro só estará legitimado a extraditar o súdito boliviano por *delitos comuns*, e desde que estes não se identifiquem com os fatos que fundamentaram a concessão de refúgio, nem persistam, no país vizinho, as circunstâncias que puseram em risco a vida, integridade física ou liberdade de Juan.<sup>59</sup>

#### 1.2.4. DUPLA TIPICIDADE PENAL

A admissibilidade da extradição passiva reclama **dupla incriminação** ao delito comum: o fato imputado ao extraditando deve ser tipificado como *crime* nas legislações penais do Estado requerente e do Brasil, simultaneamente. Logo, não há espaço para as contravenções penais em sede extraditacional.<sup>60</sup>

É irrelevante a diferença no *quantum* das penas.<sup>61</sup> Também não importa eventual divergência quanto à nomenclatura (*nomen juris*) atribuída à entidade delituosa pelas legislações em cotejo,<sup>62</sup> nem mesmo pequenas discrepâncias quanto à descrição do tipo penal (*tatbestand*).<sup>63</sup> Para a satisfação do “princípio da identidade”, basta que o **fato narrado**<sup>64</sup> apresente os elementos estruturantes da capitulação delitiva (*essentialia delicti*) contida na norma incriminadora estrangeira e em correspondência com o teor da lei penal brasileira.<sup>65</sup>

<sup>55</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CELSO DE MELLO, “Ext” n° 855/Chile, DJU de 1º/7/2005, p. 5.

<sup>56</sup> Daí não poder ser capitulado como “ato terrorista” o ataque frontal a um estabelecimento militar, sem utilização de armas de perigo comum nem criação de riscos generalizados à população civil (cf. Plenário do STF, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, “Ext” n° 493/Argentina, DJU de 3/8/1990, p. 7.235).

<sup>57</sup> Asilo e refúgio são formas de acolhimento político: ambos são mecanismos jurídicos construídos pelo Direito Internacional Público para o combate à intolerância e à violência contra seres humanos, independentemente de sua nacionalidade; são concessões discricionárias e unilaterais efetuadas pelo Estado de acolhida com apoio na própria soberania. No entanto, mantêm algumas distinções entre si. Asilo político é a tutela prestada pelo Governo de um país a indivíduo estrangeiro, para livrá-lo de efetiva perseguição contra ele movida por outro Estado soberano em virtude de crime político ou por razões ideológicas; pressupõe, assim, acossamento individualizado. Refúgio político é o abrigo oferecido pelo Estado soberano que recebe em seu território pessoas de qualquer procedência que se viram forçadas a abandonar o território de outro país, vizinho ou não, sob fundado temor de perseguição em virtude de sua raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, ou, ainda, em decorrência de grave e generalizada violação de direitos humanos.

<sup>58</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CELSO DE MELLO, “Ext” n° 524/Paraguai, DJU de 8/3/1991, p. 2.200.

<sup>59</sup> Cf. arts. 32 e 33 da Lei n° 9.474/97. Nota-se, portanto, que o refúgio constitui proteção jurídica mais ampla do que o asilo. A mera solicitação formal do refúgio tem força suficiente para suspender, até decisão definitiva, qualquer processo de extradição pendente, em fase administrativa ou judicial. Por seu turno, o reconhecimento derradeiro da condição de refugiado constituirá óbice legal à extradição, ao menos no que tange aos delitos ligados aos fatos que animaram a outorga do benefício; logo, implicará, quanto ao pedido extraditório eventualmente já instaurado, a extinção do processo sem resolução do mérito, devido à carência superveniente da ação (cf. Plenário do STF, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, “Ext” n° 1.008/Colômbia, sessão de 21/3/2007, Informativo STF n° 460).

<sup>60</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. NELSON JOBIM, “Ext” n° 820/Itália, DJU de 3/5/2002, p. 14.

<sup>61</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, “Ext-ED” n° 816/EUA, DJU de 24/5/2002, p. 54.

<sup>62</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. SYDNEY SANCHES, “Ext” n° 480 França, DJU de 17/11/1989, p. 17.185.

<sup>63</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. MOREIRA ALVES, “Ext” n° 663/Itália, DJU de 19/12/1996, p. 51.765.

<sup>64</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CARLOS BRITTO, “Ext” n° 925/Paraguai, DJU de 9/12/2005, p. 6.

<sup>65</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CELSO DE MELLO, “Ext” n° 953/Alemanha, DJU de 11/11/2005, p. 6.

Vejamos um exemplo: não há perfeita coincidência formal entre o delito de *conspiracy*,<sup>66</sup> existente nos Estados Unidos, e o crime de bando ou quadrilha, conforme punido no Brasil (art. 288 do CP), muito embora assemelhados entre si.<sup>67</sup> A diferença principal é que o delito estrangeiro (“conspiração”) já se consuma com a associação entre duas ou mais pessoas com vista a futuras práticas criminosas, ao passo que o delito brasileiro (bando ou quadrilha) exige que a *societas delinquentium* reúna, no mínimo, quatro indivíduos. Deste modo, a extradição pelo delito de *conspiracy* dependerá das peculiaridades do caso: só será deferida se, com certa estabilidade, o extraditando estivesse integrado com três ou mais criminosos;<sup>68</sup> não atingido esse número, o fato, no Brasil, é penalmente atípico, o que impedirá a entrega do reclamado.<sup>69</sup>

Cobra-se simetria normativa, não um embasamento teórico uniforme. Ao Governo solicitante da extradição é inoponível a interpretação dada à norma incriminadora pela doutrina e jurisprudência brasileiras, na medida em que estas não podem sobrepor-se ao direito positivo de outro país ou à hermenêutica adotada pelo tribunal estrangeiro. Exemplo: no crime de dano ao patrimônio público causado para evasão da prisão, não será obstáculo à extradição a alegação de que o fugitivo teria agido sem o elemento subjetivo do tipo, e, assim, sua conduta seria impunível no Brasil.<sup>70</sup>

### 1.2.5. DUPLA PUNIBILIDADE PENAL

Além da dupla tipicidade, a extradição passiva demanda a subsistência da **punibilidade penal** em ambos os países, para o caso em apreço. Há uma lógica: considerando-se que a entrega do súdito estrangeiro é incabível quando profetizada pena privativa de liberdade *igual* ou *inferior* a um ano, com maior razão ficará inviabilizada a extradição diante da impossibilidade jurídica

de o Estado requerente ou requerido aplicar *qualquer* sanção criminal à pessoa. É o que ocorre com o advento da *abolitio criminis* e da prescrição criminal.<sup>71</sup>

Desse modo, constatada objetivamente a consumação da **prescrição** da pretensão punitiva ou da pretensão executória, seja pela lei estrangeira, seja pela brasileira, não se admitirá a extradição. Obviamente, deverão ser respeitadas as causas suspensivas ou interruptivas da prescrição consagradas nas legislações de ambos os países e no tratado internacional.<sup>72</sup>

Esclareça-se que a *ordinanza di rinvio a giudizio*,<sup>73</sup> existente no processo penal italiano, e o *bill of indictment*,<sup>74</sup> do direito norte-americano, são decretos formais de acusação formulados pela Justiça após instrução criminal preliminar; sendo, assim, institutos assimiláveis no Brasil à *sentença de pronúncia*, têm força jurídica suficiente para interromper o lapso prescricional.<sup>75</sup>

A situação torna-se mais delicada se, no processo de extradição, surge discussão acerca da **culpabilidade penal** do indivíduo reclamado. O Supremo Tribunal Federal a tanto não pode descer (senão quando invocada a menoridade criminal). Não se cuida, aqui, de indagar se a culpabilidade é *elemento conceitual do crime* (causalismo e finalismo tripartite) ou mero *pressuposto da pena* (finalismo bipartite). A resposta é bem mais simples e menos teórica: diante de pedido extraditacional, a Corte Suprema não tem o direito de revolver o conteúdo da prova realizada pelos órgãos jurisdicionais do Estado requerente; logo, fugirão à alçada da Justiça brasileira as questões concernentes à reprovabilidade da conduta do extraditando (se ele agiu com dolo ou com culpa *stricto sensu*; se sua ação foi impulsionada por erro de tipo ou de proibição; se ele esteve coberto por alguma outra dirimente penal; etc.). Também por dependerem de demonstração no processo que tramita no estrangeiro, mesmo as causas excludentes da antijuricidade (justificativas penais) escaparão à análise do Judiciário nacional.

<sup>66</sup> A respeito das várias facetas doutrinárias que envolvem este ilícito penal norte-americano, v. o magistral voto proferido no plenário do STF pelo Min. LEITÃO DE ABREU, “Ext” n° 330/EUA, DJU de 23/5/1975, p. 3.507.

<sup>67</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, “Ext” n° 862/EUA, DJU de 6/6/2003, p. 32.

<sup>68</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, “Ext” n° 912/EUA, DJU de 29/4/2005, p. 8.

<sup>69</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. SYDNEY SANCHES, “Ext” n° 761/EUA, DJU de 12/5/2000, p. 20.

<sup>70</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. SYDNEY SANCHES, “Ext” n° 602/Suíça, DJU de 7/10/1994, p. 26.824.

<sup>71</sup> É, aqui, juridicamente inviável e inócua a outorga de anistia, graça ou indulto ao extraditando, porquanto tais benesses restringem-se, exclusivamente, ao plano dos ilícitos penais sujeitos à competência jurisdicional do Brasil, não se estendendo aos processos de extradição. Há que se respeitar a soberania alheia: o Estado brasileiro jamais teria capacidade para, por meio da clemência soberana (*indulgentia principis*), excluir a punibilidade regulada pelo direito estrangeiro (cf. Plenário do STF, rel. Min. CELSO DE MELLO, “HC-QO” n° 72.391/DF, DJU de 17/3/1995, p. 5.791).

<sup>72</sup> A Corte Suprema brasileira tem por interrompido o fluxo da prescrição criminal com a apresentação da nota verbal em que o Estado estrangeiro requer a entrega do criminoso, desde que tal causa encontre previsão específica em tratado extraditacional (cf. Plenário do STF, rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, “Ext” n° 834/Suíça, DJU de 14/6/2002, p. 127).

<sup>73</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, “Ext” n° 961/Itália, DJU de 7/4/2006, p. 16.

<sup>74</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, “HC” n° 79.459/RJ, DJU de 26/11/1999, p. 85.

<sup>75</sup> Cf. art. 117, II, do CP.

Por conseguinte, a dúvida fundada sobre a **sanidade mental** do agente — considerada um dos componentes da culpabilidade — não constitui motivo para o indeferimento do pleito extraditório<sup>76</sup> nem para a conversão do julgamento em diligência.<sup>77</sup> A verificação da integridade psíquica do extraditando é da estrita competência do juízo estrangeiro, que, inclusive, não fica adstrito à conclusão da perícia psiquiátrica. A Justiça brasileira não está autorizada a substituí-lo nesta avaliação subjetiva.

A única causa de inimizabilidade suscetível de abordagem pelo Supremo Tribunal Federal no campo extraditório é a **menoridade penal**, dado seu caráter objetivo. Comprovado documentalmente que o extraditando possuía, na data do crime, idade inferior a 18 anos, sua extradição será judicialmente recusada, tendo em vista a garantia constitucional que, em cláusula absoluta, torna os menores penalmente inimputáveis (art. 228 da CF).<sup>78</sup> Ademais, segundo o entendimento de alguns, os menores de 18 anos de idade sequer têm capacidade para praticar crimes, mas, sim, meros “atos infracionais”.<sup>79</sup>

### 1.2.6. GRAVIDADE DA INFRAÇÃO PENAL

Salvo disposição convencional em contrário, só são suscetíveis de extradição os autores de delitos comuns cometidos no exterior que, em tese, seriam punidos pela lei brasileira com pena privativa de liberdade cuja *quantidade máxima* abstratamente cominada,<sup>80</sup> para cada infração penal individualmente considerada,<sup>81</sup> fosse **superior a um ano**, ainda que permitidos, aqui no Brasil, os benefícios que evitam a clausura do sentenciado (transação penal, suspensão condicional do processo ou da execução da pena, substituição por restritiva de direitos).

De fato, seria contraproducente uma grande movimentação das máquinas estatais com vista à extradição baseada em crimes de diminuta ofensividade. Com maior razão, impensável a extradição para a execução de pena de multa criminal.

### 1.2.7. INCIDÊNCIA ÚNICA DA LEI PENAL

Quanto à eficácia da lei penal no espaço, o Brasil acolheu, *de ordinário*, o **princípio da territorialidade**:

sem prejuízo das normas jurídicas de direito internacional, aplica-se a legislação brasileira ao crime integralmente cometido no território nacional ou em suas extensões juridicamente reconhecidas.<sup>82</sup> Todavia, esse cânon não é absoluto, porquanto permeável ao seu contrário, em ocasiões singulares e estritas. De modo que, *excepcionalmente*, abraçamos, também, o **princípio da extraterritorialidade**, admitindo a incidência da lei penal brasileira para certos crimes que, embora praticados exclusivamente no exterior: a) hajam violado bens jurídicos de alta relevância para a Nação (“princípio da defesa”); b) estejam incluídos entre aqueles que, por meio de tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir (“princípio da justiça cosmopolita”); c) tenham acontecido a bordo de aeronaves ou embarcações brasileiras privadas, sem que a Justiça estrangeira haja julgado os autores (“princípio da representação”); d) tenham sido cometidos por brasileiro (“princípio da nacionalidade ativa”) ou contra brasileiro (“princípio da nacionalidade passiva”), desde que atendidas algumas condições especiais.<sup>83</sup>

Outrossim, há situações em que o desenrolar da infração penal — da conduta inicial ao evento final — perpassa diferentes espaços físicos. Quando a execução e o resultado do delito ocorrem, separadamente, em territórios de Estados soberanos distintos, tem-se o chamado *crime a distância*; os variados momentos consumativos do *crime permanente* podem espalhar-se, também, em mais de um território nacional; o mesmo pode ser dito quanto às unidades do *crime continuado*. Esses **crimes transnacionais** deixam marcas em diversos países, atraindo o interesse de cada um deles para sua repressão. Porém, qual a legislação criminal aplicável a tais casos? Qual desses Estados tem jurisdição para processar e julgar os infratores? A **teoria da ubiqüidade** — adotada pelo Brasil e pela maioria das nações — considera praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.<sup>84</sup>

Então, é bem possível que, diante da transnacionalidade delinqüencial, a infração venha a ser apurada e punida pelas Justiças de dois ou mais Estados independentes, segundo suas próprias leis. E esse conflito espacial poderá desaguar na demanda extraditória. Pois bem! O ordenamento jurídico pátrio proíbe o *bis in idem*: não se permite processar e castigar o criminoso duas ou mais vezes

<sup>76</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. OCTAVIO GALOTTI, “Ext” nº 553/Alemanha, DJU de 18/8/1995, p. 24.894.

<sup>77</sup> Em sentido oposto: Plenário do STF, rel. Min. MARCO ANTONIO, “Ext-AgR” nº 932/Itália, DJU de 20/10/2006, p. 49.

<sup>78</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. HAHNEMANN GUIMARÃES, “Ext” nº 177/Portugal, DJU de 8/4/1954, p. 3.719.

<sup>79</sup> Cf. decisão monocrática proferida no STF pelo Min. MARCO ANTONIO, “PPE” nº 463/Uruguai, DJU de 11/11/2003, p. 66.

<sup>80</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. OCTAVIO GALOTTI, “Ext” nº 486/Bélgica, DJU de 3/8/1990, p. 7.235.

<sup>81</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CEZAR PELUSO, “Ext” nº 921/Portugal, DJU de 16/12/2005, p. 59.

<sup>82</sup> Cf. art. 5º do CP.

<sup>83</sup> Cf. art. 7º do CP.

<sup>84</sup> Cf. art. 6º do CP. A ocorrência de meros atos preparatórios em território nacional não tem força para suscitar a jurisdição brasileira (cf. Plenário do STF, rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, “Ext” nº 725/Alemanha, DJU de 25/9/1998, p. 11).

pelo mesmo delito.<sup>85</sup> Quer-se dizer, em termos extradicionais: a entrega não será concedida se, no Brasil, o indivíduo reclamado estiver respondendo a processo criminal ou já houver sido condenado ou absolvido *pelo mesmo fato* em que se fundar o pedido de extradição.

E se, a despeito dessa concorrência de jurisdições, a respectiva ação penal ainda não houver sido inaugurada pela Justiça brasileira? Neste caso, o Supremo Tribunal Federal estará legitimado a autorizar a extradição.<sup>86</sup>

O *bis in idem* pode apresentar-se, ainda, sob outra circunstância. O exemplo é verídico: sob a acusação de tráfico internacional de entorpecentes, o Governo da Grécia solicitou, para fins de instrução criminal, a extradição de seu súdito residente no Brasil; durante o processo no Supremo Tribunal Federal, o extraditando demonstrou que, pelos mesmos fatos, já houvera sido condenado pela Justiça da Itália, e ali cumprido a pena imposta. Entendendo que a situação configuraria risco de dupla condenação (*double jeopardy*), o Pretório Excelso denegou a extradição.<sup>87</sup>

### 1.2.8. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA BRASILEIRA

A Lei nº 6.815/80 reúne dois dispositivos sob aparente ilogismo:

“Art. 77. Não se concederá a extradição quando:

.....  
 III- o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando;

.....  
 V – o extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo em que se fundar o pedido;

.....”

Encarados em sua literalidade, os preceitos acima não fazem sentido: o inciso V resultaria despiciendo, porquanto, obviamente, o extraditando só poderia ser processado ou julgado pelo Judiciário nacional se o Estado brasileiro tivesse, de acordo com o seu ordenamento

positivo, jurisdição para tanto... Contudo, há uma maneira de conciliá-los, desde que cada qual seja dirigido a situação distinta.

Como se viu na lição anterior, o inciso V pressupõe o **concurso de jurisdições** entre o Brasil e outra nação, buscando coibir a múltipla incidência da norma penal sobre o mesmo fato criminoso transnacional: resolve-se o conflito pela prevalência da jurisdição brasileira, a cujos órgãos incumbe decidir a demanda penal se já instaurada pelo cometimento de delito, ainda que em parte, no território nacional.<sup>88</sup>

Por outro lado, o inciso III pretende significar que, se o fato estiver sob **jurisdição exclusiva** do Brasil, a extradição será juridicamente impossível.<sup>89</sup> Leia-se, agora, este item com a redação que deveria ter tomado originalmente: “não se concederá a extradição quando (...) o Brasil for *privativamente* competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando”.

### 1.2.9. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTRANGEIRA

A fim de obter a extradição perante o Brasil, o país solicitante deverá demonstrar que tem jurisdição privativa ou cumulativa para processar e julgar o crime que dá suporte ao pedido. Isto ocorrerá quando o delito houver sido cometido total ou parcialmente no território do Estado requerente (“princípio da territorialidade da lei penal”) ou quando, verificado fora dele, sua legislação criminal for aplicável ao extraditando (“princípio da extraterritorialidade da lei penal”).

É o que basta. Daí porque, quando da análise do pleito extradiciona, é defeso ao Supremo Tribunal Federal imiscuir-se em assuntos internos da Justiça estrangeira com o propósito de questionar ou identificar a autoridade judiciária lá competente para processar e julgar o suposto criminoso ou para provocar o requerimento de sua extradição.<sup>90</sup>

### 1.2.10. JURISDICIONALIDADE ORDINÁRIA

Para o deferimento da extradição, é mister que a pessoa reclamada venha a responder ou haja sido condenada

<sup>85</sup> O art. 7º, § 1º, do CP traz a única exceção à parêmia ne bis in idem.

<sup>86</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, “Ext” nº 729/Alemanha, DJU de 4/12/1998, p. 11.

<sup>87</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CARLOS VELLOSO, “Ext” nº 871/Grécia, DJU de 12/3/2004, p. 37.

<sup>88</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CELSO DE MELLO, “Ext” nº 579/Alemanha, DJU de 15/4/1994, p. 8.060.

<sup>89</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CELSO DE MELLO, “Ext” nº 571 Suécia, DJU de 17/9/1993, p. 18.926.

<sup>90</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, “HC-AgR” nº 82.396/DF, DJU de 20/6/2003, p. 56.

pelos **órgãos da jurisdição ordinária** do Estado requerente. O Supremo Tribunal Federal não autorizará a entrega se perceber que o réu sofreu ou sofrerá, no estrangeiro, os inconvenientes próprios de um **juízo ou tribunal de exceção**. Tais Cortes extraordinárias são incapazes de “assegurar aos réus, em juízo criminal, os direitos básicos que resultam do postulado do *due process of law*, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante”.<sup>91</sup>

Se essa distorção é categoricamente vedada pela Lei Magna (art. 5º, XXXVII, da CF), não se poderia exigir que, em verdadeira burla ao preceito constitucional, o Brasil cooperasse internacionalmente no sentido de fomentar tão repugnante instituição. Nem se argumente que com isso estaríamos a interferir na soberania do país solicitante. É que, de maneira solene, o Estado brasileiro prometeu perante as nações lutar insistentemente pela prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, da CF).

A jurisprudência do Excelso Pretório vai além da definição formal de juízo ou tribunal de exceção, que alude unicamente ao órgão estatal criado à margem da ordem constitucional e inaugurado *ex post facto* para o julgamento específico de determinados crimes. Para fins extraditórios, torna-se relevante que o órgão jurisdicional estrangeiro, embora regular, permanente e pré-constituído, tenha condições de assegurar ao imputado o pleno exercício dos direitos fundamentais e a realização concreta do devido processo legal.<sup>92</sup>

Contudo, não impede a extradição o fato de o extraditando estar sendo processado ou haver sido condenado à revelia (*in absentia*).<sup>93</sup>

A compatibilidade do órgão jurisdicional estrangeiro com as diretrizes do Estado de Direito goza de presunção *juris tantum*. Isto significa que, para obstar a extradição, é

mister que o interessado demonstre com suficiência a excepcionalidade daquela Corte ou a ausência de garantias mínimas de defesa no exterior.<sup>94</sup>

### 1.2.11. ORDEM DE PRISÃO ESTRANGEIRA

Finalmente, exige-se a preexistência de **ordem de prisão estrangeira**, oriunda de *condenação judicial definitiva* que tenha aplicado pena de privação de liberdade em desfavor do extraditando, ou de determinação de *encarceramento provisório* emanada do órgão jurisdicional ou da autoridade competente do Estado solicitante, até mesmo na etapa preliminar de investigação (pré-judicial).<sup>95</sup> Conclui-se, daí, pela inviabilidade jurídica da extradição requerida com supedâneo em mandado de prisão meramente administrativa ou de prisão civil por dívida.

Ante o dever de respeito ao ordenamento jurídico dos outros povos, não há exigência absoluta no sentido de que o aprisionamento do extraditando tenha sido decretado pela *autoridade judiciária* estrangeira; é suficiente que se cuide de *autoridade competente* para tanto, ainda que estranha aos quadros do Judiciário, em conformidade com a legislação do Estado requerente.<sup>96</sup> Daí a aceitação pelo Supremo Tribunal Federal da idoneidade da ordem de captura proveniente do Ministério Público de alguns países.<sup>97</sup>

### 1.3. LIMITAÇÕES AO ESTADO ESTRANGEIRO

Para a retirada do extraditando do território nacional, deverá o Estado estrangeiro firmar solenemente perante o Brasil alguns compromissos prévios que restringirão a execução da penalidade criminal no exterior. As autolimitações poderão ser assinadas pelo Chefe da Missão Diplomática, não necessitando comprovar, para esse efeito específico, que se acha formalmente autorizado pelo seu Governo.<sup>98</sup>

<sup>91</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CELSO DE MELLO, “Ext” n° 897/República Tcheca, DJU de 18/2/2005, p. 5.

<sup>92</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CELSO DE MELLO, “Ext” n° 524/Paraguai, DJU de 8/3/1991, p. 2.200. Em 1961, o Supremo Tribunal Federal negou extradição solicitada por Cuba, por entender que, ao retornar àquele país ainda sob pressão revolucionária, o extraditando não encontraria órgãos jurisdicionais suficientemente isentos da nova política reinante e do ambiente revanchista (cf. Plenário do STF, rel. Min. VICTOR NUNES, “Ext” n° 232/Cuba, DJU de 17/12/1962).

<sup>93</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, “Ext” n° 864/Itália, DJU de 29/8/2003, p. 19.

<sup>94</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. VICTOR NUNES, “Ext” n° 272/Austrália, DJU de 20/12/1967.

<sup>95</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. PAULO BROSSARD, “Ext” n° 567/Suíça, DJU de 24/9/1993, p. 19.574. O mandat d’arret ou mandatto de cattura é similar à prisão preventiva anunciada pelo art. 312 do CPP (cf. Plenário do STF, rel. Min. CÉLIO BORJA, “Ext” n° 446/Haiti, DJU de 7/8/1987, p. 15.432).

<sup>96</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CELSO DE MELLO, “Ext” n° 633/China, DJU de 6/4/2001, p. 67. Não é necessária a apresentação do teor da legislação estrangeira; basta que o pedido de extradição venha acompanhado de documento oficial declarando que, à luz do direito positivo do Estado requerente, a autoridade subscritora do mandado tinha atribuição jurídica para autorizar a prisão (cf. Plenário do STF, rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, “Ext” n° 837/Egito, DJU de 30/4/2004, p. 32).

<sup>97</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. MOREIRA ALVES, “Ext” n° 478/Suíça, DJU de 4/5/1990, p. 3.694.

<sup>98</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CELSO DE MELLO, “Ext” n° 633/China, DJU de 6/4/2001, p. 67.

A ausência dessas promessas não inibe o deferimento da extradição pelo Supremo Tribunal Federal, que, neste caso, poderá apenas estabelecer condições para a execução da extradição;<sup>99</sup> tais compromissos diplomáticos traduzem, tão-somente, *pressupostos para a entrega do extraditando* ao país estrangeiro. Assim, deverão ser exigidos pelo Presidente da República no momento da efetivação do ato extradicional, atendidas as eventuais recomendações veiculadas pela Corte Suprema.<sup>100</sup>

Os itens seguintes mencionarão detalhadamente quais as restrições a que se sujeita o Estado requerente da extradição.

### 1.3.1. DETRAÇÃO DA PENA

O representante da nação que obtiver a entrega reclamada prometerá que, quando do cumprimento da pena privativa de liberdade em solo estrangeiro, o extraditando será beneficiado com o abatimento do tempo em que permanecera preventivamente encarcerado no Brasil em razão do pedido de extradição.

Os próprios tratados internacionais costumam inserir cláusula que desonera o Estado de conceder a extradição quando, calculada a detração, perceber-se que a pena restante a ser executada no país requerente não passará de alguns meses, apenas. Com maior razão, o Supremo Tribunal Federal recusa a extradição executória se ficar evidenciado que o período em que o súdito estrangeiro esteve sob prisão preventiva no território nacional, exclusivamente aguardando o desfecho do respectivo procedimento extradicional,<sup>101</sup> é igual ou superior ao *quantum* total da pena privativa de liberdade que iria cumprir no exterior.<sup>102</sup>

Não será detraído o tempo de prisão decretada em virtude de simples expulsão.<sup>103</sup>

### 1.3.2. COMUTAÇÃO DA PENA

O Estado estrangeiro ficará impedido de aplicar ao extraditando qualquer **sanção corporal** ou a **pena de morte**,

a não ser, nesta última hipótese, que o crime motivador do pedido de extradição esteja relacionado entre aqueles em que a Constituição do Brasil admite a imposição do *supplicium extremum* (em caso de guerra declarada).<sup>104</sup> Afasta-se, também, a **prisão perpétua**, por ser vedada no Brasil.<sup>105</sup>

Dessa maneira, o Supremo Tribunal Federal *condicionará* a entrega do extraditando ao compromisso formal do Estado requerente de que comutará a possível pena de morte ou de prisão perpétua em reclusão pelo prazo máximo de trinta anos,<sup>106</sup> em respeito ao limite consagrado pela legislação penal brasileira.<sup>107</sup> Interessante observar que, sendo ato de soberania da nação estrangeira, tal compromisso não é prestado perante a Corte Suprema, já que esta é destituída de qualquer representação jurídica no plano internacional. Logo, o Supremo Tribunal Federal não poderá *indeferir* o pedido de extradição pela simples ausência daquela promessa durante o processo judicial, cabendo-lhe apenas obrigar o Presidente da República a colhê-la *a posteriori*. É dizer: o compromisso de comutação da pena deverá existir quando da efetiva **entrega** do extraditando ao país solicitante.<sup>108</sup>

Outrossim, o Judiciário nacional não tem energia para compelir o Estado requerente da extradição a se curvar diante da técnica de aplicação da lei penal no Brasil, notadamente quanto às **ficções jurídicas** aqui acolhidas (por sinal, em excesso e com extrema benignidade). Seria aberrante qualquer tentativa da Corte Suprema em impor o regime positivo brasileiro a outra nação soberana, desta exigindo, por exemplo, o reconhecimento dos privilégios referentes ao *crime continuado*<sup>109</sup> ou ao *concurso formal de delitos*.<sup>110</sup> Tampouco poderia a Justiça brasileira deferir a extradição sob a condição de o Estado estrangeiro comprometer-se a converter a pena privativa de liberdade em *medida de segurança*,<sup>111</sup> ou a conceder ao extraditando os benefícios da *suspensão condicional do processo* e da *suspensão condicional da pena*, ou, ainda, a substituir o encarceramento por *pena restritiva de direito*.<sup>112</sup> Com efeito, o processo criminal a que se subordina o súdito estrangeiro é regido pela legislação do país no qual tramita,<sup>113</sup> o que

<sup>99</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CELSO DE MELLO, "Ext" n° 855/Chile, DJU de 1°/7/2005, p. 5.

<sup>100</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CELSO DE MELLO, "Ext" n° 744/Bulgária, DJU de 18/2/2000, p. 54.

<sup>101</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. PAULO BROSSARD, "Ext" n° 495/Alemanha, DJU de 3/3/1991, p. 2.200.

<sup>102</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, "Ext" n° 670/Itália, DJU de 27/6/1997, p. 30.225.

<sup>103</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. MOREIRA ALVES, "Ext" n° 663/Itália, DJU de 19/12/1996, p. 51.765.

<sup>104</sup> Cf. art. 5°, XLVII, "a", da CF.

<sup>105</sup> Cf. art. 5°, XLVII, "b", da CF.

<sup>106</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CARLOS BRITTO, "Ext" n° 984/EUA, DJU de 17/11/2006, p. 48.

<sup>107</sup> Cf. art. 75 do CP.

<sup>108</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CELSO DE MELLO, "Ext" n° 744/Bulgária, DJU de 18/2/2000, p. 54.

<sup>109</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CELSO DE MELLO, "Ext" n° 542/EUA, DJU de 20/3/1992, p. 3.320.

<sup>110</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CELSO DE MELLO, "Ext" n° 549/EUA, DJU de 26/6/1992, p. 10.104.

<sup>111</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, "Ext" n° 553/Alemanha, DJU de 18/8/1995, p. 24.894.

<sup>112</sup> Cf. decisão monocrática proferida no STF pelo Min. GILMAR MENDES, "PPE" n° 451/EUA, DJU de 8/10/2003, p. 31.

<sup>113</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. MARCO AURÉLIO, "Ext" n° 740/EUA, DJU de 22/10/1999, p. 57.

torna juridicamente inviável uma “exportação” forçada dos institutos penais brasileiros.<sup>114</sup>

### 1.3.3. IRREEXTRADITABILIDADE

Sem que haja prévio consentimento do Supremo Tribunal Federal, o Estado estrangeiro que aqui obtiver a extradição estará impossibilitado de remeter o extraditando para um terceiro país que o reclame. É que a **reextradição** equivale a uma “nova extradição”, carecendo, portanto, de outra autorização pela Corte Suprema em procedimento autônomo e distinto.<sup>115</sup>

### 1.3.4. IRRETROATIVIDADE

A extradição possui **efeito limitativo** próprio: evita que o indivíduo extraditado venha a ser processado ou castigado, no estrangeiro, por fatos diversos dos que motivaram a extradição (“princípio da especialidade”). De modo que, antes de receber o extraditando em seu território, o Estado requerente deverá prestar compromisso perante o Estado requerido no sentido de que aquela pessoa não responderá por fatos anteriores ao pedido extraditório.

A cláusula é útil como meio de coibir eventual burla em prejuízo do indivíduo; contudo, não é absoluta. O súdito estrangeiro poderá responder no exterior por crimes não mencionados na extradição, desde que, para tanto, haja prévia e expressa autorização do Supremo Tribunal Federal, o que obstará qualquer arbitrariedade.<sup>116</sup> Assim, a jurisprudência pátria consagrou o método da **extradição supletiva**:<sup>117</sup> surgindo a necessidade da persecução ou punição do extraditando por outros delitos, deverá o Estado solicitante formular *pedido de extensão*, ainda que no curso do procedimento da extradição originária<sup>118</sup> ou após seu encerramento,<sup>119</sup> e, até mesmo, se o extraditado já estiver em território estrangeiro.<sup>120</sup>

Não há aqui, portanto, a figura triangular da reextradição; cuida-se de mero requerimento de ampliação

da extradição a infrações penais que, anteriores ao pedido que a motivou, não foram incluídas na postulação extradicional originariamente deduzida. O pleito de extensão da extradição suscita novo exercício do direito de defesa, mas dispensará a juntada do respectivo mandado de captura estrangeiro.<sup>121</sup>

O mesmo caminho deve ser trilhado no sentido inverso (extradição ativa). Tendo o Brasil obtido a entrega de alguém, o processo e a condenação por crimes diversos daqueles que justificaram a extradição só serão possíveis se o Governo brasileiro receber autorização do Estado requerido.<sup>122</sup>

### 1.3.5. IMUNIDADE A GRAVAME POLÍTICO

Um último compromisso será firmado pelo Estado requerente: o de não agravar a pena criminal por qualquer motivo político.

## 1.4. INEXTRADITABILIDADE DE BRASILEIRO

A Carta Política vigente desenhou dois graus de inextraditabilidade, levando em consideração a distinção jurídica entre *brasileiro nato* e *brasileiro naturalizado*.

### 1.4.1. INEXTRADITABILIDADE ABSOLUTA

O brasileiro com nacionalidade primária (**brasileiro nato**), haja ou não nascido no Brasil, é *absolutamente* inextraditável pelo Governo de nosso país.<sup>123</sup> É da tradição das nações poupar ao Estado patrial a obrigação de entregar os próprios súditos à jurisdição penal de outro Estado soberano.<sup>124</sup>

E se o crime foi cometido no exterior por pessoa que, **nascida no estrangeiro**, teria, em tese, direito ao

<sup>114</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. FRANCISCO REZEK, “Ext” n° 682/Suécia, DJU de 5/2/1999, p. 51.

<sup>115</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. NELSON JOBIM, “Pet-QO” n° 2.562/Alemanha, DJU de 10/2/2006, p. 1.

<sup>116</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CELSO DE MELLO, “Ext-Extensão” n° 571/Suíça, DJU de 4/8/1995, p. 22.440.

<sup>117</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, “Ext-Extensão” n° 716/Itália, DJU de 17/5/2002, p. 59. Essa construção pretoriana derivou de analogia ao tratamento jurídico dado à reextradição (cf. Plenário do STF, rel. Min. FRANCISCO REZEK, “Ext-QO” n° 444/Itália, DJU de 14/2/1992, p. 1.165).

<sup>118</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. MOREIRA ALVES, “Ext-Extensão” n° 814/Portugal, DJU de 14/12/2001, p. 25.119 Cf. Plenário do STF, rel. Min. MOREIRA ALVES, “Ext-Extensão-QO” n° 462/Itália, DJU de 20/4/1990, p. 3.049.

<sup>120</sup> Cf. decisão monocrática proferida no STF pelo Min. CELSO DE MELLO, “Ext” n° 496/Argentina, DJU de 27/8/1998, p. 9.

<sup>121</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, “Ext-Extensão” n° 646/República Eslovaca, DJU de 2/10/1998, p. 2.

<sup>122</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, “Inq-QO” n° 731/DF, DJU de 20/10/1995, p. 35.255.

<sup>123</sup> Cf. art. 5°, LI, c/c art. 12, I, da CF.

<sup>124</sup> Os Estados Unidos da América e o Reino Unido são alguns dos raríssimos países que admitem a extradição de seus nacionais.

reconhecimento da nacionalidade originária brasileira, em virtude do *jus sanguinis*? Há que se distinguir. Se for filho de pai brasileiro ou mãe brasileira que lá estivesse a serviço da República Federativa do Brasil, o sujeito será *ipso facto* considerado nacional nato, o que inviabilizará a extradição pelo Brasil. Se, quando de seu nascimento no exterior, nenhum de seus pais estava a serviço do Estado brasileiro, e o sujeito, depois do crime, veio a residir no Brasil, o pedido de extradição será suspenso logo que ele manifeste interesse pela nacionalidade primária brasileira; caso sua opção venha a ser homologada judicialmente, a extradição será negada em definitivo.<sup>125</sup>

Surge, daí, grande dilema: como conciliar a inextraditabilidade absoluta do brasileiro nato (art. 5º, LI, da CF) com a adesão da República Federativa do Brasil ao **Tribunal Penal Internacional** (art. 5º, § 4º, da CF), que tem poderes para exigir do Estado-Parte a entrega do próprio nacional para lá ser julgado? Uma sutileza resolverá o problema: extradição e *surrender* são institutos distintos.

Extradição é o ato pelo qual o Governo de um país entrega alguém aos cuidados de outra nação, para que ali seja processado ou punido pela prática de crime comum; logo, é forma de **cooperação** entre Estados soberanos. *Surrender*,<sup>126</sup> por seu turno, é o ato pelo qual o Estado signatário do Estatuto de Roma entrega alguém à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, para ser julgado por crimes de elevada gravidade; supõe, portanto, uma **submissão** prévia e voluntária de um Estado independente a certo organismo internacional. Em suma: o Tribunal Penal Internacional jamais solicita extradição; exige a *surrender*.

Ora: a Constituição Nacional proíbe a extradição de brasileiro nato (e, em menor grau, a do brasileiro naturalizado e do português equiparado), não a sua entrega a título de *surrender*. Ademais, em cumprimento ao princípio basilar da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, o Brasil curvou-se soberanamente às regras do Tribunal Penal Internacional, juramento que deverá honrar segundo o *jus gentium*. Tecnicamente, a inextraditabilidade de brasileiro não foi arranhada; por conseguinte, a adesão do Brasil à Carta de Roma e a sua explícita sujeição àquela Corte Internacional (EC n° 45/04) não violaram, sob esse aspecto, qualquer das cláusulas pétreas.

Sequer caberia ao Brasil negar a entrega de seu súdito à jurisdição internacional, sob o argumento de que ele seria

suscetível de condenação à **prisão perpétua**. É que a vedação a essa modalidade de pena criminal só tem eficácia no âmbito interno do Estado brasileiro; o obstáculo é oponível a outros Estados soberanos (jurisdição estrangeira), mas não ao Tribunal Penal Internacional (jurisdição internacional), dada a submissão formal acima exposta.

#### 1.4.2. INEXTRADITABILIDADE RELATIVA

Já o brasileiro com nacionalidade secundária (**brasileiro naturalizado**) desfruta de um nível menos intenso de inextraditabilidade, porquanto ele poderá ser extraditado pelo Brasil em duas situações, embora únicas.<sup>127</sup>

Como primeira exceção, é admitida a extradição de brasileiro naturalizado por crime comum praticado no exterior *antes da naturalização brasileira*. Trata-se de norma constitucional de eficácia plena, com aplicabilidade imediata, direta e integral (regra *self-executing*).

Na segunda exceção, permite-se a extradição de brasileiro naturalizado por seu envolvimento em tráfico de ilícito de entorpecentes e drogas afins, aqui *não importando a época da infração*. Contudo, se esse ilícito for cometido **após a naturalização**, a tendência jurisprudencial assinala duas diferenças de grande importância:

- **comprovação da materialidade e da autoria:** ao solicitar a extradição, o Estado requerente deverá juntar prova inequívoca acerca da ocorrência do narcotráfico e da participação do extraditando na sua realização. Ao invés de ficar restrito ao tradicional controle da regularidade extrínseca do pedido extradicional (sistema belga da contenciosidade limitada), o Pretório Excelso assume o dever extraordinário de examinar o conteúdo da instrução produzida no estrangeiro;<sup>128</sup> e

- **edição da lei regulamentadora:** enquanto não sobrevier lei infraconstitucional apta a disciplinar esse juízo de comprovação pelo Supremo Tribunal Federal, não será viável a concessão dessa espécie de extradição, eis que o art. 5º, LI, da CF, ao condicionar sua aplicação à “forma da lei”, encerra norma de eficácia limitada.<sup>129</sup>

Para assegurar a inextraditabilidade nos demais casos, o indivíduo deverá fornecer prova documental

<sup>125</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, “Ext-QO” n° 880/Uruguai, DJU de 16/4/2004, p. 54.

<sup>126</sup> Tradução do inglês = “entrega”, “rendição”, “capitulação”.

<sup>127</sup> Cf. art. 5º, LI, c/c art. 12, II, da CF.

<sup>128</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, “Ext” n° 541/EUA, DJU de 18/12/1992, p. 24.374. Com base nessa linha de raciocínio, o STF já chegou a indeferir pedido de extradição acompanhado unicamente de elementos indiciários colhidos por juízo de instrução preliminar, ao argumento de que os documentos processuais estrangeiros, embora idôneos, seriam insuficientes a evidenciar o “comprovado envolvimento” do extraditando em tráfico de entorpecentes (cf. Plenário do STF, rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, “Ext” n° 690/Itália, DJU de 20/3/1998, p. 5).

<sup>129</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CELSO DE MELLO, “Ext” n° 688/Itália, DJU de 22/8/1997, p. 38.760.

irrefutável da obtenção da naturalização brasileira.<sup>130</sup> O estrangeiro só adquire o *status* jurídico de brasileiro naturalizado com a entrega solene do certificado de naturalização pelo juiz federal.<sup>131</sup>

### 1.4.3. INEXTRADITABILIDADE DO PORTUGUÊS EQUIPARADO

Ressalvados os casos previstos na Constituição, e desde que haja reciprocidade em favor de brasileiros, aos portugueses com residência permanente no Brasil serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro. Cuida-se de especial prerrogativa no sentido de aproximar esses portugueses da condição jurídica de brasileiros naturalizados, muito embora os institutos da *quase-nacionalidade* e da *nacionalidade adquirida* não se identifiquem. O art. 12, § 1º, da CF é **norma de eficácia limitada**, pois pendente de acordos de reciprocidade entre Brasil e Portugal. Da “Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses” (Brasília, 1971) nasceu o chamado *Estatuto da Igualdade*, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 70.391/72 e regulamentado pelo Decreto nº 70.436/72.

Importante salientar de antemão que a equiparação do português residente ao brasileiro não é automática nem plena. **Não é automática**, porque o estado de igualdade em direitos e deveres civis e políticos dependerá de petição voluntariamente assinada pelo interessado e de deferimento formal por portaria do Ministro da Justiça, uma vez que estejam preenchidos os requisitos exigíveis. **Não é plena**, porquanto a aludida equiparação não coloca o lusitano na categoria de “brasileiro nato”, tampouco na de “brasileiro naturalizado”, na medida em que o português equiparado sofrerá algumas restrições inexistentes para o nacional brasileiro.<sup>132</sup>

Sem embargo, o Estatuto de Igualdade trouxe inovações ao direito extradicional. É certo que, enquanto não obtiver a assemelhação a brasileiro, o português residente no Brasil é — como qualquer estrangeiro — extraditável para o país que o solicitar.<sup>133</sup> Entretanto, se já reconhecida pelo Ministério da Justiça a situação jurídica

de igualdade, o português equiparado só poderá ser extraditado, nos crimes comuns, para *Portugal*.<sup>134</sup>

### 1.4.4. CONSEQÜÊNCIAS INTERNAS

Viu-se acima que o **brasileiro nato** é protegido pela *inextraditabilidade absoluta*: em nenhuma hipótese será entregue pelo Brasil a outro Estado soberano para fins de instrução ou execução criminal. O **brasileiro naturalizado** e o **português equiparado** gozam de *inextraditabilidade relativa*: o primeiro é extraditável apenas por crime comum, praticado antes da naturalização, ou no caso de comprovado envolvimento em narcotráfico; o segundo só poderá ser extraditado para Portugal. Porém, nada disso significa garantia de *impunidade*.

Pelos delitos que eventualmente tenham cometido no exterior, e perante os quais sejam extraditáveis, os nacionais brasileiros (natos ou naturalizados) e os portugueses quase-nacionais ficarão sujeitos às normas da legislação do Brasil (*aut dedere aut judicare*). Vale dizer: responderão criminalmente aos órgãos competentes do Poder Judiciário brasileiro,<sup>135</sup> e, em caso de condenação, receberão a sanção em correspondência quantitativa e qualitativa com a lei penal brasileira, devendo cumpri-la em solo brasileiro.<sup>136</sup>

Essa aplicação extraterritorial da lei brasileira estará condicionada ao preenchimento cumulativo dos seguintes fatores:

- entrar o agente no território nacional (condição específica de procedibilidade);
- ser o fato punível também no país em que foi praticado (condição objetiva de punibilidade);
- estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição (condição objetiva de punibilidade);
- não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena (condição objetiva de punibilidade); e

<sup>130</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CARLOS BRITTO, “HC” nº 85.381/SC, DJU de 5/5/2006, p. 4.

<sup>131</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. EROS GRAU, “Ext-QO” nº 934/Uruguai, DJU de 12/11/2004, p. 6.

<sup>132</sup> Obviamente, o português equiparado estará impedido de ocupar cargos públicos exclusivos de brasileiros natos (art. 12, § 3º, e art. 89, VII, da CF); e, ao contrário do brasileiro naturalizado, não poderá prestar serviço militar no Brasil nem receber proteção das missões diplomáticas ou consulares brasileiras no exterior (arts. 10 e 11 do Estatuto da Igualdade e arts. 17, II, e 19 do Decreto nº 70.436/72).

<sup>133</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CELSO DE MELLO, “Ext” nº 890/Portugal, DJU de 28/10/2004, p. 37.

<sup>134</sup> Cf. art. 9º do Estatuto da Igualdade e art. 18 do Decreto nº 70.436/72.

<sup>135</sup> Cf. art. 88 do CPP.

<sup>136</sup> Cf. art. 7º, II, “b”, do CP. Este dispositivo alude tão-somente aos crimes praticados no estrangeiro “por brasileiro”. A regra, contudo, é extensível ao português equiparado, tendo em vista o que consta no art. 8º do Estatuto da Igualdade e no art. 18 do Decreto nº 70.436/72.

- não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável (condição objetiva de punibilidade).<sup>137</sup>

Em suma, a excepcional utilização do “princípio da personalidade ativa” mostra-se como técnica ideal encontrada pelo ordenamento jurídico pátrio para conciliar as formas de inextraditabilidade com a grave obrigação ético-jurídica do Estado brasileiro em guardar o interesse internacional comum na repressão à criminalidade.<sup>138</sup>

## 2. DIREITO EXTRADICIONAL ADJETIVO

### 2.1. INTRODUÇÃO

Diz a Lei Magna competir originariamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar “a extradição solicitada por Estado estrangeiro” (art. 102, I, “g”, da CF). Nota-se de pronto que a competência privativa do Supremo Tribunal Federal restringe-se à **extradição passiva**.<sup>139</sup> para fins de instrução criminal ou execução de sanção penal no exterior, o Estado alienígena requer ao Brasil a entrega de sujeito aqui homiziado.<sup>140</sup>

### 2.2. FASES PROCEDIMENTAIS

Em geral, o procedimento da extradição passiva reúne três etapas subseqüentes: a *administrativa*, a *judicial* e a *política*.

#### 2.2.1. FASE ADMINISTRATIVA

A *fase administrativa* é inaugurada com o requerimento de extradição, seja pela via diplomática, seja

diretamente de Governo a Governo, se o Estado postulante não mantiver agente diplomático no Brasil. No primeiro caso (mais comum), a solicitação virá em *nota diplomática* (ou “nota verbal”), que, de praxe, consiste em documento escrito transmitido pela Embaixada do Estado requerente ao Ministro das Relações Exteriores do Brasil.

Sendo mero instrumento de comunicação célere, com reconhecida eficácia no meio diplomático, a nota verbal não se subordina aos rigores burocráticos ou a formas especiais: dispensa a assinatura e a identificação da autoridade diplomática, a existência de timbres e a aposição de selos autenticadores;<sup>141</sup> sua idoneidade é afirmada pelas próprias condições e peculiaridades com que transita.<sup>142</sup> Em outras palavras: o próprio encaminhamento pela via diplomática, assim reconhecido pelo Ministério das Relações Exteriores, atribui existência e validade à nota verbal e aos documentos que a acompanham.<sup>143</sup> A autenticidade desses papéis goza de presunção *juris tantum*.<sup>144</sup>

Salvo disposição convencional em contrário, o pleito extradicional deverá vir instruído com cópia autêntica ou certidão da sentença condenatória, da de pronúncia ou da que houver decretado a prisão preventiva, proferida por juiz ou autoridade competente, sempre com indicações precisas sobre o local, data, natureza e circunstâncias do fato criminoso,<sup>145</sup> identidade do extraditando, e, ainda, com cópia dos textos legais sobre o crime, a pena e o respectivo prazo prescricional. O próprio Estado requerente terá por ônus verter oficialmente tais documentos para o idioma português. Não há necessidade de que os trabalhos sejam realizados por tradutor juramentado,<sup>146</sup> até porque o mero encaminhamento dos papéis pela via diplomática atribui foros de autenticidade à versão.<sup>147</sup> Imperfeições gramaticais<sup>148</sup> ou defeitos na tradução<sup>149</sup> dos escritos que formam o pedido de extradição não o inviabilizam, desde que os erros não impeçam a compreensão de seu teor.

<sup>137</sup> Cf. art. 7º, § 2º, do CP.

<sup>138</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CELSO DE MELLO, “HC-QO” n° 83.113/DF, DJU de 29/8/2003, p. 20.

<sup>139</sup> Cf. decisão monocrática proferida pelo Min. CELSO DE MELLO na “Pet” n° 3.569/MS, DJU de 20/3/2006, p. 54.

<sup>140</sup> Na extradição ativa, o Brasil aparece como Estado reivindicante: o órgão competente do Poder Judiciário, de qualquer instância, provocará o Ministério da Justiça, que, após a chancela, endereçará a solicitação ao Ministério das Relações Exteriores; este, por seu turno, reunirá os documentos necessários e enviará formalmente o pedido de extradição à Embaixada brasileira situada na nação estrangeira onde esteja a pessoa reclamada (cf. art. 20 do Decreto-Lei n° 394/38).

<sup>141</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. SYDNEY SANCHES, “Ext” n° 453/Alemanha, DJU de 19/6/1987, p. 12.448.

<sup>142</sup> Sequer há necessidade da apresentação daquele documento escrito, desde que o Ministério das Relações Exteriores declare que houve a formalização do pedido de extradição pela Missão estrangeira, juntando a documentação por ele remetida (cf. Plenário do STF, rel. Min. MOREIRA ALVES, “Ext” n° 478/Suíça, DJU de 4/5/1990, p. 3.694).

<sup>143</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. MOREIRA ALVES, “Ext” n° 637/Itália, DJU de 19/5/1995, p. 13.991.

<sup>144</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. PAULO BROSSARD, “Ext” n° 567/Suíça, DJU de 24/9/1993, p. 19.574.

<sup>145</sup> A falta de clareza e objetividade na narrativa dos fatos imputados ao extraditando acarretará o indeferimento do pedido extradicional (cf. Plenário do STF, rel. Min. CELSO DE MELLO, “Ext” n° 524/Paraguai, DJU de 8/3/1991, p. 2.200).

<sup>146</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. MARCO AURÉLIO, “Ext” n° 951/Itália, DJU de 9/9/2005, p. 34.

<sup>147</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. PAULO BROSSARD, “Ext” n° 494/Itália, DJU de 25/5/1990, p. 4.604.

<sup>148</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, “Ext” n° 837/Egito, DJU de 30/4/2004, p. 32.

<sup>149</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. MOREIRA ALVES, “Ext” n° 560/Bélgica, DJU de 17/5/1996, p. 16.319.

A Chancelaria brasileira analisará a documentação estrangeira e, entendendo-a em ordem, providenciará sua remessa ao *Ministro da Justiça*, a quem cumpre deduzir perante o Supremo Tribunal Federal o pedido de autorização judicial para a extradição. Com efeito, o Governo brasileiro tem poderes para denegar o encaminhamento da postulação extradicional, por reputá-la inadmissível.<sup>150</sup>

O direito extradicional opera no plano das relações exteriores, exigindo que o órgão solicitante possua poderes de representação internacional. Cuida-se, assim, de iniciativa exclusiva do *Governo* de outro país, por si mesmo ou por meio de sua Missão Diplomática. Diante disso, o pedido de extradição ou de sua extensão<sup>151</sup> não é aceito quando diretamente apresentado por carta rogatória<sup>152</sup> ou por requerimento do Chefe do Ministério Público estrangeiro.<sup>153</sup> Todavia, a falta de legitimidade do Judiciário e do Parquet ficará suprida quando se constatar o assentimento pelo Governo alienígena<sup>154</sup> ou se sobrevier nota verbal emanada do embaixador do Estado requerente acreditado no Brasil.<sup>155</sup>

Importante destacar que, antes mesmo de pedir a extradição, o Estado postulante poderá, em caso de urgência, limitar-se a solicitar, cautelarmente, a *prisão preventiva* da pessoa reclamada, a fim de evitar seu desaparecimento.<sup>156</sup> Veiculado por qualquer meio de comunicação, e também gozando da presunção de autenticidade,<sup>157</sup> este pedido deverá seguir as trilhas diplomáticas e vir fundamentado em sentença condenatória, auto de prisão em flagrante, mandado de prisão ou, ainda, em fuga do indiciado. Devido à sua singeleza, a petição de prisão preventiva não precisará ser acompanhada de cópia do mandado de captura; para tanto, basta que a nota verbal indique a existência de ordem de prisão emanada da competente autoridade estrangeira.<sup>158</sup> A rigor, todo o acervo de documentos estrangeiros só será

exigido *a posteriori*, quando da formulação do pedido de extradição no prazo legal.

O requerimento de custódia provisória (*arrestation provisoire*) será encaminhado pelo Ministro da Justiça ao Supremo Tribunal Federal, onde o relator expedirá ordem de encarceramento; a partir da captura do indivíduo, o Estado estrangeiro deverá formalizar a postulação extradicional em noventa dias, salvo cláusula convencional em contrário,<sup>159</sup> sob pena de relaxamento da prisão. Na contagem desse prazo não se computa o tempo em que o sujeito esteve anteriormente detido no Brasil por motivos estranhos à extradição.<sup>160</sup> Sem embargo, o vício ocasionado pela ultrapassagem de prazo ficará sanado se, antes da libertação do prisioneiro, o Estado requerente pleitear a extradição e apresentar os documentos exigíveis.<sup>161</sup>

É que, com a instauração do processo extradicional, opera-se a novação do título judicial legitimador da prisão do súdito estrangeiro, descaracterizando-se, em consequência, eventual excesso de prazo que possa estar configurado.<sup>162</sup>

## 2.2.2. FASE JUDICIAL

Já na *fase judicial*, o pedido de extradição será distribuído a um dos Ministros do Supremo Tribunal Federal,<sup>163</sup> que, na condição de relator, decretará, em desfavor do imputado,<sup>164</sup> a **prisão preventiva para fins extraditórios**, caso presentes os requisitos legais.<sup>165</sup>

Essa modalidade de privação da liberdade — cuja constitucionalidade já foi afirmada pelo Pretório Excelso<sup>166</sup> — não se confunde com a prisão preventiva convencional,

<sup>150</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CELSO DE MELLO, "HC-QO" n° 83.113/DF, DJU de 29/8/2003, p. 20.

<sup>151</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. OSCAR CORRÊA, "Ext" n° 417/Argentina, DJU de 18/4/1986, p. 5.988.

<sup>152</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. LEITÃO DE ABREU, "Ext" n° 383/Argentina, DJU de 18/9/1981, p. 9.156.

<sup>153</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CARLOS MADEIRA, "Ext" n° 476/Portugal, DJU de 17/3/1989, p. 3.604.

<sup>154</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, "Ext" n° 493/Argentina, DJU de 3/8/1990, p. 7.235.

<sup>155</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, "HC" n° 81.939/SC, DJU de 22/11/2002, p. 56.

<sup>156</sup> Cf. art. 82 da Lei n° 6.815/80.

<sup>157</sup> Cf. decisão monocrática proferida no STF pelo Min. GILMAR MENDES no "PPE" n° 451/EUA, DJU de 28/5/2003, p. 33.

<sup>158</sup> Cf. decisão monocrática proferida no STF pelo Min. GILMAR MENDES no "PPE" n° 450/Alemanha, DJU de 11/6/2003, p. 33.

<sup>159</sup> Cf. decisão monocrática proferida no STF pelo Min. NÉRI DA SILVEIRA, "PPE" n° 365/Argentina, DJU de 13/12/1999, p. 63. O prazo convencional para a apresentação do pleito extradicional poderá ser alargado mediante promessa de reciprocidade (cf. Plenário do STF, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, "PPE-QO" n° 194/Argentina, DJU de 4/4/1997, p. 10.523).

<sup>160</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. SOARES MUÑOZ, "HC" n° 58.727/DF, DJU de 3/4/1981, p. 2.854.

<sup>161</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CARLOS BRITTO, "HC" n° 85.381/SC, DJU de 5/5/2006, p. 4.

<sup>162</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CELSO DE MELLO, "HC" n° 71.402/RJ, DJU de 23/9/1994, p. 25.315.

<sup>163</sup> Se a extradição de alguém for requerida por dois ou mais Estados estrangeiros, aplicar-se-ão as regras de preferência trazidas pelo art. 79 da Lei da n° 6.815/80.

<sup>164</sup> "Não se conhece de habeas corpus contra omissão de relator de extradição, se fundado em fato ou direito estrangeiro cuja prova não constava dos autos, nem foi ele provocado a respeito" (Súmula n° 692 do STF).

<sup>165</sup> O art. 81 da Lei da n° 6.815/80, que conferia ao Ministro da Justiça poder para ordenar tal espécie de prisão administrativa, acabou revogado pelo art. 5°, LXI, da CF/88 (cf. Plenário do STF, rel. Min. PAULO BROSSARD, "HC" n° 67.635/RJ, DJU de 29/9/1989, p. 15.192).

<sup>166</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, "HC" n° 80.993/RJ, DJU de 26/10/2001, p. 35.

utilizada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.<sup>167</sup> Embora também revestida de cautelaridade, a prisão preventiva delineada pelo Estatuto dos Estrangeiros tem por único escopo assegurar a execução de eventual ordem de extradição, e, assim, preservar o exercício da jurisdição penal.<sup>168</sup> Em nada tem relação com a gravidade do crime ou periculosidade do agente.

O aprisionamento acautelatório para fins de extradição é insubstituível por medidas mais brandas, tais como liberdade vigiada,<sup>169</sup> prisão domiciliar e prisão albergue,<sup>170</sup> é também incompatível com a concessão de fiança<sup>171</sup> e com a autorização para “saídas temporárias”,<sup>172</sup> mesmo para o trabalho durante o dia.<sup>173</sup>

Excepcionalmente, admite-se o recolhimento em celas de quartel da Polícia Militar no caso de pessoas que tenham direito a prisão especial.<sup>174</sup>

Particularmente, a prisão preventiva para efeitos extraditórios não tem prazo máximo prefixado, devendo perdurar até o julgamento final pela Corte Suprema.<sup>175</sup> O art. 84, parágrafo único, do Estatuto dos Estrangeiros é harmonizável com os arts. 82, § 2º, e 86: o tempo da segregação determinada durante o regular processo extraditório não guarda conotação com o prazo que o Estado requerente possui para formalizar o pedido de extradição, após a efetivação da prisão preventiva isoladamente solicitada (90 dias),<sup>176</sup> ou para retirar o extraditando do País, após a autorização judicial e a comunicação ao Governo alienígena pelo Ministério das Relações Exteriores (60 dias).<sup>177</sup>

Tudo isso decorre do fato de que a captura do extraditando em território nacional constitui **condição de procedibilidade** do pedido de extradição; portanto, não se dará início formal ou prosseguimento regular ao processo extraditório sem que a pessoa reclamada já esteja detida preventivamente à disposição do Supremo Tribunal Federal.<sup>178</sup>

O relator realizará o interrogatório, ou delegará tal atribuição ao juiz do local onde o extraditando estiver detido. O assentimento do indivíduo à sua extradição é juridicamente irrelevante, porquanto não dispensa o controle de legalidade conferido ao Supremo Tribunal Federal.<sup>179</sup>

Por conta do art. 92 do Estatuto dos Estrangeiros, o relator do feito também tem poderes para expedir mandado de busca e apreensão de bens e valores relacionados com a prática criminosa, ou de documentos que possam servir de prova.<sup>180</sup> A operação poderá ser acompanhada por agentes estrangeiros, desde que nela não interfiram direta ou indiretamente.<sup>181</sup>

O relator do processo poderá, ainda, ordenar a realização de diligências ou a juntada de documentos que entenda imprescindíveis à regularização do pedido de extradição; a parte interessada deverá cumprir a determinação judicial no prazo improrrogável de 60 dias,<sup>182</sup> findo o qual a demanda irá de qualquer forma a julgamento.<sup>183</sup>

Se a providência cabia ao Estado requerente, que se omitiu, haverá o risco de indeferimento do pleito extraditório, com a conseqüente libertação do extraditando.<sup>184</sup>

<sup>167</sup> Cf. art. 312 do CPP.

<sup>168</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. ELLEN GRACIE, “Ext” n° 854/Alemanha, DJU de 28/2/2003, p. 9.

<sup>169</sup> Por conseguinte, o art. 84, parágrafo único, da Lei n° 6.815/80 implicou a superação da Súmula n° 2 do STF, que assim rezava: “Concede-se liberdade vigiada ao extraditando que estiver preso por prazo superior a sessenta dias”.

<sup>170</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. ELLEN GRACIE, “HC” n° 81.709/DF, DJU de 31/5/2002, p. 42.

<sup>171</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, “Ext-AgR” n° 966/EUA, DJU de 10/10/2006, p. 20.

<sup>172</sup> Cf. decisão monocrática proferida no STF pelo Min. MAURÍCIO CORRÊA na “Ext” n° 816/EUA, DJU de 18/4/2001, p. 73.

<sup>173</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, “HC” n° 63.763/RJ, DJU de 4/3/1988, p. 3.891.

<sup>174</sup> Cf. decisão monocrática proferida no STF pelo Min. NELSON JOBIM na “Ext” n° 813/Austrália, DJU de 19/2/2001, p. 3.

<sup>175</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CELSO DE MELLO, “HC” n° 71.172/RJ, DJU de 13/5/1994, p. 11.352.

<sup>176</sup> Nos termos do art. 84, parágrafo único, da Lei n° 6.815/80, o prazo da prisão preventiva para fins extradicionais é sine die. Nada tem a ver com o período de 90 dias definido pelo art. 82, §§ 2º e 3º, do mesmo Diploma, que atine tão-somente ao prazo de que dispõe o Estado estrangeiro para deduzir o pedido de extradição a contar da captura do extraditando determinada com base no art. 82, caput (cf. Plenário do STF, rel. Min. SIDNEY SANCHES, “HC” n° 72.998/SP, DJU de 16/2/2001, p. 90).

<sup>177</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. NELSON JOBIM, “Ext” n° 786/Alemanha, DJU de 4/5/2001, p. 3.

<sup>178</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. EROS GRAU, “HC” n° 90.070/GO, DJU de 30/3/2007, p. 69.

<sup>179</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. EROS GRAU, “Ext” n° 1.052/Holanda, DJU de 20/10/2006, p. 49.

<sup>180</sup> Cf. decisão monocrática proferida no STF pelo Min. CARLOS BRITTO na “Ext” n° 555/Bélgica, DJU de 23/8/2006, p. 27.

<sup>181</sup> Cf. decisão monocrática proferida no STF pelo Min. CELSO DE MELLO na “Ext” n° 804/Alemanha, DJU de 1º/2/2001, p. 15.

<sup>182</sup> Cumpra à defesa provar suas argüições, não sendo possível a transferência desse ônus ao Estado estrangeiro (cf. Plenário do STF, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, “Ext” n° 1.009/França, DJU de 10/11/2006, p. 49).

<sup>183</sup> Cf. art. 85, § 2º, da Lei n° 6.815/80.

<sup>184</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. EROS GRAU, “Ext” n° 933/Espanha, DJU de 2/3/2007, p. 27.

Quanto ao conteúdo da defesa a ser apresentada pelo *súdito estrangeiro*, o Brasil adotou a técnica da **contenciosidade limitada** (“sistema belga”): a impugnação ao pleito extraditório versará apenas sobre a identidade da pessoa reclamada, defeito de forma dos documentos apresentados ou ilegalidade da própria extradição.<sup>185</sup> É que, possuindo natureza de *processo documental*, o pedido de extradição satisfaz-se tão-somente com a juntada dos documentos exigidos pela legislação.<sup>186</sup> Dessa forma, adstrita ao exame dos elementos extrínsecos do requerimento, a tarefa da Corte Suprema não vai além do mero *controle de legalidade*, não lhe cabendo revisar os aspectos formais<sup>187</sup> ou meritórios<sup>188</sup> do processo criminal que tramita ou tramitou na Justiça do Estado requerente. Assim, vinculado que está àquelas limitações materiais impostas em lei, e obrigado a respeitar a soberania dos outros países, ao Supremo Tribunal Federal **é vedado**, no processo de extradição passiva, por exemplo:

- espolhar eventuais nulidades no procedimento penal estrangeiro;<sup>189</sup>
- fiscalizar a observância das regras de competência interna dos tribunais de outros países;<sup>190</sup>
- revolver a prova ali produzida quanto à materialidade ou autoria;<sup>191</sup>
- indagar acerca da suficiência dos indícios probatórios que fundamentaram a instauração da ação penal ou o decreto de prisão preventiva;<sup>192</sup>
- promover dilação probatória, a fim de perquirir se, em determinado período, o extraditando estava no território do país solicitante;<sup>193</sup>
- valorar as provas atinentes ao elemento subjetivo do tipo;<sup>194</sup> ou
- adentrar no próprio mérito dos fatos imputados ao cidadão estrangeiro, em ordem a rever a condenação lá proferida, reenquadrando o extraditando em tipo diverso daquele constante da sentença penal a ser executada.<sup>195</sup>

Este regime de cognoscibilidade estrita em nada machuca os princípios constitucionais do contraditório e da plenitude da defesa.<sup>196</sup> Em si mesmo considerado, o processo de extradição não visa à aplicação de pena; portanto, não equivale a uma ação penal condenatória, até porque não contém acusação alguma. Outrossim, o direito à controvérsia sobre as questões ligadas à suposta prática delituosa e ao regular desenvolvimento da *persecutio criminis* estará garantido perante a Justiça estrangeira, que é o foro adequado para os debates judiciais.

Esclareça-se que, tratando-se de pedido de extradição passiva em relação a *brasileiro naturalizado*, por envolvimento em narcotráfico após a naturalização,<sup>197</sup> haverá uma ampliação do juízo de conhecimento pelo Supremo Tribunal Federal. É que, nesse caso em especial, tendo o Estado requerente o ônus de demonstrar *a priori* a efetiva participação do súdito nacional na prática do ilícito, a extradição só será autorizada se a Corte Suprema, ao analisar a prova produzida no exterior, concluir pela evidência da materialidade e da autoria.<sup>198</sup>

O Estado requerente poderá habilitar-se no processo de extradição por meio da assistência simples, assumindo a condição de *amicus curiae*. Possui, também, o direito potestativo de desistir do pedido extraditório até a data da decisão plenária; caso o Supremo Tribunal Federal já tenha autorizado a entrega da pessoa, o Governo estrangeiro poderá renunciar à execução da extradição pelo Presidente da República.<sup>199</sup>

A formalização do pedido de refúgio pelo extraditando suspende, até a decisão definitiva do Ministério da Justiça, o andamento do processo de extradição.<sup>200</sup> No entanto, esse requerimento não tem o condão de cassar a prisão preventiva para fins extraditórios.<sup>201</sup>

Após as manifestações da defesa e da Procuradoria-Geral da República, o Plenário do Supremo Tribunal Federal finalmente decidirá, por maioria de votos, a respeito do pedido extraditório. Deferido o pleito extraditório, caberá

<sup>185</sup> Cf. art. 85, § 1º, da Lei nº 6.815/80.

<sup>186</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CELSO DE MELLO, “Ext-QO” nº 568/Itália, DJU de 7/5/1993, p. 8.326.

<sup>187</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, “Ext” nº 1.042/Portugal, DJU de 2/3/2007, p. 27.

<sup>188</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CELSO DE MELLO, “Ext” nº 549/EUA, DJU de 26/6/1992, p. 10.104.

<sup>189</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CELSO DE MELLO, “Ext” nº 542/EUA, DJU de 20/3/1992, p. 3.320.

<sup>190</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. ELLEN GRACIE, “Ext” nº 824/Alemanha, DJU de 12/4/2002, p. 52.

<sup>191</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. GILMAR MENDES, “Ext” nº 915/EUA, DJU de 14/10/2005, p. 7.

<sup>192</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, “Ext” nº 589/Argentina, DJU de 15/4/1994, p. 8.060.

<sup>193</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, “Ext” nº 837/Egito, DJU de 30/4/2004, p. 32.

<sup>194</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CARLOS BRITTO, “Ext” nº 972/Argentina, DJU de 11/11/2005, p. 6.

<sup>195</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CARLOS BRITTO, “Ext” nº 987/Itália, DJU de 12/5/2006, p. 5.

<sup>196</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CELSO DE MELLO, “Ext” nº 669/EUA, DJU de 29/3/1996, p. 9.343.

<sup>197</sup> Cf. art. 5º, LI, c/c art. 12, II, da CF.

<sup>198</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, “Ext” nº 541/EUA, DJU de 18/12/1992, p. 24.374. Esta norma constitucional carece de regulamentação por lei ordinária (cf. Plenário do STF, rel. Min. CELSO DE MELLO, “Ext” nº 688/Itália, DJU de 22/8/1997, p. 38.760).

<sup>199</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CELSO DE MELLO, “Ext-QO” nº 804/Alemanha, DJU de 27/9/2002, p. 81.

<sup>200</sup> Cf. art. 34 da Lei nº 9.474/97.

<sup>201</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. SYDNEY SANCHES, “HC” nº 81.127/DF, DJU de 26/9/2003, p. 5.

ao Presidente da República executar a medida. Se negada a extradição, não se admitirá novo pedido baseado no mesmo fato.<sup>202</sup> Todavia, a súplica poderá ser renovada caso o anterior processo de extradição haja sido encerrado sem pronunciamento sobre o mérito.<sup>203</sup>

### 2.2.3. FASE POLÍTICA

Na *fase política* da extradição passiva prepondera a atuação do Presidente da República, porquanto a ele cabe decidir, com exclusividade, acerca da conveniência da entrega do extraditando ao Governo estrangeiro.

Ressalte-se que o Poder Judiciário *não ordena* a extradição passiva: limita-se a *autorizá-la*, após atestar a legalidade do respectivo pedido; sua decisão contém carga eficaz predominantemente constitutiva, não mandamental. A *execução* do ato extraditório ficará a cargo do **Presidente da República**, que, à luz e sob as condições do provimento judicial, determinará, segundo seu juízo discricionário, a entrega da pessoa reclamada, para tanto baixando o decreto correspondente. É que apenas o Chefe do Poder Executivo da União tem poderes para agir soberanamente em nome da República Federativa do Brasil no terreno internacional. Ao deferir a extradição, o Supremo Tribunal Federal esgota sua jurisdição; futuramente, portanto, já não terá força para impedir ou compelir o Presidente da República a efetivar a medida conforme autorizada.<sup>204</sup>

Reza o Estatuto dos Estrangeiros:

“**Art. 89.** Quando o extraditando estiver sendo processado, ou tiver sido condenado, no Brasil, por crime punível com pena privativa de liberdade, a extradição será executada somente depois da conclusão do processo ou do cumprimento da pena, ressalvado, entretanto, o disposto no art. 67.”

O artigo acima merece algumas considerações teóricas.

Primeira ponderação: o dispositivo não se dirige ao Supremo Tribunal Federal, senão apenas ao Presidente da República.<sup>205</sup> Por conseguinte, a Corte Suprema não tem legitimidade para indeferir pedido extraditório sob o argumento de que, no Brasil, o súdito estrangeiro estaria sendo criminalmente processado, aguardando recurso ou já cumprindo pena privativa de liberdade *por fato diverso* daquele inspirou a extradição.

Segunda ponderação: por regra geral, o Presidente da República não promoverá a extradição do indivíduo reclamado enquanto perdurar qualquer daquelas situações.<sup>206</sup> Excepcionalmente, todavia, mesmo diante da existência de processo ou condenação penal no Brasil, o Presidente da República, atuando como único árbitro político do interesse nacional, poderá determinar a pronta entrega do extraditando ao Estado solicitante, quando julgar inconveniente sua permanência em território nacional. Pouco importa se o extraditando ainda não cumpriu por inteiro a pena criminal que lhe vinha sendo executada no Brasil em virtude de expiação aqui sofrida.<sup>207</sup>

Terceira ponderação: não incide aquela regra geral se o extraditando estiver sob mera investigação policial ou no caso de processo ou condenação por contravenção penal,<sup>208</sup> ou, ainda, se a pena privativa de liberdade houver sido substituída por restritiva de direito.<sup>209</sup>

A partir da comunicação que receber por meio do Ministério das Relações Exteriores, o Estado estrangeiro terá 60 dias para retirar o extraditando do território nacional, sob pena de, expirado o prazo, ser relaxada a prisão.<sup>210</sup> Sem embargo, sempre restará ao Presidente da República a capacidade jurídica de, a qualquer tempo, decretar a expulsão do súdito estrangeiro.

<sup>202</sup> Cf. art. 88 da Lei n° 6.815/80.

<sup>203</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. MARCO AURÉLIO, “Ext” n° 951/Itália, DJU de 9/9/2005, p. 34.

<sup>204</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CELSO DE MELLO, “HC-QO” n° 72.391/DF, DJU de 17/3/1995, p. 5.791.

<sup>205</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CELSO DE MELLO, “Ext” n° 579/Alemanha, DJU de 15/4/1994, p. 8.060.

<sup>206</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. CELSO DE MELLO, “Ext” n° 804/Alemanha, DJU de 6/9/2002, p. 66. “A entrega do extraditando ficará igualmente adiada se a efetivação da medida puser em risco a sua vida por causa de enfermidade grave comprovada por laudo médico oficial” (art. 89, parágrafo único, da Lei n° 6.815/80).

<sup>207</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, “Ext” n° 580/Bélgica, DJU de 13/5/1994, p. 11.351.

<sup>208</sup> Cf. art. 90 da Lei n° 6.815/80.

<sup>209</sup> Cf. Plenário do STF, rel. Min. NELSON JOBIM, “HC-QO” n° 82.261/SP, DJU de 27/2/2004, p. 21.

<sup>210</sup> Cf. arts. 86 e 87 da Lei n° 6.815/80.

## A GLOBALIZAÇÃO E A MEDIAÇÃO

Lídia Reis de Almeida PRADO\*

### RESUMO

O presente artigo tem como propósito discutir as influências que a mediação, enquanto meio alternativo de solução de conflitos que têm suas raízes num determinado contexto sócio-cultural, recebe da globalização, fenômeno que provoca a imposição (e não absorção) de uma cultura estrangeira. Dada sua natureza interdisciplinar, este trabalho recorre a autores da filosofia do direito, da sociologia e da psicologia analítica, especialmente Carl Gustav Jung, a fim de mostrar a estreita relação entre cultura e inconsciente coletivo, bem como as implicações do fenômeno da globalização sobre tal relação. Pretende-se, com isso, fomentar o debate, muito mais do que propriamente responder à questão central, qual seja, em que medida a globalização influencia a atividade dos mediadores?

**Palavras-chave:** mediação – globalização – inconsciente coletivo.

### ABSTRACT

The present article aims to discuss the influences the mediation, comprehended as a alternative way of solving conflicts which are grounded in a specific social and cultural context, receive from the globalization, phenomena that provokes the imposition (but not absorption) of a foreign culture. Because of its interdisciplinary perspective, this work recurs to authors of the Philosophy of Law, Sociology and analytic psychology, especially Carl Gustav Yung, in order to show the closer relation between culture and the collective unconscious, as well as the implications of the phenomena of globalization on that relation. As result, thus, it is expected to foment the debate much more than properly responding the central question, that is, in what way the globalization influences the mediators activity?

**Key-words:** mediation – globalization – collective inconscient.

A difusão de certos aspectos da cultura norte-americana é um fato inescapável de nosso tempo. Vivemos no Brasil cercados de vídeo-cassetes e vídeo-games, comemos *hot-dogs* e *hamburgers*; tomamos cocas, vestimos *t-shirts* e *blue-jeans*. Os filhos de famílias mais abastadas possuem *skates*, pranchas de surf e apreciam o *moto-cross*. Ouvimos *rocks* e *souls* produzidos por *bands*. Fenômenos sociais ligados à juventude atravessaram fronteiras e aqui se estabeleceram com os nomes de origem.

(MOURA, Gerson. **Tio Sam chega ao Brasil, a penetração cultural americana**).

---

\*Bacharel em Direito e Psicologia pela PUC-SP. Mestre em Direito pela USP e doutora em Direito pela PUC-SP. Procuradora do Município de São Paulo aposentada. Exerceu a psicologia clínica e a advocacia. É professora doutora do programa de pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da USP. Leciona, também, na graduação em Direito da USP e da PUC-SP. É autora do livro **O Juiz e a Emoção** (Campinas: Millenium 2003). Ministra palestras e cursos por todo o Brasil a respeito da temática da mediação e da formação de Juízes.

Tratarei do fenômeno da globalização e sua influência sobre a mediação. Por ser um tema complexo e multifacetado, dividirei este artigo nos seguintes tópicos: o fenômeno da globalização; o conceito de inconsciente, formulado por Freud e Jung; a noção psicológica de símbolo, e as relações entre mediação e globalização.

Entende-se por **globalização** o fenômeno que provoca a contínua inter-relação de vários países, principalmente no que se refere à produção de bens e serviços, aos mercados financeiros e à propagação maciça de informações estratégicas, muitas delas de caráter nitidamente ideológico.

Consentânea com a globalização é a expansão do neoliberalismo, que traz consigo o predomínio de interesses financeiros sobre os valores morais e espirituais; a privatização das estatais; o menosprezo pelo *welfare state* (estado providencialista); o aumento do desemprego; o incremento da exclusão social e crises econômicas cíclicas.

A globalização não é um fenômeno atual, tendo ocorrido já na Antiguidade durante o predomínio da civilização da Grécia antiga, da Pérsia e de Roma. Todavia, a maioria dos autores aponta as grandes navegações da Renascença e a invenção da imprensa, no século XV, como um importante momento de mundialização (termo empregado especialmente na França como sinônimo de globalização). Com a Revolução Industrial e o capitalismo houve a busca desenfreada de novos mercados. Mais recentemente, tivemos posições hegemônicas como as da Grã-Bretanha e da França. Agora, há o predomínio maciço dos Estados Unidos, principalmente após a 2ª Guerra Mundial. Esse predomínio exacerbou-se com a destruição do mundo socialista e com o nascimento do neoliberalismo, caracterizado, em especial, pela redução da intervenção do estado na esfera econômica e social e ausência de ética por parte da cultura dominadora.

Atualmente, o que existe de inédito é que a supremacia norte-americana decorre, entre outros fatores, da influência exercida pelos meios de comunicação de massa, notadamente pelo cinema que, desde a década de 40 do século passado, propaga no mundo ocidental os hábitos estadunidenses.

Para mostrar a influência da mídia na propagação desses hábitos, diz Hilton Japiassu<sup>1</sup>:

Nosso mundo é dominado pelo monoteísmo do mercado, onde um indivíduo livre e soberano é

reduzido a uma marionete, realizando espasmodicamente os gestos que lhe são impostos pelo campo sócio cultural (ganhar, consumir e “gozar”). O grande responsável pela nossa dissolução na pluralidade de sentidos e pela liquidação da história é a mídia. Vivemos sem quadro de referências. Os fatos são-nos apresentados ou mostrados de forma bastante fragmentada e sem sentido. Consumimos milhares de notícias descartáveis e sem reflexão. Os efeitos especiais nos escondem o fundamental. Não conseguimos distinguir o importante do trivial.

Diz-se, ainda, que existe nítida manipulação da informação para servir aos que controlam a economia global. Há, assim, a imposição de valores como o individualismo narcisista e a ideologia do consumismo exagerado, onde tudo é provisório. Não há, pois, democratização da informação, porque esta é direcionada e controlada.

Descrevendo esse estado de coisas, afirma Gerson Moura que o Brasil, a partir de 1941, junto com os ditames de Hollywood, “foi literalmente invadido por *missões de boa vontade* americanas, compostas por professores universitários, jornalistas, publicitários, artistas, militares, cientistas, diplomatas, empresários, todos empenhados em estreitar os laços de cooperação com brasileiros, além das múltiplas iniciativas oficiais daquele país”<sup>2</sup>.

Para o referido autor, as conseqüências culturais dessa penetração norte-americana em nosso país obedeceram a um planejamento de conquista de mercados. Segundo ele, essa exportação cultural — apesar de apresentar aspectos positivos como o intercâmbio de idéias e aquisição de conhecimento técnico e científico — fazia parte de uma estratégia ideológica mais abrangente para garantir o alinhamento da América Latina com os Estados Unidos, nação que, naquela época, tentava posicionar-se como uma superpotência internacional<sup>3</sup>.

No mesmo sentido, Zygmunt Bauman, no decorrer de seu livro *Globalização: as conseqüências humanas* traz uma reflexão sobre os efeitos da globalização na política, na economia e nas estruturas sociais. Concebe a mundialização como um processo que divide a sociedade em dois pólos: as elites poderosas (que participam da ordem global) e a maioria da população composta de excluídos e segregados das benesses desse processo<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Hilton Japiassu, *A crise da razão no Ocidente*, www.editoraeletronica.net, p. 12.

<sup>2</sup> Gerson Moura, *Tio Sam chega ao Brasil, a penetração cultural americana*, São Paulo, Brasiliense, 1984, p.11.

<sup>3</sup> Gerson Moura, op. cit., p.12.

<sup>4</sup> Zygmunt Bauman, *Globalização: conseqüências humanas*, São Paulo, Unesp, 1991.

Dentro dessa ordem de idéias, podemos concluir que a globalização, longe de apresentar apenas aspectos positivos (como o desenvolvimento científico e tecnológico), traz conseqüências danosas por tirar do ser humano, que se torna apenas mais um consumidor, sua verdadeira humanidade. Daí advém uma sociedade alienada que foi chamada, por Luigi Zoja, de bulêmica por sua devoção à expansão e pela negação dos próprios limites. Para o autor, nessa sociedade, “toda transcendência e toda metafísica são roídas na raiz pelo consumo imediato” e o homem moderno é um “homem sem metafísica”<sup>5</sup>.

No que se refere ao conceito de inconsciente, foi formulado por Freud (inconsciente pessoal) e por Jung (inconsciente coletivo).

Para Freud, criador da Psicanálise, a razão é menos poderosa do que se acreditava, pois a consciência seria dirigida e controlada por forças profundas e misteriosas. Essa idéia pôs em xeque a crença dos racionalistas e empiristas, segundo a qual a verdade habita a consciência<sup>6</sup>.

Conforme Sérgio Paulo Rouanet, no pensamento ocidental, a razão está “em cativeiro”, porque desviou-se do conhecimento da verdade, gravitando em torno do próprio eixo, numa postura de auto-veneração<sup>7</sup>.

A concepção do inconsciente e as outras inovações que revolucionaram o saber, levaram o filósofo francês Merleau-Ponty a afirmar que uma das mais importantes tarefas da Filosofia contemporânea seria a de achar um outro conceito de razão — a *razão alargada* — no qual pudessem entrar os progressos da Psicanálise. E, além de tais progressos, seria desejável que esse novo conceito fosse compatível com as novas formulações da Física, da Antropologia, da Sociologia, que também romperam com o racionalismo exacerbado, tradição da nossa cultura<sup>8</sup>.

Após elaborar sua corajosa teoria do inconsciente pessoal, Freud afirmou ser ela uma das três feridas que atingiram o narcisismo humano (as outras foram, respectivamente, a que nos provocou Copérnico, ao provar que a Terra não estava no centro do universo; a segunda foi causada por Darwin, ao demonstrar que os homens não são

seres especiais criados por Deus, mas apenas um elo na evolução das espécies).

Jung não só acatou a formulação de Freud, no que diz respeito à importância do irracional — embora tivesse divergido do mestre de Viena no que se refere à ênfase por ele colocada à sexualidade — como introduziu um conceito de psique além das barreiras pessoais, o conceito de inconsciente coletivo. Convém notar que, para Jung, as teorias de Freud, de Adler e de outros autores, incluindo a dele próprio, são desiguais, porque foram formuladas por pessoas com diferentes tipos psicológicos e distintas cosmovisões. Não é difícil entender a importância de tal observação: todas essas teorias são válidas, porque a diversidade da tipologia dos seus criadores corresponde à diversidade dos indivíduos que experimentam conflitos psicológicos.

Se o inconsciente pessoal constitui-se do material reprimido na história de vida do indivíduo (assim como o inconsciente freudiano), o inconsciente coletivo tem origem anterior, pois é uma estrutura psíquica herdada da evolução da humanidade, renascida em cada indivíduo e guarda padrões de funcionamento que dão à nossa espécie qualidades específicas. Pode-se dizer que o inconsciente coletivo conserva a memória da espécie humana.

A elaboração da noção de inconsciente coletivo foi muito importante, por trazer um novo conceito psicológico, que se somou aos já existentes, o do *ego* (como centro da consciência, estudada desde 1860, quando a Psicologia científica surgiu como disciplina independente) e o do inconsciente pessoal.

Para a Psicologia Analítica — a teoria de Jung e seguidores —, os arquétipos são os elementos do inconsciente coletivo, sendo a sua noção próxima à dos instintos, pois ambos promovem experiências fundamentais. Numa passagem de uma de suas obras (CW 8, par. 338), afirma ser o “inconsciente coletivo a soma dos instintos e seus correlatos, os arquétipos”. Mais: “na medida em que os arquétipos influenciam no processo de formação dos conteúdos conscientes, regulando-os, modificando-os e

<sup>5</sup> Luigi Zoja, *A História da Arrogância, Psicologia e Limites do Desenvolvimento Humano*, São Paulo, Axis Mundi, 2000, p.151.

<sup>6</sup> Sigmund Freud, em *Cinco lições sobre a Psicanálise*, vol. XVI das Obras Completas, Rio de Janeiro, Imago, 1988, p.15. Aí, Freud acentua: “A psicanálise propõe mostrar que o Eu não somente não é senhor na sua própria casa, mas também está reduzido a contentar-se com informações raras e fragmentadas daquilo que se passa fora da consciência, no restante da vida psíquica[...]. A divisão do psíquico num psíquico consciente e num psíquico inconsciente constitui a premissa fundamental da psicanálise, sem a qual ela seria incapaz de compreender os processos patológicos, tão freqüentes quanto graves, da vida psíquica e fazê-los entrar no quadro da ciência[...]. A Psicanálise se recusa a considerar a consciência como constituindo a essência da vida psíquica, mas nela vê apenas uma qualidade desta, podendo coexistir com outras qualidades e até mesmo faltar”

<sup>7</sup> Sérgio Paulo Rouanet, *A razão cativa*, São Paulo, Brasiliense, 1990. Nesse parágrafo, apresentei uma síntese do tema desse livro.

<sup>8</sup> A alusão ao filósofo francês encontra-se em livro de Marilena Chauí, *Convite à Filosofia*, São Paulo, Ática, 1995, p.63.

<sup>9</sup> ver Freud, op. cit. 336

motivando-os, eles atuam como instintos” [...] (CW 8/2, par. 404). E ainda: há “uma opinião pouco lúcida de que o inconsciente coletivo é uma idéia metafísica. Trata-se, isso sim, de um conceito empírico, que deve ser equiparado ao conceito de instinto”<sup>10</sup>.

Mais explícita ainda é a conceituação de Jung, citada por Samuels, no sentido de que “os arquétipos são, por assim dizer, como pequenos e numerosos apetites em nós e se, com o passar do tempo, não conseguem nada para comer começam a se revoltar e a perturbar tudo”. Ele ainda ressalta que o bebê humano estrutura suas experiências rudimentares de acordo com o esquema psicológico inato, da mesma forma que ele “sabe” respirar<sup>11</sup>.

Em síntese, os arquétipos consistiriam em predisposições humanas típicas para agir, pensar, sentir, sendo que cada pessoa, na sua individualidade, pode vivenciá-las particularmente. Existem tantos arquétipos quantas são as situações típicas na existência da humanidade, ou seja, seu número é ilimitado.

Os nossos padrões arquetípicos são muito menos estereotipados do que os padrões de comportamento dos animais. Além disso, nos homens, os arquétipos parecem ser muito mais numerosos, embora não utilizados em sua totalidade durante a vida. Os arquétipos precisam de certas situações históricas, a fim de serem ativados na psique coletiva ou individual. Com efeito, há épocas em que o arquétipo do guerreiro não é valorizado (situação de paz, por exemplo). Há, também, oportunidades na vida das pessoas em que o arquétipo do herói não é constelado (época de calma existencial).

A noção de arquétipo permite-nos compreender porque, em locais e tempos diferentes, surgem temas idênticos nos sonhos, nos delírios, nos mitos, nos contos de fada, nos dogmas e rituais das religiões, nas artes, enfim, nas produções do inconsciente de um modo geral. Os filósofos do Direito há muito afirmam que a Justiça é uma idéia que, desde tempos imemoriais, surge na humanidade. Pode-se, assim, afirmar que a Justiça é um arquétipo, como também o são idéias muito antigas como as de autor, réu, julgador, conciliador, mediador.

No âmbito da Filosofia e da Sociologia do Direito, embora de modo diferente do apresentado por Jung, Luis Recaséns Siches traz uma teoria do coletivo nas suas

“Leciones de Sociologia”. Para o autor, por mais autêntica que seja uma personalidade, o coletivo funcionará aí em larga escala, até como condição indispensável a essa autenticidade, ninguém prescindindo dele para a realização de suas potencialidades originais. Esclarece ainda Siches que cada pessoa, nessa realização, deverá contar, como herdeiro, com todo o passado da sociedade. Assim, “qualquer que seja a margem de individualização e originalidade que cada um incorpore à sua existência, inevitável é que assimile uma grande dose do coletivo”<sup>12</sup>.

Mircea Eliade equipara a concepção do inconsciente aos achados marítimos da Renascença e às descobertas astronômicas decorrentes da invenção do telescópio. Para o autor, cada um desses feitos desvelou mundos de cuja existência sequer se suspeitava, operando-se assim uma ruptura de nível, não só através da quebra da imagem tradicional do planeta, mas também da divulgação de um Universo até então inimaginável<sup>13</sup>.

Contudo, apesar do avanço que alcançou a Psicologia nos últimos cem anos, nos outros ramos do saber do Ocidente, quer do ponto de vista educacional, quer na práxis, o universo interior do indivíduo continua ainda pouco considerado. O mesmo ocorre no Direito. No entanto, é no convívio com nosso mundo interno e suas divergências, que vamos adquirindo meios para o entendimento das discrepâncias exteriores. Na sua introdução ao livro de Jung “O Segredo da Flor de Ouro”, Cary Baynes assim escreveu a respeito do pretense dissenso entre a ciência e o espírito: “o espírito deve apoiar-se na ciência, como o seu guia no mundo da realidade, e a ciência deve retornar ao espírito em busca do significado da vida”<sup>14</sup>.

A propósito desse tema, afirma Mircea Eliade que se impõe, no processo do autoconhecimento, o trabalho com a totalidade, na qual se acha implícito o *conflito entre o bem e o mal*<sup>15</sup>. Aliás, penso ser esse conflito muito familiar entre os operadores do Direito em geral, entre os juizes e entre aqueles que se dedicam às formas não convencionais de elaboração e solução dos conflitos (incluindo-se aqui os mediadores, os conciliadores e os árbitros, por exemplo).

Feitas essas ponderações, impõe-se, agora, sejam trazidas algumas colocações sobre o símbolo e seu significado psicológico.

<sup>10</sup> Andrew Samuels, *Jung e os pós-junguianos*, Rio de Janeiro, Imago, 1989., pp. 45 e 65.

<sup>11</sup> Andrew Samuels, op. cit. pp. 45 e 65. . A comparação entre arquétipos e apetites, feita por Jung, e referida por Samuels, está em C. G. Jung *speaking*, org. Mc Guire, Routledge & Kegan, Londres, 1976, p. 358.

<sup>12</sup> Os comentários a esse posicionamento de Luis Recasens Siches acha-se em A. Machado Neto, em artigo publicado na Revista Brasileira de Filosofia, S.P., n. 35, 1975.

<sup>13</sup> Mircea Eliade, *Mefistófeles e o Andrógino*, São Paulo, Martins Fontes, 1991. p. 2

<sup>14</sup> A referência a Baynes está em Ruy César do Espírito Santo, “O autoconhecimento em sala de aula”, in *Ética, valores humanos e transformação*, São Paulo, Fundação Petrópolis, 1998, p. 46.

<sup>15</sup> Mircea Eliade, op.cit, p.81

O **símbolo**, no sentido da Psicologia Analítica, diverge do signo lingüístico que tem uma significação determinada, conhecida e convencional. Com efeito, na lingüística, todas as palavras são tidas como símbolos ou signos que são arbitrários e vinculados àquilo a que se referem em razão do uso. Também não se confunde com o símbolo no sentido que lhe dá a Semiótica: também segundo esse ramo do saber, o símbolo é um signo arbitrário cujo significado depende de uma convenção (por exemplo, a logomarca de um produto sofisticado). Difere, ainda, dos *sinais* ou *insígnias* (por exemplo, as siglas da ONU, UNESCO, UNICEF, as asas estampadas nos quepes dos aviadores).

Representações de objetos ideais ou materiais não são símbolos, mas meras alegorias, como ocorre com a Justiça, representada por uma mulher de olhos vendados que segura, numa das mãos uma balança e, na outra, uma espada.

Diversamente, na psicologia analítica, o símbolo está ligado a algo cujo significado não se conhece. Para Jung, um símbolo “não traz explicações; impulsiona para além de si mesmo na direção de um sentido ainda distante, inapreensível, obscuramente pressentido e que nenhuma palavra de língua falada poderá exprimir de maneira satisfatória”<sup>16</sup>. Para o autor, os símbolos são expressões de coisas significativas para as quais, no momento, inexistente formulação mais perfeita.

Pode-se dizer que, por intermédio do símbolo, consciente e inconsciente aproximam-se. Em outras palavras, o símbolo é racional e irracional ao mesmo tempo. Quando Platão em *Protágoras* conta a origem do mundo com Pandora e Epimeteu, usa de um símbolo para explicar algo de difícil entendimento. O mesmo ocorre quando usa a imagem da caverna para que os homens percebam que desconhecem a verdadeira realidade.

As religiões empregam uma linguagem simbólica. O homem produz símbolos na forma de sonhos. Os mitos são os símbolos da cultura. Os mitos, assim como o folclore e os contos de fadas, são retirados da memória cultural que é o inconsciente coletivo.

A mitologia tem ocupado um papel relevante nas civilizações, de tal modo que sua destruição significou, para

alguns povos, como os índios americanos, o abalo da identidade de toda uma nação.

Uma remota compreensão da mitologia vem de Evêmero, filósofo alexandrino do século IV a.C. Para ele, os mitos objetivariam o entendimento da origem dos deuses e seriam lembranças das façanhas desses personagens na Terra, antes de sua transposição para a categoria divina. Outra forma de entender os mitos foi explicá-los como *alegorias* de fenômenos da natureza, que o ser humano tentava entender<sup>17</sup>.

Modernamente, os mitos são considerados como expressão de modalidades de vida, modelos que possibilitam ao homem inserir-se na realidade, sendo *protótipos* de todas as atividades humanas dotadas de significação.

A concepção da Psicologia Analítica é inteiramente consentânea com essa visão moderna. Observe-se, aliás, que o antropólogo Mircea Eliade era a fonte de referência de Jung, em mitologia. Segundo a noção junguiana, os mitos condensam experiências humanas *típicas* (que vêm sendo vividas, repetidamente, durante milênios). São representações espontâneas – vindas da psique coletiva – de *verdades psicológicas*. O mito está, para a humanidade, assim como o sonho está para um indivíduo<sup>18</sup>.

De acordo com Jung, os mitos são narrativas de encontros arquetípicos. Para ele, o homem é um fazedor de mitos: reencena dramas muito antigos, cujo enredo refere-se a temas arquetípicos, na tentativa de libertar-se de sua influência compulsiva<sup>19</sup>.

Nos trabalhos clínicos, Jung observou que a confiança no ritual era muito importante para a ampliação da consciência e que o homem moderno reprime o aspecto mítico de seu ser, motivo pelo qual lhe faltam propósito e significado de vida.

Conforme James Hillman, “a linguagem básica e irreduzível de padrões arquetípicos é o discurso metafórico dos mitos”. Para o autor, a Psicologia Analítica utiliza-se da mitologia mais para entender a nós mesmos no presente do que para aprender sobre os outros no passado<sup>20</sup>.

Como já afirmei, os mitologemas, por serem símbolos, procuram oferecer uma resposta a questões filosóficas e teológicas, para as quais não há soluções racionais.

<sup>16</sup> Esta citação acha-se em Nise da Silveira, *Jung, vida e obra*, Rio de Janeiro, 9ª edição, p.p. 80 a 66, de onde tirei subsídios para a elaboração desse tópico.

<sup>17</sup> Sobre o assunto ver em Nise da Silveira, *Jung, vida e obra*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, p.127-133

<sup>18</sup> O sonho mostra a alguém sua realidade psicológica; o mito faz o mesmo em relação a toda a humanidade.

<sup>19</sup> Andrew Samuel et alii, *Dicionário crítico de análise junguiana*, Rio de Janeiro, Imago, 1998, p. 128.

<sup>20</sup> James Hillman, citado por Andrew Samuels, *Jung e os junguianos*, Rio de Janeiro, Imago, 1989, p. 286.

Se compararmos a filosofia de Anaximandro e a *Teogonia* de um poeta como Hesíodo, as estruturas se assemelham até mesmo nos detalhes. O mesmo tema mítico da origem do mundo repete-se, embora com diferentes níveis de abstração<sup>21</sup>.

Trazendo-se esse conjunto de idéias para o entendimento das relações entre a globalização, pode-se chegar a algumas **conclusões**.

Quando um mito é interpretado, é possível que haja uma nova compreensão sobre a experiência humana (com a ampliação da consciência), porque são evocados sentimentos e imaginação, que dizem respeito a temas universais. Daí decorre a importância de um país preservar sua mitologia, indispensável para o contato das pessoas com suas raízes.

No momento em que uma cultura sobrepõe-se a outra, passa a existir um predomínio dos símbolos da cultura dominante. Por exemplo, aqui no Brasil, muitos símbolos estrangeiros ficaram no lugar dos de nosso folclore, como ocorreu com o saci pererê e a mula sem cabeça que foram substituídos pelas bruxas do Halloween.

Não houve então a soma de mitos, o que poderia ser produtora, mas a eliminação de vários deles. Cabe aqui citar Cassirer, segundo o qual a dificuldade real está menos na aprendizagem de uma nova linguagem que no esquecimento da linguagem anterior (Ernst Cassirer, op. cit. p.172 *apud* Rubem Alves).

Assim, nada tem a ver com a nossa cultura a adoção de símbolos de uma civilização, como a norte-americana, que se funda no desejo do poder, numa necessidade constante de competição e superação do outro.

Uma outra observação: junto com a mitologia houve a recepção maciça, pela cultura brasileira, do pragmatismo, do materialismo, do maniqueísmo, da violência, do consumismo exagerado, típicos da civilização já mencionada.

É interessante notar que a obra de Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil*, defende a idéia de que o brasileiro tem um temperamento típico: o de ser um homem gentil e prestativo. Esse atributo, aliás, é quase sempre decantado pelos estrangeiros que visitam o nosso país.

Enfocando a possível influência dos atributos da cultura estadunidense sobre nós, poderíamos indagar: por que será que agora estamos tão violentos? Será isso, decorrente, entre outras causas, da influência americana, que recebemos por intermédio dos filmes junto com os

efeitos especiais? Até há bem pouco tempo não tínhamos, por exemplo, assassinatos em massa como os que acontecem nas favelas, e muito menos chacinas, semelhantes à ocorrida em São Paulo, há alguns anos, quando um estudante de medicina assassinou várias pessoas num cinema. Fatos como esses são típicos da sociedade americana.

Ora, como já ressaltai, o mediador é um indivíduo como outro qualquer, mergulhado num contexto social e sujeito às influências quer do inconsciente coletivo — manifestado em mitos populares, nos contos de fada, no folclore — quer do consciente coletivo, expresso no Direito, nas regras morais, nos acontecimentos sociais, etc.

Esse indivíduo, assim como a maioria das pessoas, creio, está perdendo o contato com seus valores culturais, mitologia, etnia, tornando-se, aos poucos, um ser menos harmônico, menos ligado às raízes, fontes de inesgotável criatividade. Daí, sem dúvida, decorrem repercussões em todos os aspectos de sua vida, inclusive no desempenho das atividades. Assim, quando o mediador trabalha na facilitação do diálogo entre os mediandos, por exemplo, há a utilização de símbolos e metáforas. A diminuição do número desses símbolos prejudica a mediação.

E então fica a pergunta: um mediador sem contato com suas origens terá criatividade suficiente para a difícil tarefa de conduzir os mediandos à percepção e elaboração afetiva dos conflitos que os levaram a recorrer à mediação? mostrar que o Eu não somente não é senhor na sua própria casa, mas também está reduzido a contentar-se com informações raras e fragmentadas daquilo que se passa fora da consciência, no restante da vida psíquica[...]. A divisão do psíquico num psíquico consciente e num psíquico inconsciente constitui a premissa fundamental da psicanálise, sem a qual ela seria incapaz de compreender os processos patológicos, tão freqüentes quanto graves, da vida psíquica e fazê-los entrar no quadro da ciência[...]. A Psicanálise se recusa a considerar a consciência como constituindo a essência da vida psíquica, mas nela vê apenas uma qualidade desta, podendo coexistir com outras qualidades e até mesmo faltar”

## BIBLIOGRAFIA

ALVES, Rubem. **Conversas com quem gosta de ensinar**. 7ª ed. São Paulo: Cortez Editora.

BAUMAN, Zigmunt. **Globalização: conseqüências humanas**. São Paulo: Unesp, 1991.

<sup>21</sup> Jean Pierre Vernant, *Mito e pensamento entre os gregos*, São Paulo, Paz e Terra, 1990, p. 351

<sup>22</sup> A referência a Ernst Cassirer acha-se em Rubem Alves, *Conversas com quem gosta de ensinar*, São Paulo, Cortez Editora, 7ª edição, p. 59.

- CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ática, 1995.
- ESPÍRITO SANTO, Ruy César do. **O autoconhecimento em sala de aula, in Ética, valores humanos e transformação**. São Paulo: Fundação Petrópolis, 1998.
- ELIADE, Mircea. **Mefistófoles e o Andrógino**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- FREUD, Sigmund. **Cinco lições sobre a Psicanálise**, vol. XVI das Obras Completas, Rio de Janeiro: Imago, 1988.
- JAPIASSU, Hilton. **A crise da razão no Ocidente**. Disponível em [www.editoraeletronica.net](http://www.editoraeletronica.net), p. 12., acessado em 20 de maio de 2006.
- MOURA, Gerson. **Tio Sam chega ao Brasil, a penetração cultural americana**. São Paulo: Brasiliense, 1984.
- NETO, A. Machado. **Revista Brasileira de Filosofia**, n. 35, São Paulo, 1975.
- ROUANET, Sergio Paulo. **A razão cativa**. São Paulo: Brasiliense, 1990.
- SAMUELS, Andrew. **Jung e os junguianos**. Rio de Janeiro, Imago, 1989.
- \_\_\_\_\_. **Dicionário crítico de análise junguiana**, Rio de Janeiro, Imago, 1998.
- \_\_\_\_\_. **C. G. Jung speaking**. org. Mc Guire, Routledge & Kegan, Londres, 1976.
- SILVEIRA, Nise da. **Jung, vida e obra**. Rio de Janeiro. Paz e Terra,
- VERNANT, Jean Pierre. **Mito e pensamento entre os gregos**. São Paulo: Paz e Terra, 1990.
- ZOJA, Luigi. **A História da Arrogância, Psicologia e Limites do Desenvolvimento Humano**. São Paulo: Axis Mundi, 2000.



## GRUPO DE EMPRESAS: ENFOQUE LABORAL

Alejandro CASTELLO <sup>1</sup>

### RESUMO

O artigo trata da conceituação e descrição jurídica de um dos fenômenos de concentração de poder econômico no capitalismo desenvolvido: o chamado “grupo de empresas”, tendo em vista os efeitos jurídicos diversos que acarreta. Para tanto, discorre sobre as formas possíveis de concentração, seus elementos básicos de identificação e a estruturação de seu funcionamento. Em seguida, enfatiza, como um de seus efeitos, o tema da responsabilidade patrimonial por dívidas trabalhistas, com base na doutrina uruguaia.

**Palavras-chave:** grupo de empresas, regulação laboral, responsabilidade patrimonial.

### ABSTRACT

This article analyses the concept, as well as it offers a juridical description of one of advanced capitalism's phenomena: the concentration of economic power known as “grupo de empresas” (holding), considering its various legal effects. Therefore, this text relates its possible forms of concentration, its basic elements of identification and also its structure. Finally, it emphasizes one of its mentioned effects as main subject, like the question of patrimonial responsibility for labor debts, under Uruguayan doctrine.

**Key-words:** holding, labor regulation, patrimonial responsibility.

### 1.INTRODUCCION

La concentración empresaria y una de sus formas más importantes, la conformación de *grupos de empresas*<sup>2</sup>, son ante todo fenómenos económicos que se desarrollan en el marco de una economía capitalista. En los albores de la

sociedad capitalista el rol dominante de la economía recayó sobre el comerciante y el productor individuales, que fueron el motor de la producción y los negocios. En la economía clásica el modelo se estructuraba (al menos en teoría) sobre un régimen de competencia perfecta, con un mercado al que concurrían un sinnúmero de productores de bienes y prestadores de servicios que tendrían la calidad de oferentes

<sup>1</sup> Profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Uruguay. Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Co-Director del Anuario de Jurisprudencia Laboral de Uruguay.

<sup>2</sup> Si bien en el presente trabajo utilizaremos el término “grupo de empresas”, que es el escogido por los Organizadores del seminario y el más usual en la literatura española, el fenómeno que aquí se estudia también es frecuentemente denominado “conjunto económico” (término usual en Uruguay), “grupo económico”, “agrupación de empresas”, “grupo de sociedades”, “empresa de grupo”, “agrupamiento societario”, “unión de empresas”, “conjunto social y económico único”, “unidad económica y social”, “unidad económica”, “unidad de trabajo”, “una sola empresa respecto del Derecho del Trabajo”, “grupo laboral de empresas”, entre otros.

y demandantes. Bajo ese enfoque el mercado operaría como regulador impersonal y automático de los intereses que concurrían al mismo, ninguno de los cuales tendría por sí solo el poder para influir sobre la dimensión de la oferta o la demanda, ni sobre el precio del producto o servicio.

El desarrollo y profundización del sistema capitalista de producción, el avance tecnológico y la competencia comercial interna e internacional trajeron consigo un nuevo fenómeno económico: la concentración empresarial, y ésta a su vez una nueva forma de organización de la actividad económica: los *grupos de empresas*. Según destacan Stolovich, Rodríguez y Bértola, la conformación del *grupo de empresas* presenta varias ventajas para quienes lo organizan o dirigen, entre la cuales se encuentra la de disponer de un capital movilizable importante con la consiguiente capacidad de radicar el excedente donde sea más conveniente a los intereses del grupo y la de transferir los recursos de una empresa a otra, para concentrarlos en aquella que sea más beneficioso. Ello le confiere a la estructura empresarial grupal características de plasticidad y flexibilidad, lo que supone una superioridad con respecto a la empresa individual<sup>3</sup>.

En efecto, por multiplicidad de razones y objetivos<sup>4</sup>, la actividad empresarial ya no suele ser realizada en forma separada e individual por cada unidad productiva, sino que ello ocurre a través de toda suerte de combinaciones societarias, contractuales o simplemente de hecho, que genera que el conjunto de empresas constituya una estructura global y compleja. En tal sentido, Vardaro pone de relieve que el fenómeno de los *grupos de empresas* representa una forma de flexibilización del concepto mismo de empresa, que ofrece la ventaja fundamental de ser utilizable tanto para centralizar como para descentralizar los criterios de formación de las decisiones al interior de la empresa<sup>5</sup>. Para Monereo el fenómeno de la concentración del poder económico constituye una de las principales características del capitalismo desarrollado, lo que se produce tanto a nivel interno como internacional<sup>6</sup>, mientras que los *grupos de empresas* representan una forma avanzada de la evolución organizativa del capital en la economía de mercado.

Las situaciones de concentración empresarial y la conformación de *grupos de empresas* interesan al Derecho en general, ya que su funcionamiento puede afectar tanto intereses generales como particulares o individuales, como sucede con la formación de monopolios y oligopolios que tienden a distorsionar la competencia y los precios en el mercado y a disminuir el poder político de los Estados. Como acertadamente señala María Luisa de Arriba Fernández, los *grupos de empresas* son fenómenos de reorganización empresarial que en si mismos no son ni buenos ni malos, pero debido a los efectos que genera su actuación y la complejidad jurídica de los problemas que se crean, resulta imprescindible estudiar y regular los mismos desde la perspectiva de un verdadero Derecho de grupos, necesariamente interdisciplinario<sup>7</sup>.

En ese orden, en el caso del Derecho comercial y societario interesa la vinculación de este fenómeno con el derecho de la competencia y la protección del consumidor, la garantía de los acreedores, la tutela de los socios minoritarios y externos, el riesgo de insolvencia societaria, el funcionamiento orgánico del grupo, la protección del patrimonio de la empresa dependiente, los procedimientos concursales que afectan a una unidad del grupo y su posible extensión al resto de los componentes, entre otros aspectos. En el ámbito del Derecho tributario los grupos de empresas también han despertado interés y preocupación que ha derivado en regulaciones de diverso tipo. Por un lado, el interés se centra en los efectos distorsivos que puede tener el *grupo de empresas* en la configuración de los impuestos ya que pueden utilizarse como herramientas o vehículos para evadir tributos u obtener ventajas indebidas. Por otro lado, el agrupamiento de empresas puede tener como consecuencia la insolvencia de algunas de sus unidades, con la consiguiente pérdida de ingresos fiscales.

Desde el punto de vista laboral, varios son los conflictos, problemas y cuestiones jurídicas que genera la constitución de un *grupo de empresas*. Por una parte, la legislación, la doctrina y la jurisprudencia ponen su mirada sobre los aspectos vinculados a la insolvencia de los integrantes del grupo y las consecuencias económicas negativas que ello puede generar para el trabajador. Es así que, frecuentemente, con finalidad de tutela se buscan mecanismos e instrumentos para involucrar patrimonialmente a todo el grupo por las deudas laborales de

<sup>3</sup> STOLOVICH, Luis, RODRIGUEZ, Juan Manuel y BERTOLA, Luis, El poder económico en el Uruguay, Montevideo, 1990, pág. 34.

<sup>4</sup> Se mencionan como objetivos que impulsan la creación de *grupos de empresas* la búsqueda del punto óptimo de rentabilidad en función de una producción ampliada; el mejor aprovechamiento de los recursos que ofrece el conjunto de las unidades económicas concentradas; la posibilidad de satisfacer demandas masivas y crecientes del mercado, difícilmente abarcables por unidades pequeñas o fragmentadas; el incremento o mejora de la porción de mercado y la obtención de mayor poder en el mismo; la disminución del riesgo económico (y jurídico) producto del fraccionamiento de la actividad en multiplicidad de empresas formalmente autónomas entre sí.

<sup>5</sup> VARDARO, Gaetano, "Prima e dopo la persona giuridica: sindacati, imprese di grupo e relazioni industriali" en *Giornale di Diritto del lavoro e di Relazioni industriali*, n° 38, anno X, 1988, 2, Milano, pág. 212.

<sup>6</sup> MONEREO PEREZ, José Luis, "Aspectos laborales de los grupos de empresas" en *Revista española de Derecho del Trabajo*, n° 21, 1985, Madrid, pág. 73.

<sup>7</sup> de ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa, *Derecho de grupos de sociedades*, Ed. Thomson – Civitas, Madrid, 2004, pág. 32 y sigs.

uno de sus miembros. Por otra parte, los *grupos de empresas* generan un desplazamiento sobre el concepto tradicional de empresa y empleador. Difícilmente la relación laboral se trabe formalmente con todas las empresas que lo integran; lo usual es que el contrato laboral se perfeccione con una sola de las unidades económicas. Sin embargo, en los *grupos de empresas* el verdadero centro de decisión y dirección normalmente se ubica fuera del empleador formal, lo que provoca que muchas decisiones que puedan perjudicar al trabajador sean sustancialmente atribuibles a un tercero, ajeno formalmente a la relación laboral y que por ende se discuta si el verdadero empleador (real y sustancial) es el propio grupo.

A los problemas jurídicos laborales antes mencionados hay que sumar que aún en el caso de que el grupo se constituya con fines legítimos, su accionar puede ocasionar perjuicios a los trabajadores en aspectos del Derecho individual como su antigüedad, en caso de que sea sucesivamente transferido en el seno del grupo, las condiciones laborales, que pueden ser distintas en cada unidad pero sin que exista motivo fundado para ello, siendo más bien una estrategia para eludir la aplicación de beneficios laborales. Pero también puede significar un impedimento para el ejercicio de derechos colectivos como la libertad sindical, la participación, negociación colectiva y huelga, especialmente en aquellos países que impiden o dificultan el ejercicio de tales derechos a nivel superior al de la empresa.

Debido a la extensión que se ha fijado para la confección de las ponencias, en el presente trabajo vamos a centrarnos en el estudio en la temática referida a la **responsabilidad patrimonial del grupo de empresas** por las deudas laborales contraídas por cualquiera de sus miembros. Para ello, analizaremos los modelos teóricos de responsabilidad del grupo y las soluciones jurídicas que rigen en el Río de la Plata. Pero antes, haremos un breve análisis sobre qué es un *grupo de empresas* y las formas que puede adoptar.

## 2. CONCEPTO DE GRUPO DE EMPRESAS

### 2.1. FORMAS DE CONTROL O DOMINACIÓN ENTRE EMPRESAS.

Eduarne Terradillos señala que en términos económicos se entiende por concentración empresaria “toda

operación por la cual una o más empresas pierden su independencia económica (a veces incluso su personalidad jurídica) quedando sometidas a la dirección unitaria de otra ya existente o de una nueva, bien mediante una fusión completa, bien en virtud de una participación financiera dominante o a través de directivos comunes o bien, finalmente, por contrato de traspaso o transferencia de la gestión efectiva del negocio”<sup>8</sup>.

La concentración empresaria ha sido históricamente el resultado de dos grandes instrumentos: por un lado, la *fusión y absorción* de empresas, mecanismo clásico de concentración a través del cual las empresas se agrupan jurídicamente perdiendo su identidad (en todo o en parte), a favor de otra empresa nueva o ya existente (**concentración primaria**); por otro lado, la creación de *grupos de empresas*, instrumento más moderno que adquiere formas, estructuras y mecanismos sumamente diversos y complejos y supone necesariamente la existencia de una pluralidad de empresas, formalmente autónomas entre sí (**concentración secundaria**).

En los casos de fusión o absorción, la determinación del empleador y con ello del responsable de las prestaciones laborales resulta clara, ya que existe formalmente una única empresa<sup>9</sup>. En cambio, en el caso de los *grupos de empresas* el proceso de concentración económica supone una centralización de la capacidad resolutoria de las empresas, pero simultáneamente una diversificación o fragmentación de la actividad en una pluralidad de personas jurídicas que arroja como resultado un empleador “formal” o “contractual” y otro, el grupo, de unidad de carácter sustancial o real.

Como lo hace notar Camps Ruiz, en la actualidad los *grupos de empresas* “constituyen un fenómeno cada vez más extendido y extremadamente complejo, por la variedad de sus formas de presentación”<sup>10</sup>. Tradicionalmente la constitución de un *grupo de empresas* se lograba mediante la adquisición de las participaciones, acciones o cuotas de otra empresa, en cantidad suficiente para asegurar el control de la voluntad decisoria de la misma (**dominación orgánica o interna**). Otras formas menos habituales de control han sido los contratos de dominación societaria

<sup>8</sup> TERRADILLOS, Eduarne, La representación colectiva de los trabajadores en los grupos de empresas. Modernas fórmulas de regulación. Colección Estudios, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, pág. 64.

<sup>9</sup> SENRA BIEDMA, Rafael, “Grupos de empresas y Derecho del trabajo. Análisis introductorio de la técnica jurídica de atribución de la condición de sujeto patronal” en Grupos de empresas y Derecho del trabajo, Antonio Baylos y Luis Collado (Editores), AAVV, Ed. Trotta, Madrid, 1994, pág. 166.

<sup>10</sup> CAMPS RUIZ, Luis Miguel, “Problemática jurídico-laboral del grupo de empresas: puntos críticos” en Grupos de empresas y Derecho del trabajo, Antonio Baylos y Luis Collado (Editores), AAVV, Ed. Trotta, Madrid, 1994, pág. 87.

(modalidad frecuente en Alemania), la estipulación de disposiciones estatutarias<sup>11</sup> o los llamados *interlocking directorates* o directorios entrecruzados, que consisten en acuerdos no formales, por los cuales quienes controlan diversas empresas se ponen de acuerdo en que representantes de todas y cada una de ellas participarán en los directorios de las demás<sup>12</sup>. De esta forma, las decisiones que adoptarán los órganos directivos de cada empresa responderán a una unidad de criterio que se repetirá en las resoluciones de las restantes sociedades.

Sin embargo, en los últimos años las formas de creación de *grupos de empresas* se han vuelto más sutiles y complejas, principalmente como consecuencia de los mecanismos de descentralización empresarial. En tal sentido, cada vez es más frecuente que la dominación de una empresa sobre otra sea más bien de tipo **económico, externo e inorgánico**. Ello sucede cuando una empresa impone a otra los datos económicos que la someten a una cierta conducta en su actividad empresarial. En este tipo de control el dominio es ajeno a la mecánica de la formación de la voluntad social. Una modalidad de control económico puede configurarse, en ciertos casos, mediante los contratos comerciales de exclusividad en el suministro, comercialización (franchising) o distribución, los grupos de interés económico (GIE), los consorcios y figuras asociativas similares. Según Martorell, este tipo de contrato puede dar lugar a una situación de *influencia dominante* cuando detrás de una fachada de aparente igualdad jurídica entre las partes, se oculta una relación hegemónica de una de ellas<sup>13</sup>, lo que hace que estas modalidades de contratación se alejen de la noción de colaboración o cooperación.

## 2.2. DEFINICIONES DOCTRINARIAS DE GRUPO DE EMPRESAS.

Uno de los aspectos centrales en la temática de los *grupos de empresas* es la delimitación de su concepto, ya que de ello normalmente depende la aplicación de las regulaciones y principios jurídicos que se refieren a ese supuesto. En algunos casos las legislaciones dan una

definición o al menos establecen ciertas pautas para su conceptualización<sup>14</sup>. Pero la mayoría de las veces (como sucede en el caso de Uruguay) corresponde a la doctrina y la jurisprudencia elaborar la noción de grupo. Por tratarse de un fenómeno intrínsecamente económico empresarial y que en sus orígenes se estudió en el Derecho Mercantil, es común que el concepto laboral de *grupo de empresas* se apoye en las regulaciones legales y nociones doctrinarias emanadas de la legislación mercantil, lo cual, como señala Terradillos<sup>15</sup>, puede constituir un método desacertado en tanto la traslación mecánica de conceptos económico-mercantiles al Derecho laboral, no siempre puede responder adecuadamente a la función de la legislación laboral y a los principios que guían a la misma.

A nivel de la doctrina (especialmente la europea) puede encontrarse una infinidad de definiciones, pero indudablemente, en el país que más se ha tratado esta temática es en España. Así, por citar algunos autores, Embid Irujo entiende por *grupo de empresas* “aquella forma de unión de empresas en la que, sin perjuicio del mantenimiento de la personalidad jurídica de las sociedades integradas en él, quedan todas ellas sometidas a una **dirección económica única** ejercitada por la sociedad dominante del mismo”<sup>16</sup>. Según Embid Irujo, la *dirección unitaria* es la nota que distingue al grupo frente a otras formas de uniones de empresas y consistiría en la atribución a la sociedad dominante del grupo de la competencia para decidir y planificar sobre los elementos que caracterizan la ordenación fundamental de una empresa (aspectos financieros, comerciales y laborales).

María Luisa de Arriba Fernández define al *grupo de empresas* como “la integración de varias sociedades jurídicamente independientes bajo una dirección unitaria”, expresando que los elementos claves del grupo son la independencia jurídica de sus integrantes y la **dirección unitaria** a la que se ven sometidos<sup>17</sup>. Otra autora española, Pilar Juárez Pérez, señala que bajo la denominación de “*grupo de empresas*” se incluye toda forma organizativa empresarial, con independencia de las entidades vinculadas –si son empresas o sociedades– y del modo en que se articule

<sup>11</sup> El dominio a través de disposiciones estatutarias se produce cuando decisiones trascendentes se trasladan al exterior de la empresa por disposición expresa del contrato social. Así, por ejemplo, cuando el derecho a elegir directores le es concedido a terceros, lo que asegura el control de la empresa.

<sup>12</sup> MANÓVIL, Rafael M., Grupo de sociedades en Derecho comparado, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 145.

<sup>13</sup> MARTORELL, Ernesto Eduardo, Los contratos de dominación empresarial y la solidaridad laboral, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996, pág. 73.

<sup>14</sup> Por citar algunos ejemplos de nociones contenidas en leyes, en el caso de Brasil la Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT) establece en su artículo 2º numeral 2º que “siempre que una o más empresas, teniendo incluso, cada una de ellas, personalidad jurídica propia, se encuentren bajo la dirección, control o administración de otra” constituyen grupo industrial, comercial o de cualquier otra actividad económica.

<sup>15</sup> TERRADILLOS, Edurne, Los grupos de empresas ... ob. cit. pág. 28.

<sup>16</sup> EMBID IRUJO, José Miguel, “Caracterización jurídica del Grupo de sociedades y su significado en Derecho del trabajo” en Revista Laboral, nº 7, Madrid, 1985, pág. 566 y sigs.

<sup>17</sup> de ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa, Derecho de grupos de sociedades, ob. cit., pág. 84.

su interrelación –subordinación o coordinación-<sup>18</sup>. Define al grupo como “aquella forma de unión de empresas donde, sin perjuicio del mantenimiento de la personalidad jurídica de las sociedades integradas en él, todas quedan sujetas a una dirección económica única”, agregando que la existencia de una **dirección económica única** supone que las empresas agrupadas actúan de forma coordinada, obedeciendo a una planificación común de recursos y a una política empresarial conjunta, diseñada por la sociedad dominante o sociedad matriz.

En opinión de Camps Ruíz, el rasgo definitorio de los *grupos de empresas* radica en la circunstancia de que la empresa dominante ejerce una **dirección unitaria**, entendiéndose por tal la competencia para decidir sobre financiación y sobre la política de personal, así como sobre el aprovisionamiento, producción o ventas de la empresa<sup>19</sup>. Por eso, las empresas que integran el grupo aún siendo independientes entre sí desde una perspectiva jurídico-formal, actúan sin embargo con arreglo a criterios de subordinación que permiten identificar, más allá de la pluralidad, una cierta unidad económica. Por su parte, el reconocido autor brasileño Bueno Magano define al grupo como “conjunto de empresas o sociedades jurídicamente independientes, sometidas a la unidad de dirección”. Influenciado por la legislación vigente en Brasil, el autor manifiesta que el *grupo de empresas* se compone de cuatro elementos: **a)** la “empresa”, en tanto realidad económica; **b)** la sociedad comercial, como agente de control; **c)** la autonomía de las unidades componentes del grupo, dotadas de personalidad jurídica y **d)** el control, consistente en la posibilidad de ejercer una sociedad sobre otra influencia dominante<sup>20</sup>.

En la doctrina uruguaya, Américo Plá Rodríguez fue de los primeros autores en abordar esta temática, habiendo dedicado varias obras a su estudio. En el año 1981, en un trabajo publicado en España, el prestigioso autor definía al *grupo de empresas* como el “conjunto de empresas aparentemente autónomas pero sometidas a una dirección económica única”<sup>21</sup>. Otro prestigioso autor uruguayo, Ermida Uriarte, incursionó en la noción de *grupo de empresas* al estudiar las empresas multinacionales, definiendo al primero como “el conjunto de empresas, formal y aparentemente independientes, que están sin embargo, recíprocamente entrelazadas, al punto de formar un todo complejo pero compacto, en cuanto responde a un mismo interés. El poder económico se sitúa a nivel del grupo y no a nivel de cada empresa componente, aún cuando los

derechos y obligaciones respecto de los terceros nazcan a nivel de cada una de ellas. Existe unidad profunda bajo la pluralidad de personas aparentemente distintas. Por ello, el grupo se convierte, en definitiva, en la única y verdadera empresa subyacente”<sup>22</sup>.

### 2.3. ELEMENTOS QUE IDENTIFICAN EL GRUPO DE EMPRESAS: CONTROL Y DIRECCIÓN UNITARIA.

Lo expuesto hasta el momento permite afirmar que a nivel de la doctrina existen dos elementos que habitualmente se manejan para definir el *grupo de empresas*: el control o dominación entre empresas y la presencia de una dirección económica unitaria o unificada, aunque corresponde anotar que en el ámbito laboral se pone el acento en el último elemento. En cierta forma, estas opiniones coinciden con el panorama legislativo comparado, ya que según señala Terradillos el estudio empírico de los textos jurídicos de los países que regulan los *grupos de empresas* demuestra que la **dependencia** y la **dirección unitaria** son las notas más comúnmente requeridas para definir al mismo<sup>23</sup>.

Corresponde advertir que, la posición que se asuma en cuanto al requerimiento de la presencia de uno o ambos elementos puede derivar en la ampliación o restricción del campo de supuestos calificables como *grupo de empresas*. En efecto, si solamente se exige la presencia del elemento **dirección económica unitaria** se consideraría como *grupo de empresas* tanto a aquel que se agrupa en torno a la subordinación o control en cualquiera de sus formas (*grupos por subordinación*), como a los que se agrupan de forma voluntaria por razones de coordinación y colaboración empresarial (*grupos por coordinación*). En cambio, si se define el *grupo de empresas* en base a los dos elementos (control y dirección unificada) sólo los *grupos subordinados* caen bajo dicha calificación.

La exigencia del elemento **dirección económica unitaria** para identificar al *grupo de empresas* suele presentar dificultades teóricas y prácticas. Las primeras refieren fundamentalmente a la determinación de su noción. La opinión predominante se inclina por incluir en el concepto de **dirección económica unificada** la posibilidad de incidir sobre las actividades de planificación, ejecución y control de las políticas de la empresa en sus diversos campos

<sup>18</sup> JUAREZ PEREZ, Pilar, Las relaciones laborales en los grupos internacionales de sociedades, Ed. Comares, Granada, 2000, pág. 1.

<sup>19</sup> CAMPS RUIZ, Luis Miguel, “Problemática jurídico-laboral del grupo de empresas: puntos críticos, ob. cit., pág. 87.

<sup>20</sup> BUENO MAGANO, Octavio, “Los grupos de empresa en el Derecho del Trabajo”, en Civitas, Revista española de Derecho del Trabajo, nº 6, abril-junio 1981, Madrid, 1981, pág. 185.

<sup>21</sup> PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, “Los grupos de empresas” en Revista Civitas, nº 6, abril-junio 1981, Madrid, pág. 187.

<sup>22</sup> ERMIDA URIARTE, Oscar, Empresas multinacionales y Derecho laboral, Ed. Amalio Fernández, Montevideo, 1981, pág. 73.

<sup>23</sup> TERRADILLOS, Edurne, La representación colectiva de los trabajadores en los grupos de empresas, ob. cit., pág. 70.

(financiero, comercial, laboral, etc.). Las dificultades prácticas refieren a los inconvenientes para detectar en el caso concreto la unidad de decisión entre empresas. Como generalmente el grupo no admite o reconoce su propia condición, la presencia de la dirección unificada se suele buscar mediante el recurso a la técnica de los indicios: existencia de planificación común en materia económica, financiera, comercial, tecnológica, laboral; trasiego de personal entre empresas; utilización común de maquinaria, locales, personal, asesores; existencia de directores o administradores comunes; préstamos o subvenciones entre las empresas; garantías cruzadas, etc.

Para tratar de superar las dificultades antes mencionadas, una importante corriente de opinión (fundamentalmente de origen doctrinario) ha sostenido el abandono del elemento dirección unitaria para definir al *grupo de empresas*, optando por exigir únicamente la presencia del **control o dominación**. Así, a vía de ejemplo, el *Forum Europaeum* "Derecho de grupos" que constituye un equipo de expertos europeos cuyo propósito es la elaboración de un proyecto de regulación comunitario de los *grupos de empresas*, ha propuesto prescindir del elemento dirección unitaria y delimitar el grupo únicamente en base al elemento **control societario**. Según la propuesta elaborada por el *Forum Europaeum*, la existencia del grupo quedaría definida por el hecho de que una sociedad posea la mayoría de los derechos de voto de otra empresa, haya suscrito con ella un contrato de dominio o disponga del derecho a nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de dirección o vigilancia. De esta forma, se evitaría recurrir al concepto de dirección unitaria, que genera inseguridades e incertidumbres ya que obliga a realizar averiguaciones no siempre fáciles<sup>24</sup>.

Por nuestra parte, entendemos que la delimitación de la noción de *grupo de empresas* debe hacerse en base a los dos elementos ya comentados: a) el binomio **dominación-dependencia** y b) la **dirección económica unificada**. Por lo que refiere al **elemento control o dominio**, su existencia supone que una empresa pueda tener injerencia e intervención determinante sobre las competencias relevantes de otra empresa, al punto de poder sustituir su voluntad por la de la empresa dominada (subsidiaria o filial). Si bien algunos autores dejan de lado este elemento para hacer hincapié en la unidad de decisión o gestión, consideramos que sólo puede hablarse de la configuración de un *grupo de empresas* si se identifican lazos de dominación entre ellas (control directo) o en relación a un mismo centro de poder externo a las mismas (control

indirecto). El control implica identidad de titulares de las empresas pero además concentración de poder. En cuanto al **elemento dirección unitaria**, nos inclinamos por exigir su presencia porque consideramos que es la nota que le da coherencia interna al grupo. Lo que hace que una pluralidad de empresas se convierta en una unidad o grupo, es que además de estar relacionadas por vínculos de control las mismas actúan bajo criterios de conducción unitaria, lo que les confiere la calidad de empresa policorporativa.

Sin embargo, debe precisarse que es opinión generalmente admitida que cuando existe una **relación de dominación-dependencia** de una empresa sobre otra, se **presume que existe una dirección unificada**, debido a que quien domina siempre puede imponer y ejercer una conducción sobre el sujeto subordinado. Si existe dominación casi siempre existirá dirección unitaria. Por lo general, ambos elementos son dos caras de una misma moneda. Por ello, como acertadamente señala Embid Irujo, la existencia de control constituye una presunción *iuris tantum* del *grupo de empresas*; el mismo existirá salvo que la empresa dominante demuestre que no ha ejercido el poder derivado del control<sup>25</sup>.

En función de todo lo anterior, definimos al *grupo de empresas* como aquel que se constituye cuando dos o más empresas se relacionan por vínculos estables de dominación o control, sea éste directo o indirecto, interno o externo, o se encuentran bajo la influencia dominante de una o más personas físicas o jurídicas, con independencia de la forma jurídica u organizativa que adopten (centralizada o descentralizada) y actúen bajo una dirección económica unificada.

La definición por la que optamos, supone excluir de la noción de *grupo de empresas* una serie de elementos que son accesorios o contingentes, como por ejemplo:

**a) el tipo de actividad** que desarrollan las empresas (puede tratarse de actividad industrial, comercial, agropecuaria, financiera o de cualquier otra índole económica). Además, no necesariamente tiene que existir conexión, complementariedad o sucesividad entre los giros de las empresas.

**b) tampoco interesa la naturaleza jurídica de la empresa**. Si bien normalmente el grupo se integra con sociedades comerciales, podrían formar parte de él cooperativas, asociaciones civiles, entidades públicas, fideicomisos, empresas unipersonales, etc.

**c) el tipo de control** que se ejerce sobre las empresas, que puede ser interno (u orgánico), externo (o económico) o

<sup>24</sup> El contenido y alcance de esta propuesta puede verse más ampliamente en: EMBID IRUJO, José Miguel, Introducción al derecho de los grupos de sociedades, ob. cit., pág. 211 y sigs.

<sup>25</sup> EMBID IRUJO, José Miguel, Introducción al derecho de los grupos de sociedades, ob. cit., pág. 228.

personal, salvo que la legislación excluya expresamente alguno de ellos.

**d) la forma en que se organizan las empresas** del grupo. No es indispensable que exista una sociedad madre o matriz, podrían existir formas de organización descentralizada e inclusive centros de poder múltiples.

**e) la existencia de fraude, abuso de derecho, conducción temeraria o desviada.** El comportamiento del grupo puede tener relevancia en ciertas legislaciones para justificar la comunicación de responsabilidad en el grupo, pero no para delimitar su concepto.

**f) el motivo o causa por la cual se creó el grupo.** Es perfectamente lícito que la fragmentación de la empresa en múltiples sujetos de derecho obedezca a la intención de limitar la responsabilidad, diversificar los riesgos, obtener un mejor posicionamiento en el mercado, optimizar los recursos, etc.,.

**g) la mera coincidencia de algún director o administrador** entre distintas empresas. La colocación de personas en los órganos de dirección de una empresa constituye una forma de control o dominación de tipo personal, solo si permite asegurar el resultado de las decisiones que se adopten.

**h) la existencia de contratos comerciales estables** entre empresas. Es frecuente que se entablen relaciones comerciales de diverso tipo entre empresas, que inclusive pueden dar lugar a fenómenos de alianzas estratégicas en el mercado o de subcontratación e intermediación laboral. Sin embargo, ello no puede confundirse con la existencia de un *grupo de empresas*, salvo que se verifique un régimen de control y dirección económica unitaria.

### 3. FORMAS DE ESTRUCTURACIÓN DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS.

La observación de la realidad demuestra que la fenomenología de los grupos es sumamente compleja y variada, encontrándose en constante evolución, al punto de haberse afirmado que existen tantos tipos de grupos como grupos existen en la realidad<sup>26</sup>. Con esa prevención, a

continuación expondremos las clasificaciones más usuales.

#### 3.1. GRUPOS POR SUBORDINACIÓN: CENTRALIZADOS Y DESCENTRALIZADOS.

Los *grupos de empresas jerárquicos o por subordinación* han sido definidos por Manóvil como aquellos “en que una o varias sociedades se hallan bajo el control directo o indirecto de otra u otras personas con actividad o intereses empresarios propios, que ejercen en forma directa o indirecta la dirección total o parcial de los negocios sociales de aquéllas”<sup>27</sup>, en tanto que María Luisa de Arriba Fernández los prefiere definir como “aquellos en los que las sociedades agrupadas se ordenan entre sí en torno a una relación jerárquica de dependencia, siendo la sociedad matriz simultáneamente sociedad dominante, directa o indirectamente, y vértice de la estructura grupal. En los grupos verticales la dirección unitaria (en definitiva, la política empresarial de las diferentes sociedades del grupo) viene marcada unilateralmente por la sociedad matriz”<sup>28</sup>.

A causa de la descentralización productiva (y del proceso conocido como “filialización”<sup>29</sup>) la doctrina ha comenzado a hablar de *grupos de empresas centralizados*, que serían los grupos tradicionalmente constituidos sobre una base claramente jerarquizada y vertical a cuya cabeza se encuentra una empresa madre que ejerce la dominación del resto, y de *grupos de empresas descentralizados* en los que sus integrantes están dotados de un mayor grado de autonomía productiva, organizativa y de gestión pero se encuentran vinculados por lazos de dominación formal. En ambas formas de organización del grupo existen lazos de dependencia, pero la diferencia radica en el margen de autonomía funcional que existe en uno y otro caso.

#### 3.2. GRUPOS POR COORDINACIÓN

Cuando las unidades del grupo carecen de poder para imponer sus propios objetivos y el poder recae en una sola de las empresas, se configura una **relación de control -dependencia** que se traduce en la constitución de un *grupo*

<sup>26</sup> MANÓVIL, Rafael M., Grupos de sociedades (...) ob. cit., pág. 180.

<sup>27</sup> de ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa, Derecho de grupos de sociedades, ob. cit., pág. 97.

<sup>28</sup> La filialización, como estrategia de descentralización, supone la transferencia parcial de una empresa a otra que se crea expresamente como filial para contratar con ella la realización de obras o servicios. Ha sido definida como “una estrategia de descomposición programada y sistemática, tendiente a convertir a las otrora grandes empresas, en una serie de entidades de menor dimensión, con grados de autonomía variables en función de cada circunstancia particular”: GARMENDIA, Mario, “Filialización” en Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial, Ed. FCU, Montevideo, 2000, pág. 201.

<sup>29</sup> La filialización, como estrategia de descentralización, supone la transferencia parcial de una empresa a otra que se crea expresamente como filial para contratar con ella la realización de obras o servicios. Ha sido definida como “una estrategia de descomposición programada y sistemática, tendiente a convertir a las otrora grandes empresas, en una serie de entidades de menor dimensión, con grados de autonomía variables en función de cada circunstancia particular”: GARMENDIA, Mario, “Filialización” en Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial, Ed. FCU, Montevideo, 2000, pág. 201.

por subordinación. En cambio, cuando el poder de negociación de las unidades del grupo es suficiente para imponer, o al menos influir, sobre los objetivos y las estrategias globales del conjunto, se instituye una relación horizontal, paritaria o de igualdad, que en ciertos casos puede derivar en la constitución de un *grupo por coordinación*<sup>30</sup>. En los *grupos por coordinación* las empresas se encuentran situadas (al menos teóricamente) en un plano de igualdad, con equivalentes poderes de influencia sobre la dirección del conjunto, por lo que no existe dependencia o control de ninguna clase. En todo caso, la estrategia común que sigue el grupo, que podría identificarse con la noción ya comentada de *dirección económica unificada*, no es consecuencia del ejercicio de un poder de control o dominación, sino de la voluntad propia de cada empresa que ha resuelto libremente trasladar parte de su poder decisorio empresarial a favor de la estructura grupal.

Ejemplos de *grupos por coordinación* son los Grupos de Interés Económico (también denominados Agrupaciones de Interés Económico), los Consorcios (también llamados Uniones Temporales de Empresas), las sociedades accidentales y los joint ventures. También ingresarían en esa categoría, las vinculaciones entre empresas que son consecuencias de acuerdos comerciales que implican formas de cooperación e interconexión más o menos estables, como el franchising, el suministro, el know how, la asistencia financiera y otras modalidades de colaboración. En interesante estudio Antonio Ojeda Avilés hace referencia al fenómeno de las **redes de empresas**, a las cuales define como “coordinación empresarial estable de medios instrumentales con repercusión laboral para impulsar los objetivos propios de cada empresa miembro”<sup>31</sup>. El autor señala que los puntos distintivos de las **redes de empresas** en relación a los *grupos de empresas* son la plena independencia de objetivos mercantiles que tiene cada empresa integrante de la red y la inexistencia de unidad de titulares, dirección económica y/o caja<sup>32</sup>. Ojeda Avilés anota que en muchos casos las **redes de empresas** significan inseguridad, desinformación y falta de instrumentos jurídicos para la defensa del trabajador y muestran los males del “empresario difuso”, “desvaído” y de “trazos desenfocados”, lo que deriva en cierta facilidad de las empresas para eludir las responsabilidades laborales, especialmente a través de la cesión de trabajadores o la sucesión de empresas<sup>33</sup>.

En algunos casos los *grupos por coordinación* pueden deformarse y evolucionar hacia formas de **dominación externa (económica) o interna (orgánica)**, en las cuales una sola de las empresas pasa a tener injerencia determinante en el proceso de toma de decisiones de las demás empresas integrantes del grupo. En estos casos el grupo en cuestión dejará de considerarse como *de coordinación* para pasar a ser *de subordinación*. Así, a vía de ejemplo, refiriéndose a los supuestos de descentralización de la producción Dieste ha puesto de manifiesto la relevancia jurídica que tiene la constatación de que la empresa comitente ejerza su conducción sobre las demás empresas proveedoras de servicios, señalando que si mediara una injerencia claramente invasora del poder organizativo, directivo y disciplinario de la principal sobre el ámbito de actuación de la tercera, de tal forma que el personal de ésta responda indistintamente a las directivas de una u otra, se está en presencia de una empresa dominante, de empleador múltiple o de grupo económico, que justificaría una hipótesis de responsabilidad solidaria<sup>34</sup>.

De igual modo, Raso Delgue establece una serie de pautas o indicadores que servirían para detectar la existencia de **dominación económica** entre dos o más empresas<sup>35</sup>, lo que implicaría dejar de lado la noción de colaboración o coordinación entre empresas: **a)** expresiones de control y dirección por parte de la empresa principal sobre el establecimiento que ocupa la dependiente; **b)** la organización por parte de la empresa dominante de cursos de formación y capacitación de trabajadores de la dominada; **c)** la posibilidad por parte de la empresa principal de intervenir en las decisiones relativas a la contratación, suspensión, despido, modificaciones de las condiciones de trabajo de los empleados de la dependiente; **d)** la duración y permanencia de la relación contractual; **e)** la elección por parte de la empresa controlante del lugar de trabajo de la empresa subordinada; **f)** el hecho que la empresa principal provea transporte, hospedaje, herramientas, equipos y/o recursos humanos a la empresa auxiliar; **g)** el uso de logos o marcas de la empresa principal en vehículos o uniformes de la empresa dependiente; **h)** la realización en forma continua y permanente por parte de la empresa dominada de las operaciones de carga y descarga de los productos de la empresa principal; **i)** profesionales comunes, administrador contable común, pago de la franquicia a través de ganancias compartidas.

<sup>30</sup> ARCE ORTIZ, Elmer, La circulación de trabajadores en el grupo de empresas, Sevilla, 2003, pág. 61.

<sup>31</sup> El autor señala que uno de los elementos que identifican a las redes de empresas es el geográfico: coinciden en el mismo lugar de trabajo. Ejemplos de redes de empresas serían los parques tecnológicos, los distritos industriales, los polígonos industriales, las lonjas, los mercados de abasto, las superficies de asentamiento de mayoristas, los centros comerciales, los viveros de empresas, los puertos de mar y aeropuertos.

<sup>32</sup> OJEDA AVILES, Antonio, “Aspectos laborales de las redes de empresas” en Revista Española de Derecho del Trabajo, n° 125, enero-marzo 2005, Madrid, pág. 797 y sigs.

<sup>33</sup> OJEDA AVILES, Antonio, “Aspectos laborales de las redes de empresas” ob. cit., pág. 806.

<sup>34</sup> DIESTE, Juan Francisco, “Responsabilidad laboral derivada de las distintas formas de tercerización” Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial, Ed. FCU, Montevideo, 2000, pág. 326.

<sup>35</sup> RASO DELGUE, Juan, “Las nuevas formas de organización empresarial y la determinación del empleador” en XV Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo, Ed. FCU, Salto, 2004, pág. 163 y sigs.

Para una importante corriente de opinión, los *grupos horizontales, paritarios o por coordinación* deben situarse en el terreno de la cooperación interempresarial y no en el de los *grupos económicos*. La inexistencia de subordinación o dependencia en cualquiera de sus formas excluiría a los *grupos por coordinación* de la calificación de *grupos de empresa*, constituyendo únicamente una forma de colaboración empresarial. Para otros autores como Elmer Arce, debe descartarse que actualmente los *grupos de coordinación* sean siempre simples uniones de naturaleza frágil entre empresas competidoras, de carácter temporal y sin pretensiones de crear vínculos de dominación. Por lo general, los *grupos de coordinación* generan un entramado de relaciones duraderas e institucionalizadas de cooperación que condicionan, en mayor o menor grado, su estrategia empresarial<sup>36</sup>.

Bajo el criterio tradicional de definición del *grupo de empresas* por el que hemos optado en este trabajo, que exige la presencia de dependencia o control y de dirección económica unitaria, resulta evidente que los auténticos *grupos horizontales, paritarios o por coordinación* no quedan comprendidos en la noción. En este tipo de grupo existe un interés empresarial y una gestión compartidos entre todos los integrantes, pero **no existe dependencia o control**. Si bien en los *grupos paritarios* existe **dirección unitaria**, al igual que sucede en los *grupos jerárquicos o por subordinación*, en los primeros es el resultado del acuerdo libre de las sociedades que deciden agruparse, mientras que en los segundos es consecuencia del control o dominación.

### 3.3. OTRAS CLASES DE GRUPOS

Otra clasificación de los grupos frecuentemente mencionada por la doctrina es la de *grupos de derecho* o *contractuales* y *grupos de hecho* o  *fácticos*. Los grupos de derecho son aquellos constituidos de acuerdo con los instrumentos jurídicos que el ordenamiento establece a esos efectos (generalmente el contrato), mientras que los grupos de hecho o fácticos son aquellos que no se crean conforme a un instrumento predeterminado por la ley<sup>37</sup>. Esta clasificación tiene especial aplicación y relevancia en el Derecho alemán, donde la legislación prevé la constitución de *grupos de empresas* a partir de un contrato de dominación, lo que ha dado lugar a que ante la ausencia de contrato la doctrina y jurisprudencia hablen de grupos de hecho o fácticos.

En función de la fuente que da origen a la dirección unitaria, María Luisa de Arriba Fernández clasifica a los grupos en *grupos de base societaria*, que serían aquellos en los que aquella nace de la propiedad de participaciones o acciones en el capital las filiales o subsidiarias por parte de una empresa matriz; *grupos contractuales*, en los cuales el poder de dirección deriva de un contrato y *grupos personales*, en los que la dirección unitaria se fundamenta en la coincidencia de las personas que ocupan el cargo de administradores en las diferentes sociedades agrupadas (generalmente la identidad radica en los lazos familiares)<sup>38</sup>.

Otra clasificación que menciona dicha autora es la de *grupos de actividad homogénea* y *grupos de actividad heterogénea*. Los primeros son aquellos en los que todos los integrantes se dedican a la misma actividad, en tanto que los segundos son aquellos en los que los miembros realizan actividades diferentes. Emparentada con esta clasificación se suele hacer otra que divide a los grupos en *industriales* y *financieros*. En este caso no se toma en cuenta el conjunto de actividades realizadas por las sociedades agrupadas sino exclusivamente la ejercida por la sociedad matriz. El *grupo es industrial* cuando la empresa madre realiza su propia actividad productiva, sea industrial, comercial o de servicios, en tanto que el *grupo es financiero* cuando la sociedad matriz tiene como único objeto la gestión y administración de las participaciones que posee en el resto de las empresas del grupo. En estos casos la cabeza del grupo es generalmente un holding, cuya única finalidad es dominar a otras sociedades.

En atención a los fines que se persiguen por los grupos, la doctrina laboralista española e italiana han clasificado a éstos en *patológicos* y *fisiológicos*<sup>39</sup>. Los *patológicos* serían aquellos grupos que se crean con la finalidad de evitar el control jurídico y repartir el riesgo económico, mientras que los *fisiológicos* serían los que la pluralidad jurídica se justificaría en razones de competitividad, eficiencia organizativa, etc. Consecuencias jurídicas como la extensión de responsabilidad en el seno del grupo, solo se admitiría en el ámbito de los grupos *patológicos*, los cuales son tratados con disvalor por la doctrina. Sin embargo, la clasificación mencionada es criticada porque no es fácil establecer una línea fronteriza entre ambas modalidades de agrupación. Por lo general, la constitución de un *grupo de empresas* responde a más de una razón y persigue más de una finalidad. Por otra parte,

<sup>36</sup> ARCE ORTIZ, Elmer, La circulación de trabajadores en el grupo de empresas, ob. cit., pág. 64.

<sup>37</sup> EMBID IRUJO, José Miguel, Introducción al derecho de los grupos de sociedades, ob. cit., pág. 17 y sigs.

<sup>38</sup> de ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa, Derecho de los grupos de sociedades, ob. cit., pág. 95 y sigs.

<sup>39</sup> TERRADILLOS, Edurne, Los grupos de empresa ante la jurisprudencia social española, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pág. 14.

la distinción entre *grupos de empresas patológicos y fisiológicos* no tiene consecuencia jurídica en ningún país; se trata de una mera diferenciación teórica, académica o expositiva, sin recepción legislativa a nivel comparado.

#### 4. MODELOS DE REGULACIÓN DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS

Atendiendo a la forma en que se posiciona el Derecho del trabajo positivo ante los *grupos de empresas*, grosso modo podría afirmarse que se observan **tres grandes modelos** de regulación laboral:

**a)** un primer modelo, que es cuantitativamente el más reducido, está constituido por aquellos países que regulan legalmente la figura de los *grupos de empresas*, en especial en cuanto a su régimen de responsabilidad. En esa categoría se incluyen Alemania, Portugal, Brasil y Argentina.

**b)** en el lado opuesto, podemos ubicar a aquellos ordenamientos jurídicos nacionales (los más numerosos) cuya legislación laboral guarda completo silencio sobre los *grupos de empresas*. Ejemplos de este modelo son Chile, Perú y Uruguay.

**c)** en medio de estos modelos opuestos, podría ubicarse aquellas legislaciones comparadas que contienen algunas regulaciones puntuales, sectoriales y parciales sobre los *grupos de empresas*. A vía de ejemplo, allí se ubica España, en donde existen referencias normativas a los *grupos de empresas* en materia de participación de los trabajadores en ese ámbito, pero no hay regulación sobre su régimen de responsabilidad patrimonial u otras consecuencias jurídicas laborales.

A su vez, en lo que refiere estrictamente al régimen de responsabilidad patrimonial del *grupo de empresas* por deudas contraídas por sus integrantes con terceros, en grandes líneas también existirían **tres modelos de comunicación de responsabilidad**<sup>40</sup>:

**a) el tradicional** (también llamado *entity law approach*), que parte de la base de la autonomía de cada integrante del grupo y solo acepta la responsabilidad en caso de dolo o fraude, en especial del agente controlante (a través del *disregard* y figuras similares), es decir, admite solamente casos de responsabilidad subjetiva.

**b) el sistema de la unidad del grupo** (*enterprise approach*), que atribuye responsabilidad solidaria o subsidiaria a la sociedad madre cuando existe dominación total, lo que constituye un modelo de responsabilidad objetiva. Este sistema ha sido recogido en varios proyectos legislativos<sup>41</sup>, pero no fue sancionado por ningún país.

**c) el sistema dual germánico** (llamado *dualist approach*), que prevé regímenes de responsabilidad diferenciados según se trata de grupos de derecho o de hecho. Cuando el grupo es fruto de un contrato (*grupo de derecho o contractual*) por el cual una filial se somete contractualmente a la dirección de una matriz, el reverso de tal sujeción es el establecimiento de una responsabilidad de la dominante por las pérdidas que tuviera la filial. En cambio, tratándose de *grupos fácticos o de hecho* (ausencia de contrato de dominación) la sociedad matriz debe compensar a los terceros por los perjuicios causados como consecuencia de las directrices desventajosas emitidas.

En la actualidad, la posición predominante es admitir algún grado y forma de responsabilidad patrimonial en el marco del *grupo de empresas*. Cuando no existe legislación expresa sobre el punto, son la doctrina y la jurisprudencia de cada país las que se han encargado de establecer los andariveles por los cuales transita alguna forma de atribución de responsabilidad, aunque más no sea en caso de fraude, dolo o abuso de derecho. Por ese motivo, puede afirmarse que la postura que sostenía la irresponsabilidad total en el seno del grupo ha sido superada en casi todos los ordenamientos jurídicos. En efecto, si bien la mayoría de los autores y las legislaciones aceptan que la configuración y actuación del *grupo de empresas* no es ilícito sino que se trata de una forma legítima que tiene el operador económico de organizar su actividad, en la actualidad también se admite que el principio de limitación de responsabilidad no es sagrado e impenetrable, y que en determinados supuestos se puede extender la responsabilidad a los sujetos que integran el grupo por deudas contraídas por alguno de ellos.

#### 5. REGULACION DE LOS GRUPOS EN URUGUAY.

En Uruguay no existe regulación legal el *grupo de empresas* en el ámbito del Derecho del trabajo<sup>42</sup>, sin embargo, la atonía legislativa no ha sido obstáculo para que

<sup>40</sup> GIRGADO, Pablo, La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 32 y sigs.

<sup>41</sup> Por ejemplo en dos proyectos franceses promovidos por el diputado Cousté y en el Anteproyecto español de Ley de Sociedad Anónima de 1979.

<sup>42</sup> Tampoco existe regulación del conjunto económico en otras disciplinas, salvo algunas menciones aisladas y específicas, como es el caso de la Ley N° 13.426 referida a la materia jubilatoria que prevé la posibilidad de reclamar adeudos previsionales cuando se crea un conjunto económico por desdoblamiento de capitales que elimine o disminuya la solvencia de una empresa; la Ley N° 17.292 en materia concursal, que inhibe que una empresa que integre un grupo económico sea acreedor informante en el concurso de otra empresa del grupo; la Ley N° 17.613 sobre fortalecimiento del sistema bancario, atribuye al Banco Central importantes facultades de controlar sobre los conjuntos económicos y la Recopilación de Normas Bancocentralistas, que define a los grupos de empresas en forma muy amplia, con motivo de regular los créditos otorgados entre sus miembros.

la doctrina y jurisprudencia hayan recogido la figura desde hace varios años, existiendo ciertos criterios asentados en cuanto al mismo, en especial en lo que refiere a su responsabilidad patrimonial. La Suprema Corte de Justicia ha señalado que “cuando dos empresas aparentemente independientes están vinculadas por un todo complejo, pero integral, entonces nos encontramos frente a una realidad económica, que seguramente es más económica que jurídica, la que ha sido recepcionada, aunque inorgánicamente por el derecho patrio”<sup>43</sup>.

La noción de *grupo de empresas* se ha edificado en Uruguay fundándose en la **autonomía de la disciplina y en la aplicación de sus principios propios**. En tal sentido, María Josefina Plá Regules ha señalado que el Derecho del trabajo tiene la suficiente autonomía como para otorgar personería laboral a determinadas realidades, sin que esto importe otorgársela a todos los efectos jurídicos, y puede también descartar dentro del campo laboral, privándola de efectos, la personería derivada de otras ramas jurídicas que, trasladada al Derecho del trabajo, originaría serios perjuicios al trabajador<sup>44</sup>. Como consecuencia de ello, la doctrina y jurisprudencia uruguayas suelen considerar y tratar al grupo de empresas como **empleador**. Indudablemente, la personificación del grupo a los efectos laborales supone romper con las reglas clásicas que provienen del Derecho civil y societario, en donde excepcionalmente el grupo adquiere tal calidad, manteniéndose intacta la autonomía formal de las empresas que lo forman.

Sin embargo, conservar esa ficción en el ámbito laboral generaría enormes perjuicios para el trabajador y desmerecería principios muy arraigados en el Derecho del trabajo, como el principio de primacía de la realidad. Así, PLA RODRÍGUEZ sostiene que la calidad de empleador deber ser atribuida al grupo como tal, que constituye a su juicio una unidad subyacente pese a la multiplicidad de manifestaciones externas lo que genera que el grupo sea la verdadera y única empresa subyacente<sup>45</sup>. A la misma conclusión arriba Ermida Uriarte, para quien el *conjunto económico* debe ser considerado como una unidad y un único deudor, lo que hace innecesario hablar de solidaridad. El autor manifiesta que la idea de empleador único responde a la de empleador real por oposición a la de empleador aparente. Si prevaleciera esta última, determinaría que la existencia del grupo quedara encubierta por el velo de la personalidad jurídica atribuida a cada una de las empresas

que lo integran. Pero al levantarse el velo de esas personerías resurge la realidad subyacente: única empresa, único empleador, único deudor<sup>46</sup>.

A nuestro modo de ver, entender al *grupo de empresas* de modo distinto implicaría quedarse en la mera superficie formal del factor constitutivo de la empresa, desconociendo la realidad subyacente. A tales efectos, se entiende que el Derecho del trabajo tiene suficiente autonomía científica como para atribuir la calidad de sujeto de derecho laboral, a situaciones o supuestos que no necesariamente coinciden con las categorías formales derivadas del Derecho civil. Considerar al *grupo de empresas* como empleador tiene dos consecuencias inmediatas. En primer lugar, en el plano jurídico existiría un único deudor de las obligaciones contraídas con los trabajadores de cualquier unidad del grupo, por lo que resultaría innecesario hablar de responsabilidad mancomunada, solidaria, indivisible, etc., porque sencillamente existiría un solo sujeto de derecho laboral deudor. Como lo hace notar Elmer Arce con gran acierto, recurrir al mecanismo de la responsabilidad solidaria entre las empresas agrupadas resulta engañoso o al menos falso, toda vez que no exista verdadera pluralidad empresarial, sino una única empresa a la que le corresponde un tratamiento jurídico también unitario<sup>47</sup>.

En segundo lugar, la personificación laboral del grupo tiene repercusión directa sobre el régimen de responsabilidad patrimonial: si el *grupo de empresas* tiene la calidad de empleador (y por ende deudor y acreedor único laboral), carece de sentido analizar el comportamiento de sus unidades para determinar si es procedente la comunicación de responsabilidad. Por el contrario, la **responsabilidad del grupo** pasa a ser **objetiva**, por el solo hecho de constituirse. Al respecto, interesa señalar que una cuestión que se ha debatido en Uruguay es si la sanción de la Ley n° 16.060 sobre Sociedades Comerciales, que prevé el instituto de la inoponibilidad de la personería jurídica basada en la noción de fraude o abuso de derecho (art. 189 y sigs.), modificó o dejó sin efecto las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre conjunto económico en materia laboral.

Luego de algunas vacilaciones iniciales, tanto la doctrina como la jurisprudencia laboral<sup>48</sup> entendieron que aplicar el instituto del disregard of legal entity en el ámbito laboral implicaría un grave retroceso en la protección de los créditos laborales, ya que habría que probar que la

<sup>43</sup> Anuario de Jurisprudencia Laboral (AJL) 1996/1997 c. 227.

<sup>44</sup> PLA REGULES, María Josefina, “La personería laboral del empleador” en revista Derecho Laboral, tomo XIX, n° 101, enero-marzo 1976, Montevideo, pág. 131.

<sup>45</sup> PLA RODRÍGUEZ, Américo, “Los grupos de empresas” ob. cit., pág. 192.

<sup>46</sup> ERMIDA URIARTE, Oscar, Empresas multinacionales y Derecho laboral, ob. cit., pág. 148.

<sup>47</sup> ARCE ORTIZ, Elmer, La circulación de trabajadores en el grupo de empresas, ob. cit., pág. 65.

<sup>48</sup> La posición de la justicia laboral puede consultarse en: AJL 2001 c. 129. AJL 1993 c. 707. AJL 1999 c. 142. Idem: AJL 1996-1997 c. 992. AJL 1994-1995, c. 190. AJL 1991, c. 193 y 209.

personalidad jurídica fue utilizada con fraude o abuso de derecho para extender la responsabilidad en el seno del grupo. Se invocó además que el Derecho del trabajo es autónomo y posee fines y principios propios, no existiendo además razones para dejar de lado una teoría que se había creado muchos años antes de la sanción de la ley societaria<sup>49</sup>. Por ello, en Uruguay se acepta que la responsabilidad del *grupo de empresas* es objetiva, por el solo hecho de constituirse, considerándose a todas las unidades del grupo como contrayente **originario** de los derechos y obligaciones laborales emergentes de las relaciones de trabajo.

## 6. CONCLUSIONES

Los vigorosos procesos de acumulación de capital y concentración económica desarrollados desde fines del siglo XIX hasta nuestros días, se han visto potenciados con las nuevas formas de producción descentralizadas (tercerización), la revolución tecnológica, la apertura de los mercados, la permisividad de las legislaciones (en ciertos casos directamente el fomento y promoción de la concentración). Las ventajas económicas, comerciales, financieras, técnicas, laborales y fiscales que reportan para el capital las estructuras empresariales multiformes en relación a la mega empresa, unitaria y vertical, augura que el *grupo de empresas* se constituirá en el arquetipo de organización empresarial flexible en el tiempo venidero.

En términos generales, existe acuerdo en que los *grupos de empresas* son manifestaciones válidas de organización del capital, que salvo norma legal expresa que disponga lo contrario su configuración y funcionamiento deben reputarse lícitos, lo que no implica que bajo determinadas reglas y criterios pueda atribuírseles determinados efectos jurídicos y adjudicárseles ciertos niveles de responsabilidad patrimonial<sup>50</sup>. En efecto, la necesidad de compatibilizar la libertad de empresa con la protección de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores, ha llevado a que las legislaciones laborales

busquen soluciones *sui generis* para problemas como el riesgo de insolvencia de las unidades del grupo, la conservación y respeto de los derechos individuales (antigüedad, nivel de retribución, etc.) y el ejercicio efectivo de los derechos colectivos (negociación colectiva, participación, libertad sindical y huelga).

Si bien no existe una opinión unívoca sobre qué es el *grupo de empresas*, los datos más comúnmente citados por la doctrina, la jurisprudencia y las legislaciones son la presencia de una **relación de dominio o control** entre las empresas, que puede ser interna (orgánica) o externa (económica), y de una **dirección económica unificada del conjunto**, que se traduce en la gestión y conducción unitaria del agrupamiento en sus aspectos financieros, comerciales, económicos y laborales. Desde la perspectiva del Derecho del trabajo, que una empresa pueda tener injerencia determinante en otra y que a su vez exista una transferencia de poder hacia un centro, que conducirá a todas las unidades con criterio global, implica que en la realidad haya una única empresa policorporativa y un único sujeto de imputación de derechos y obligaciones laborales.

Como lo señala Antonio Baylos Grau con gran agudeza, la fragmentación de la actividad empresaria en diferentes personalidades jurídicas supone una forma o intento de “cortocircuitar la responsabilidad de la empresa en su conjunto respecto del proyecto global de actuación de la misma”<sup>51</sup>. Sin embargo, la tesis de la irresponsabilidad laboral del grupo y de la separación patrimonial absoluta es un criterio que tiende a perimir. En efecto, a diferencia del Derecho comercial en el cual la comunicación de responsabilidad en el seno del *grupo de empresas* aún hoy encuentra detractores, en el campo del Derecho del trabajo la situación parece ser más abierta y flexible ya que tal posibilidad es aceptada desde hace varios años, aún cuando no existe una solución unívoca sobre el tipo o régimen de responsabilidad que corresponde atribuirle. En la actualidad no parece aventurado afirmar que en esta disciplina la configuración de un *grupo de empresas* no es neutra o intrascendente, aún cuando no exista regulación legal.

<sup>49</sup> Véase al respecto: ABELLA DE ARTECONA, Martha, “La personalidad jurídica de las sociedades comerciales. Sus implicancias desde el punto de vista del Derecho comercial” en Jornadas interdisciplinarias laboral-comercial, Ed. FCU, Montevideo, 1992, pág. 53; MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo, “La teoría del conjunto económico en el Derecho del trabajo” misma obra que la anterior, pág. 39. PLA RODRÍGUEZ, Américo, “Sobre la noción de conjunto económico” en Revista Judicatura n° 36, noviembre 1993, Montevideo, pág. 14 y sigs.

<sup>50</sup> Como lo ha señalado la Suprema Corte de Justicia de Italia, la política de agrupación de empresas es uno de los tantos métodos lícitos y ordinarios que tienen éstas para afrontar las vicisitudes del mercado. Sin embargo, debe reconocerse que en las estructuras grupales el centro de decisión se traslada al exterior de la empresa, lo que genera una importante cantidad de problemas en el ámbito laboral, que obligan al jurista a buscar la línea de compatibilidad entre los instrumentos utilizados para dar forma y estructura a la actividad económica y los derechos de los trabajadores: DE SIMONE, Gisella, “La forma grupo nel diritto del lavoro” ob. cit., pág. 78.

<sup>51</sup> BAYLOS GRAU, Antonio, “Los acuerdos – marco de empresas globales: una nueva manifestación de la dimensión transnacional de la autonomía colectiva” en Revista de Derecho Social n° 28 (2004), Madrid, pág. 194.

## **FERRAMENTAS TEÓRICO-METODOLÓGICAS FOUCAULTIANAS E A METODOLOGIA DE PESQUISA EM DIREITO\***

Célia Maria de Castro ALMEIDA\*\*

Ana Maria Faccioli de CAMARGO\*\*\*

### **RESUMO**

O trabalho busca problematizar a prática de pesquisa em direito à luz da perspectiva pós-estruturalista — com os estudos de Michel Foucault — na qual sujeitos e objetos são produzidos pela linguagem. Com frequência, dispositivos que cerceiam e controlam a sociedade (códigos, normas, regulamentos, princípios, regras e sistemas) são considerados naturais e/ou entendidos como verdades absolutas regidas pela lógica binária de causa e efeito. Foucault, no entanto, propõe-se a desconstruir essas concepções por entender que tais dispositivos são construções históricas, contextuais, portanto relativas. Ele redimensiona os artefatos e as práticas culturais que funcionam como discursos que “inventam” sujeitos e objetos em três campos de estudo: “ser-saber”, “ser-poder” e “ser-consigo” — dentre os quais, este trabalho se apóia nos dois primeiros. Nos estudos sobre o “ser-saber”, Foucault analisa procedimentos que produzem, distribuem, fazem circular e regulam enunciados, assim como discute as regras de produção das práticas discursivas, entendendo que problematizá-las possibilita mudá-las. Nos estudos sobre “ser-poder”, ele analisa o poder como elemento apto a explicar como os saberes são produzidos e os sujeitos, constituídos na articulação poder-saber. Tendo em vista a perspectiva foucaultiana que trata a linguagem como prática discursiva produtora de sujeitos e objetos, perguntamos: que contribuições a obra *Eu, Pierre Rivière...*, de Foucault, pode oferecer à metodologia de pesquisa em direito? Ainda que não seja pertinente falar em método foucaultiano ou teoria foucaultiana, a não ser que os dois termos sejam compreendidos de forma diversa da habitual, podemos dizer que este trabalho, fundamentado no pensamento de Foucault e de outros autores foucaultianos, analisa essa obra enfocando tanto as ferramentas teórico-metodológicas subjacentes a ela como os diferentes discursos que a compõem e produziram diferentes sujeitos e objetos. A análise não busca desvendar conteúdos de verdade ou significados ocultos, mas se ocupa dos regimes de verdade postos pelos discursos, que determinam o verdadeiro e o não-verdadeiro. Por entender, como Foucault, que idéias, categorias e métodos constantemente se transformam e adquirem diferentes sentidos ao longo do tempo, o trabalho não pretende ser conclusivo, mas procura mostrar uma possibilidade, dentre outras, de se explorar uma obra, buscando sua aplicação na metodologia de pesquisa. Dadas a complexidade das práticas e as relações implicadas nos procedimentos de investigação, estes precisam ser problematizados para serem compreendidos. Para isso, as reflexões sobre saber, poder, linguagem e discurso são indispensáveis aos que se dedicam à pesquisa na área das ciências humanas. Considerando-se a necessidade de formar pesquisadores do direito com visões distintas das tradicionais, o trabalho

\* Este artigo é versão modificada de trabalho publicado nos anais do 14. Congresso Nacional do CONPEDI (2005).

\*\* Doutora em Educação, professora de Metodologia Científica Aplicada ao Direito no Mestrado em Direito da Universidade Paulista (UNIP), campus Campinas (SP).

\*\*\* Doutora em Educação, professora de Didática do Ensino Jurídico no Mestrado em Direito da Universidade Paulista (UNIP), campus Campinas (SP).

aponta a contribuição dos estudos foucaultianos para a compreensão de novos e diferentes caminhos investigativos, possíveis de serem empregados no campo jurídico.

**Palavras-chave:** pesquisa em direito; ferramentas foucaultianas; poder e discurso.

### ABSTRACT

This study aims at questioning the practice of research in law under the light of the post-structuralist perspective - based on Michel Foucault's studies - in which subjects and objects are produced by means of language. Devices that restrict society (codes, norms, regulations, principles, rules and systems) are frequently considered natural and/or understood as absolute truths, ruled by the binary logic of cause and effect. However, Foucault proposes to de-construct these conceptions, due to the understanding that such devices are historical, contextual constructions, thus, they are relative. He presents a re-dimensioning of artifacts and cultural practices which function as utterances that "invent" subjects and objects in three study fields: "knowledge-being", "power-being" and "self-being". Of these three, this study is based on the two first. In the "knowledge-being" studies, Foucault analyses procedures which produce, distribute, make go around and regulate utterances; he also discusses the rules of production of discursive practices, understanding that as they are questioned, there is the possibility of change. In the "power-being" studies, he analyses power as an element which is able to explain how 'knowledges' are produced and how the subjects are constituted in the articulation of power-knowledge. Taking into consideration Foucault's perspective that treats language as a discursive practice, producer of subjects and objects, we pose the following question: what contributions can Foucault's work *Eu, Pierre Rivière ...*, offer to research methodology in the Law Course? Even though it may not be pertinent to speak about a foucaultian method or a foucaultian theory, unless the two terms are understood in a manner diverse from the habitual one, we may say that this paper, based on the thinkings of Foucault and other foucaultian authors, analyses this work focusing on the theoretical-methodological tools which underlie it, as well as the different discourses which make it up and which produced different subjects and objects. The analysis does not try to disclose truth contents or hidden meanings, but is concerned with the truth rules which are set by the discourses, and which determine what is true and not-true. Understanding, like Foucault, that ideas, categories and methods are constantly being transformed and acquire different meanings through time, this study has no intention of being conclusive, but tries to put forward a possibility, among others, of exploring a work, searching for its application in research methodology. Due to the complexity of the practices and the relations involved in the investigation procedures, the latter have need to be questioned to be understood. For this purpose, the meditations on knowledge, power, language and discourse are indispensable to those who dedicate themselves to studies in the area of human sciences. Taking into consideration the need to develop researchers in law with visions which are distinct from the traditional ones, this paper points to the contribution of Foucault's studies in the search for an understanding of new and different investigative ways, which may be employed in the juridical field.

**Key words:** research in law; foucaultian tools; power and discourse.

### O LUGAR DA PESQUISA NO DIREITO

Muitos afirmam que, para grande parte dos juristas envolvidos com o trabalho profissional, falta tempo para a pesquisa. João Maurício Adeodato (2005) entende que a pesquisa em direito no Brasil fica muito aquém da pesquisa desenvolvida em outras áreas do conhecimento científico. Para ele, isso ocorre pelos irrisórios financiamentos na área, pelo mercantilismo que grassa nos cursos jurídicos — a maioria privados — e pela qualidade duvidosa do corpo docente das instituições de ensino superior, consequência

tanto da mercantilização do ensino jurídico como do esvaziamento ocorrido nos quadros docentes do ensino superior em razão de políticas implantadas pelo governo militar nos anos de 1960 e 1970.

Esse quadro, entretanto, parece ter se modificado ao longo dos últimos anos:

Não só a pós-graduação *stricto sensu* (mestrado e doutorado) e *lato sensu* (especialização) em direito crescem visivelmente em quantidade e qualidade,

nos ensinos público e privado, como também as entidades que congregam profissionais tradicionalmente afastados da pesquisa preocupam-se mais e mais em melhor formar seus quadros, sejam estes da magistratura, do Ministério Público, da advocacia, e procuram pouco a pouco privilegiar a pesquisa e o currículo dos candidatos nos concursos de ingresso que promovem, além de oferecerem oportunidades de estudo, investindo em seus próprios quadros. (ADEODATO, 2005, p. 2).

Por outro lado, Artur Stamford aponta o dogmatismo que se propaga no meio jurídico: o “[...] que se pretende abordar não é se o direito é ciência, mas se cabe falar em teoria jurídica, que significa considerar a possibilidade de determinado conhecimento passar da qualidade de opinião para o atributo da teoria.” (STAMFORD, 2005, p. 1). Defende esse autor a necessidade de superação do que Warat chama de “senso comum teórico dos juristas” para chegar ao saber jurídico que “emana da necessidade de justificar a ordem jurídica, e não de explicá-la” (WARAT, 1993, p. 103, *apud* STAMFORD, 2005, p. 3). Também Adeodato (1996) defende uma perspectiva não dogmática para a pesquisa em direito, mas sem menosprezar o estudo dos textos legais (normas estatais). Na mesma direção, argumenta Roberto Lyra (2002), para quem tanto o positivismo como o jusnaturalismo são visões reducionistas, expressas em um discurso fechado e auto-suficiente, e que deixam de lado a dimensão sociológica do fenômeno jurídico.

Rosamaria G. Carneiro afirma que somente uma compreensão crítica do direito poderia superar o positivismo e o jusnaturalismo, para os quais o direito é norma no primeiro caso, e valor no segundo. Para a autora o movimento crítico “[...] compreende o fenômeno jurídico como multifacetado e multilateral, ao invés de compreendê-lo somente como norma ou como valor, o compreende como um conjunto, como uma soma entre a norma, o valor e o fato social” (CARNEIRO, 2005, p. 827).

Stamford ainda ressalta que o ensino do direito, ao tomar a doutrina jurídica como teoria científica, despreza a pesquisa como elemento fundamental à produção de conhecimentos e à aprendizagem do direito. Como diz o autor, “[...] doutrina não significa teoria científica, mas ponto de vista sobre a interpretação de um texto legal.” (STAMFORD, 2005, p. 10). Nesse sentido, esse autor critica o entendimento da ciência jurídica como dogmática, limitada ao estudo das normas jurídicas estatais — como pretendeu Kelsen — porque, nesse caso,

[...] o máximo que se pode atribuir às discussões jurídicas é a qualidade de axiomas dogmáticos, por sustentar fórmulas mágicas e a crença de que os dispositivos legais bastam, por si mesmos, para explicar o mundo jurídico. Formula-se, portanto, um conhecimento baseado em crença de dogmas jurídicos. Doutrinas que se limitam a reescrever os textos normativos não formam teorias científicas, o máximo que atingem é a construção imaginária de um mundo jurídico pronto, com hipóteses de verdade indiscutível. (STAMFORD, 2005, p. 9–10).

Também Cláudia Marques (1998) aponta a existência de uma “crise de fundamentos” no campo da pesquisa em direito, enquanto Carneiro (2005, p. 831) afirma que “[...] prevalece ainda o método tradicional de pesquisa, ou seja, a pesquisa documental, o método dedutivo e comparativo, a revisão bibliográfica e jurisprudencial, a elaboração e crítica das bases legais e a crítica ou constatação de novas tendências e doutrinas.” Marques (1998) também sustenta a necessidade de aplicação de diferentes metodologias na pesquisa em direito, sobretudo aquelas da pesquisa empírica, raras nessa área, ressaltando ainda que o que se tem apresentado como pesquisa não passa de um aprofundamento de estudos sobre determinados assuntos. Para Thais Luzia Colaço, a pesquisa em direito é “pouco criativa e pouco original”, pois na maioria das vezes se restringe à consulta bibliográfica e à jurisprudência, sem considerar fontes primárias. Diz ela:

As fontes mais consultadas são de fácil acesso e compreensão e se concentram na legislação, na jurisprudência e na bibliografia (autores consagrados que tratam do assunto a ser abordado). Desta forma, muitos trabalhos acabam se tornando a repetição da repetição, ou a citação da citação (direta ou indireta). (COLAÇO, 2005, p. 841–842).

Essa autora ainda afirma que a maioria dos trabalhos apresentados como resultados de pesquisa (dissertações e teses) não passa de mera compilação de idéias de autores já consagrados, feita muitas vezes sem muita coerência e quase sempre sem o posicionamento do autor sobre as idéias citadas. Assim, Colaço defende a consulta a fontes primárias como contribuição mais relevante para a área do conhecimento pesquisada.

Nosso pensamento converge para o desses autores quanto à importância e necessidade de se produzirem mais pesquisas e de melhor qualidade no campo do direito — o que implica fugir da forma usual: pesquisa fundada em estudo bibliográfico ou bibliográfico-legislativo/jurisprudencial.

Defendemos também mais atenção à pesquisa empírica: fontes primárias como boletins de ocorrência, depoimentos, inquéritos, julgados, votos, relatórios e outros documentos do cotidiano de trabalho dos operadores do direito — sejam magistrados, promotores, procuradores, policiais ou advogados — trazem valiosos subsídios à pesquisa. Além disso, podem ser analisados historicamente numa relação passado–presente, quando a análise poderá lançar luz sobre mudanças de concepções e práticas relativas ao entendimento do que seja crime e à interpretação da legislação, acompanhando as transformações sociais.

### A PESQUISA E A CIÊNCIA DO DIREITO<sup>1</sup>

Em sua concepção mais contemporânea, a ciência não pode ser entendida como produtora de princípios e leis absolutas e universais, mas sim como busca constante e permanente da verdade, também compreendida sempre como provisória e em constante mudança. O entendimento atual é o de que a ciência concebe, caracteriza e cria, por meio de diferentes interpretações, a melhor explicação possível para um dado fenômeno em determinado momento e contexto históricos. Hoje, mesmo as mais diferentes correntes preocupadas em definir os princípios e limites da ciência admitem que ela não pode estabelecer princípios de validade universal, pois estes são mutáveis no tempo e espaço. O importante a se considerar é a necessidade de se abandonar a ilusão moderna de alcance de uma verdade que fundamentaria as ações e o pensamento. Ainda que esse entendimento instaure certo desconforto, é preciso cautela e posicionamento crítico na lida com arcabouços teórico-metodológicos naturalizados.

Também para o direito isso é verdadeiro, e a pesquisa nesse campo deve necessariamente ser compreendida como busca contínua da verdade, por aproximações múltiplas. O que contraria muitos juristas, entre os quais, Eros Grau, quando afirma — apoiado em Kelsen, para quem o objeto da ciência jurídica é o estudo da norma jurídica (DIAS, 2005) — que “[...] os enunciados científicos são apodícticos [...]”, ou seja, “[...] são verdadeiros e podem resistir contra qualquer tentativa de demonstração de sua falsidade [...]” (GRAU, *apud* FRIEDE, 2005, p. 5). Ora, como afirma Roy Reis Friede (2005, p. 5), “[...] num mundo real de permanentes e constantes mutações, impossível seria admitir algo que, por si só, fosse perfeitamente estático e, por consequência, imutável.” Conforme Stamford (2005, p. 1),

Debater sobre a cientificidade do direito significa discutir a forma de produção do conhecimento jurídico, questionando a possibilidade de haver uma perspectiva científica no estudo do fenômeno jurídico. Concebendo o atributo de ciência que atribui àquele ramo do conhecimento que dispõe de objeto e metodologia próprios, apontam-se duas propostas de cientificidade ao direito: de um lado, reduz-se o objeto de estudo do jurista às normas estatais e defende-se a dogmática como única ciência do direito; do outro, estão os que rejeitam a cientificidade dogmática e ampliam o objeto de estudo do direito a elementos sociológicos, antropológicos, históricos, psicológicos.

Para Stamford, há duas visões que se opõem: o entendimento do direito como ciência dogmática, cujo objeto de estudo são as normas jurídicas e cuja metodologia é a hermenêutica interpretativa dessas normas, e o não-dogmatismo, que toma como objeto de pesquisa “[...] as formas de padronização social e por metodologia o método de estudo das ciências sociais [...]” (STAMFORD, 2005, p. 1). Para esse autor:

Ao defender que só se pode atribuir a qualidade de ciência do direito à dogmática, como pretendeu Kelsen, faz-se necessário limitar seu objeto às normas jurídicas estatais, assim, o máximo que se pode atribuir às discussões jurídicas é a qualidade de axiomas dogmáticos, por si mesmos, para explicar o mundo jurídico. Formula-se, portanto, um conhecimento baseado em crenças de dogmas jurídicos. Doutrinas que se limitam a reescrever os textos normativos não formam teorias científicas, o máximo que atingem é a construção imaginária de um mundo jurídico pronto, com hipóteses de verdade indiscutível. Para isso criam-se máximas como a pureza do direito, quando elimina-se do estudo de objetos que não a norma estatal do âmbito jurídico. Isto tem provocado constantes conflitos provocados pelo mundo social. (STAMFORD, 2005, p. 9–10).

João Maurício Adeodato (1996) defende a perspectiva não dogmática, mas sem desprezar a importância dos textos legais e sustentando a contribuição de outras áreas de conhecimento — antropologia, filosofia, história, psicologia, sociologia, dentre outras — para o estudo do direito. Nessa perspectiva, os Estudos Culturais, linha

<sup>1</sup> Adotamos a designação “ciência do direito”, e não “ciência jurídica”, com base em Friede (2005, p. 6), que a considera mais correta porque o direito “[...] não se limita a um conteúdo meramente jurídico, permitindo, ao contrário, ilações ou inferências no mundo meta-jurídico.”

teórica adotada por nós, parecem endossar o pensamento de Adeodato sobre contribuição de outras áreas do conhecimento. Isso porque, com base nos Estudos Culturais, é preciso problematizar mais que a realidade que vemos, é preciso problematizar o que está subjacente a ela ou por baixo dela. Portanto, numa pesquisa devemos perguntar sobre: as condições de possibilidades (sociais, culturais, representacionais) do que consideramos “mundo real” e sobre as características (históricas, econômicas, discursivas) que permitem o surgimento contínuo de novos significados dados ao “mundo real”.

É preciso, também, discutir as relações assimétricas de poder, entendidas como intrínsecas às relações sociais e culturais, para conhecê-las, questioná-las, desmontá-las e modificá-las. E isso só será possível se adotarmos perspectivas e ferramentas analíticas para além da ciência positivista, dentre as quais, a compreensão foucaultiana de história, discurso e disciplina. Assim, na perspectiva dos Estudos Culturais, não se fazem perguntas de cunho “essencialista” que buscam definições e descrições “verdadeiras” ou explicações causais para acontecimentos e processos. Ao contrário, o poder de verdade contido nas asserções e nos arranjos estruturais disciplinares é relativizado, o que permite ampliar as categorias analíticas usadas para examiná-las. (WORTMANN; VEIGA-NETO, 2001).

## CIÊNCIA, LINGUAGEM E DISCURSOS

A linguagem é essencial ao entendimento entre os homens e, em alguns casos, é elemento fundamental à concretização de áreas como o direito. Entretanto, a linguagem não pode ser entendida apenas como instrumento de comunicação, pois constitui o homem: pensamento e linguagem são indissolavelmente inter-relacionados:

O pensamento e a linguagem, que refletem a realidade de uma forma diferente daquela da percepção, são a chave para a compreensão da natureza da consciência humana. As palavras desempenham um papel central não só no desenvolvimento do pensamento, mas também na evolução histórica da consciência como um todo. Uma palavra é um microcosmo da consciência humana. (VYGOTSKY, 1989, p. 132).

Em outras palavras, por meio da linguagem o homem conhece, interpreta e transforma a realidade; é pela

linguagem que ele institui sentido ao mundo e, também, o cria e o transforma, pois o sentido não está nas coisas: é uma construção do sujeito.

A linguagem é uma dimensão antropológica intransponível, mas ela é sempre socialmente constituída. Enquanto significação social, é uma construção intersubjetiva que se constrói em referência dialética à realidade natural. Os sentidos da linguagem transbordam o simples formalismo analítico e resulta irredutível à mera linguagem proposicional. Mas ela precisa da dimensão analítica e formal para estabelecer as pontes de relação com a objetividade do mundo e a aproximação à natureza. Não é possível reduzir a linguagem a um código de signos como função instrumental, mas também não é possível diluí-la numa evocação metafórica desligada da relação empírica com a natureza. A linguagem é produzida pela insondável potencialidade criadora do imaginário pessoal e social, nela se integram criação de sentidos e objetividade natural numa (co)implicação dialética que permite a renovação da produção criadora do mundo. (RUIZ, 2005, p. 10–11).

Alguns sentidos produzidos pela linguagem podem ter comprovação científico-empírica; por isso, possibilitam constituir a linguagem científica. Mas mesmo os sentidos científicos são uma das muitas possibilidades de interpretação do mundo e não esgotam a possibilidade de produção de outros, também verdadeiros. Para Castor Bartolomé Ruiz,

A linguagem científica é uma dimensão hermenêutica da realidade. Ela não define os limites da verdade nem exaure as possibilidades de compreensão do mundo, pois não pode enclausurar a verdade nos limites da *empíria*. O estatuto próprio da verdade científica não deve ser negado, mas também não pode ser enaltecido ao extremo de considerá-lo como o único modo de verdade ou como a única forma em que o mundo tem um sentido. A verdade não se restringe à comprovação empírica. Ela não se identifica com o método de verificação, pois as próprias formulações conceituais da *empíria*, assim como seus marcos teóricos ou as cosmo-visões que a originam estão inseridas no processo da hermenêutica. Igualmente todo processo de investigação científica está perpassado pelos interesses pessoais e sociais que interferem diretamente na práxis científica. (RUIZ, 2005, p. 7).

Não se trata de negar a função denotativa da linguagem, o que levaria a um território perigoso: o da retórica como instrumento de persuasão. Entretanto, a linguagem supera a função denotativa, pois é produção histórico-cultural, produto do imaginário pessoal e do imaginário social. A produção humana se realiza *na e por meio* da linguagem.

A crença em uma linguagem científica neutra e objetiva, endossada pelo positivismo, tem sido questionada. Alguns filósofos contemporâneos afirmam que a compreensão do universo não necessariamente passa pelo pensamento racional, tanto que, muitas vezes, a linguagem empregada é imprecisa e metafórica: “Expressões como ‘quarta dimensão’, ‘buraco negro’, ‘espaço curvo’ e o oxímoro ‘partículas sem massa’ integram uma lista de designações inadequadas para fenômenos muito além de nossa imaginação” (PAPIN, 1992, *apud* OLIVEIRA, 2005, p. 5).

Os chamados pós-estruturalistas entendem que os discursos estão inexoravelmente implicados no que as coisas são. Entendem que a linguagem não apenas descreve ou comenta as coisas; também as institui. Noutros termos, a realidade é constituída pela linguagem, não existe fora dela, e as sociedades e culturas são dirigidas por poderosas ordens discursivas. Michel Foucault nos ensina que no jogo dos discursos estão implicadas relações de saber-poder. Portanto, os sentidos da linguagem não são fixos nem naturais, nem normais, nem lógicos, pois essas categorias são arbitrariamente instituídas por um regime ligado a sistemas de poder. Popkewitz (1991), inspirado em Foucault, argumenta que as idéias não são apenas formas de expressar os significados do mundo, mas sistemas que demarcam e definem possibilidades ‘razoáveis’ de ver-se o mundo.

Nas atividades cotidianas no âmbito do direito, seja o privado ou o público, a linguagem é ferramenta central. Daí a importância de as pesquisas nessa área incluírem-na como objeto de estudos. Na perspectiva dos Estudos Culturais entende-se que os elementos da vida social são discursiva e lingüisticamente construídos, ou seja, entende-se que a linguagem é prática discursiva que produz fatos e sujeitos. Mais que instrumento para relatar fatos, ela passa a ser vista “[...] como atuando na sua construção e como aquilo com o qual se dá sentido às coisas, produzem-se significados, formam-se redes e práticas de significação e se processam intercâmbios [...]” (WORTMANN; VEIGA-NETO, 2001, p. 108).

O discurso é formalmente compreendido como um conjunto de complexos verbais maiores e mais amplos que uma sentença; podem ser identificados com determinadas instituições ou situações sociais, por exemplo, o discurso da ciência, o discurso médico, o discurso jurídico, o discurso psiquiátrico, o discurso pedagógico, dentre inúmeros outros. Conforme a perspectiva teórico-metodológica que embasa sua elaboração, ele pode enfatizar recursos retóricos e expressivos para obter determinados e esperados efeitos sociais — nesse caso, uma preocupação clara com as conexões entre discurso e poder.

Na perspectiva de uma teoria pós-estruturalista, o discurso é usado para enfatizar o caráter lingüístico do processo de construção do mundo social. Para Foucault — cujas ferramentas metodológicas aplicamos neste artigo para elaborar a análise de seu livro *Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão... um caso de parricídio do século XIX apresentado por Michel Foucault*<sup>2</sup> —, o discurso não descreve simplesmente objetos que lhe são exteriores, pois em seu entendimento o discurso “fabrica” os objetos sobre os quais diz. No caso do livro ora em estudo, Foucault analisou a loucura como efeito de certos “saberes”, vistos como formas particulares de discurso (SILVA, 2000). Aqui, é necessário atentar-se para os processos em que há produção e circulação de discursos; destacar como estes se instituem entre embates relativos à produção de significados para as “coisas” que a elas se referem. Assim, requer atenção tanto “[...] o modo como a cultura atua nos processos de produção e intercâmbio de significados entre os membros de uma sociedade [...], quanto [o modo] como tais significados organizam e regulam as práticas sociais, influenciando condutas e tendo efeitos ‘reais’ e práticos sobre eles [...]” (WORTMANN; VEIGA-NETO, 2001, p. 101).

Entende-se que a linguagem não existe em essência: é sempre situada e contingencial; e ainda que ocorra uma margem de indeterminação nas coisas ditas, esta não compromete a possibilidade de haver discurso significativo. Porém, mais importante é compreender que não falamos de um lugar neutro, fora da linguagem: “[...] estamos sempre e irremediavelmente mergulhados na linguagem e numa cultura, de modo que aquilo que dizemos sobre elas não está jamais isento delas mesmas.” (VEIGA-NETO, 2003, p. 14). A adoção dessa perspectiva por quem produz conhecimentos implica uma postura menos arrogante, pois nela se assume que “[...] por mais que se fale, nunca se saberá o que é mesmo este mundo nem como ele funciona.” (VEIGA-NETO, 2003, p. 13).

<sup>2</sup> Traduzido do original francês *Moi, Pierre Rivière, ayant egorgé ma mère, ma sœur et mon frère*. (Paris: Gallimard, s. d).

Para Foucault, a linguagem é uma prática discursiva que produz sujeitos e objetos; e o discurso nada mais é do que um jogo de escritura, leitura ou de troca do qual participam apenas signos, isto é, algo que fica no lugar de outra coisa a que ele nomeia e representa; logo, o discurso se anula em sua realidade, inscrevendo-se na ordem do significante.

Essas concepções nos alertam para a necessidade de se formarem profissionais e pesquisadores na área do direito preocupados em buscar as relações de poder-saber presentes nos discursos que produzem e estruturam os distintos discursos jurídicos.

### CONTRIBUIÇÕES DE PIERRE RIVIÈRE PARA A PESQUISA EM DIREITO

O livro *Eu, Pierre Rivière...* resulta de um trabalho coletivo desenvolvido em seminário no Collège de France dirigido por Foucault.<sup>3</sup> O interesse de Foucault e de seus colaboradores pelo caso Rivière ocorreu por acaso: quando estudavam as relações entre psiquiatria e justiça penal depararam-se com um conjunto de peças judiciais publicadas na revista *Annales d'hygiène publique et de médecine légale de 1836* referentes a um crime de parricídio cometido por um camponês francês de 20 anos que vivia na comuna de Aunay, em uma aldeia chamada Faucterie. Em junho de 1835, Pierre Rivière mata, a golpes de foice, a mãe grávida, a irmã adolescente e um irmão de sete anos. Em novembro, é condenado à morte, porém sua pena foi comutada com base em laudo psiquiátrico emitido por grandes peritos parisienses atestando sua insanidade mental, mesmo sem nunca terem se encontrado com o acusado. Meses depois, o réu se enforca em sua cela. Segundo Foucault, o caso Rivière despertou-lhe grande interesse em razão do memorial redigido pelo réu na prisão, sobretudo pela beleza do manuscrito, documento que — como diz Foucault — foi

[...] preparado de antemão e para dar lugar a seu crime; suas explicações orais para fazer crer na sua loucura; seu texto escrito para dissipar essa mentira, dar explicações e chamar a morte, esse texto em cuja beleza uns verão prova de razão (daí a razão de condená-lo à morte), outros um sinal de loucura (daí a razão de encerrá-lo por toda a vida). (FOUCAULT *et al.*, 2000, p. xii).

O caso também mereceu atenção porque apresentava três relatórios médicos discordantes entre si:

um de um médico de província, outro de um médico da cidade responsável por um asilo importante e o terceiro de grandes nomes da psiquiatria e medicina legal da época, dentre estes, Esquirol. Também havia um conjunto importante de peças judiciais, entre as quais, os depoimentos de testemunhas sobre a vida, o modo de ser, o caráter e a sanidade do autor do crime.

Foucault apresenta várias justificativas para o estudo. Primeiro, afirma que nos discursos que compõem o dossiê é possível reencontrar confrontos e lutas dos discursos, que podem ser vistos “[...] como armas, como instrumentos de ataque e defesa em relações de poder e de saber.” (FOUCAULT *et al.*, 2000, p. xii). Em segundo lugar, afirma que os documentos permitem:

[...] analisar a formação e o jogo de um saber (como o da medicina, da psiquiatria, da psicopatologia) em suas relações com instituições e os papéis que são aí prescritos (como a instituição judiciária com o perito, o acusado, o louco-criminoso etc.). [...] Permitem decifrar as relações de poder, de dominação e de luta dentro das quais os discursos se estabelecem e funcionam; permitem pois uma análise do discurso (e até dos discursos científicos) que seja ao mesmo tempo política e relacionada com o acontecimento, logo estratégica. (FOUCAULT *et al.*, 2000, p. xiii).

Em sua pesquisa, Foucault e seus colaboradores buscaram nos arquivos departamentais de Caen as peças judiciais completas, os textos publicados na imprensa à época e outras partes do memorial escrito pelo acusado, publicado parcialmente nos *Annales*. Os documentos coletados foram organizados em dois conjuntos que constituem as duas partes do livro, que inclui também uma “Apresentação”, feita por Foucault. A primeira parte do livro — “O dossiê” — é formada por um conjunto de peças judiciais; a segunda — “Notas” — compreende um conjunto de textos escritos por alguns dos pesquisadores colaboradores de Foucault.

A organização dos documentos no livro ocorre de maneira inusitada: em vez de agrupá-los em categorias tipológicas — dossiê judiciário e dossiê médico —, os autores optaram por apresentá-los na ordem cronológica dos acontecimentos: o crime, a instrução, o júri, a comutação da pena. No centro deste conjunto de documentos — um centro que é tanto espacial quanto temporal —, encontramos o memorial de Rivière, destacando-se dentre todos os documentos e sustentando-os:

<sup>3</sup> Os autores do livro, além de Foucault, são: Blandine Barret-Kriegel, Gilbert Bulet-Torvic, Robert Castel, Jeanne Favret, Alexandre Fontana, Georgette Legée, Patricia Moulin, Jean-Pierre Peter, Philippe Riot, Maryvonne Saison.

Secretamente armado de antemão, pede todos os episódios iniciais; depois, uma vez tendo surgido, apanha a todos em sua armadilha, inclusive seu próprio autor, já que, depois de ter servido como prova evidente de que Rivière não é um demente, transforma-se, graças a Esquirol, Marc, Orfila, em um meio de afastar essa pena de morte que Rivière tão cuidadosamente havia procurado. (FOUCAULT *et al.*, 2000, p. xiv).

Só após a apresentação das peças do processo e dos documentos originais referentes a este é que Foucault e colaboradores apresentam suas análises. Isso ocorreu — diz ele — porque não quiseram “[...] sobrepor nosso texto ao memorial de Rivière. Fomos subjugados pelo parricida de olhos avermelhados.” (FOUCAULT *et al.*, 2000, p. xiv).

A segunda parte do livro traz sete textos dos pesquisadores acerca do saber psiquiátrico que opera nas análises dos médicos, do aspecto jurídico do caso e das relações entre os extratos de documentos narrativos sobre os crimes. A construção narrativa em ordem cronológica não é apenas uma opção entre tantas outras. Depois, nas sete notas que vão tratar do animal, do louco, da morte dos assassinos, das circunstâncias atenuantes, do regicida-parricida, das vidas paralelas de Pierre Rivière, dos médicos e dos juízes e, enfim, das intermitências da razão, Foucault provoca sem o dizer um diálogo entre narrativa jurídica, que determina a culpa, e narrativa médica, que determina a loucura. Compreende-se, então, que a apresentação das peças judiciárias componentes do processo de forma cronológica contribui para desconstruir tanto o discurso médico-psiquiátrico quanto o jurídico.

A pesquisa possibilitou a Foucault e colaboradores analisarem discursos *por meio* dos quais e *no interior* dos quais houve inúmeros confrontos entre os poderes judiciário e médico; entre médicos e entre magistrados; e ainda batalhas entre esses poderes e aldeões que buscavam explicação para seu assombro ante o crime e a insanidade do assassino. Atraiu a atenção de Foucault e colaboradores o entrecruzamento de

[...] discursos de origem, forma, organização e função diferentes: o do juiz de paz, do procurador, do presidente do tribunal do júri, do ministro da Justiça; do médico de província e o de Esquirol; o dos aldeões com seu prefeito e seu cura. Por fim o do assassino. Todos falam ou parecem falar da mesma coisa: pelo menos é ao acontecimento do dia 3 de junho que se referem todos esses discursos. Mas todos eles, e em sua heterogeneidade, não formam nem uma obra

nem um texto, mas uma luta singular, um confronto. Uma relação de poder, uma batalha de discursos e através de discursos. (FOUCAULT *et al.*, 2000, p. xii).

O caso Rivière, segundo Foucault, marca o início de uma luta pelo controle da vida social, travada pelo poder judiciário e pela psiquiatria. Para Foucault, a interferência dos médicos psiquiatras no caso Rivière se deu porque,

Em 1836, estava-se em pleno debate sobre a utilização de conceitos psiquiátricos na justiça penal. Mais exatamente, estava-se num episódio preciso desse debate: à noção de “monomania homicida” que Esquirol colocou em circulação (1808), homens de lei como Collard de Montigny, médicos como Urbain Coste, mas sobretudo os magistrados e os tribunais, tinham oposto forte resistência (principalmente depois de 1827). [...] Por volta de 1835, parece que se pode notar nos médicos uma certa tendência a apresentar pareceres médicos menos diretamente ligados à noção de monomania: como se eles quisessem provar ao mesmo tempo que tais resistências podem levar a graves erros judiciários, e que a doença mental pode-se demonstrar através de uma sintomatologia muito mais larga. Em todo o caso, o dossiê Rivière, tal como está publicado nos *Annales*, emprega a “monomania” com extrema discricção; em compensação apela largamente para sinais, sintomas, testemunhos, elementos de prova bem diversos. (FOUCAULT, *et al.* 2000, p. xi).

Na leitura da obra de Foucault podemos observar como:

Os processos são um material extremamente rico que nos possibilita verificar a modificação da noção de crime de uma época para outra, a evolução das escolas doutrinárias, a anormalização dos indivíduos via judiciário, a compreensão da Justiça das transformações na sociedade. Ainda nos fornecem dados sobre a vida cotidiana da população. Nos processos criminais carecem as diversas versões de um mesmo fato: inicia com o inquérito policial, após, a denúncia da promotoria em que o crime é tipificado, as audiências e os depoimentos das testemunhas e o interrogatório do réu, a argumentação do advogado de defesa, e finalmente a sentença que representa o entendimento do juiz sobre o fato. (COLAÇO, 2005, p. 847).

Os documentos que fazem parte do caso Rivière permitem analisar a formação e o jogo de um saber — da medicina, da psiquiatria e da psicopatologia — em suas relações com instituições e os discursos nelas produzidos e prescritos — a instituição judiciária (com o perito, o acusado, o louco ou criminoso).

A forma como foi concebida a estrutura da obra *Eu, Pierre Rivière...* pode ser entendida como uma estratégia de Foucault. Ao optar por apresentar primeiro a documentação jurídica do caso e depois as considerações e os comentários sobre o acontecimento, ele nos permite captar o perplexo discurso de Rivière e as diversas táticas que procuram inseri-lo, classificá-lo, nomeá-lo como louco ou criminoso.

## FERRAMENTAS FOUCAULTIANAS E A PESQUISA EM DIREITO<sup>4</sup>

Não é tarefa simples resumir idéias de Foucault de modo claro, conciso e fiel ao seu pensamento. Entretanto, é necessário introduzir os leitores no universo foucaultiano se pretendemos que a proposta aqui apresentada seja compreendida. Como afirma Antonio Flávio Barbosa Moreira (2004, p. 611),

A ausência de sistematização dos conceitos e das idéias que norteiam as análises, bem como os diferentes sentidos que certas categorias assumem em distintos escritos, tornam a tarefa similar à do detetive que, envolto em intrincadas e confusas pistas, procura ordenar, classificar, averiguar e compreender os fatos ocorridos. Diferentemente do detetive, porém, quem procura sistematizar o trabalho de um “filósofo edificante” não chega jamais à “verdade” dos fatos, mas sim a uma leitura, a uma possibilidade, entre outras, de exploração.

Isso porque a obra de Foucault é vasta, densa e mutável, sendo impossível abordá-la da mesma forma como

o fazemos com a obra de outros autores — a tal ponto que não é pertinente se falar em teoria ou método foucaultiano, a não ser que tais termos sejam compreendidos diferentemente da compreensão tradicional.

Conforme Veiga-Neto (2003), três são os “domínios” do pensamento de Foucault: “ser-saber”, “ser-poder” e “ser-consigo”, trabalhados em três dimensões: arqueologia,<sup>5</sup> genealogia<sup>6</sup> e ética. No domínio do “ser-saber” (arqueologia), Foucault trata dos modos de produção, distribuição, circulação e regulação de enunciados, e analisa práticas discursivas, regras de produção e mudança nas práticas sociais. Ele entende que a unidade do discurso não é dada pelo objeto, como no caso Rivière, em que não é a loucura que constitui a unidade da psicopatologia; esta, ao contrário, foi construída pelo conjunto das formulações discursivas que dela falaram; são discursos heterogêneos em coexistência com uma disciplina que produziu a loucura. Aqui, o objetivo da arqueologia é descrever conceitualmente a formação dos saberes científicos ou não para determinar suas condições de existência.

No domínio do “ser-poder” (genealogia), Foucault analisa o poder, “[...] visto como elemento capaz de explicar como os saberes são produzidos e como nos constituímos na articulação entre poder e saber [...]”, o que faz por meio de uma análise histórica diferenciada, que denomina genealogia (MOREIRA, 2004, p. 612). Nesse domínio, Foucault busca “[...] explicar o aparecimento dos saberes a partir das condições de possibilidade externas aos próprios saberes, ou melhor, que imanentes a eles — pois não se trata de considerá-los como efeito ou resultante — os situam como elemento de um dispositivo<sup>7</sup> de natureza essencialmente política.” (MACHADO, 1988, p. 187). Noutros termos, a questão central para ele é o poder e sua importância para a constituição dos saberes.

No domínio do “ser-consigo” (ética), Foucault trata da relação do sujeito consigo próprio, ou seja, de como se constitui e emerge a subjetividade. Aqui a ética é entendida como “relação de si para consigo”. Foucault propôs que a

<sup>4</sup> Para Foucault, a partir do século XVIII, o estudo dos seres humanos passou a ser feito de uma outra maneira, pois estes “[...] vieram a ser interpretados como sujeitos de conhecimento e, ao mesmo tempo, objeto de seu próprio conhecimento [...]” (DREYFUS; RABINOW, 1995, p. xv). As ciências humanas, a partir daquele século, reagiram em duas linhas metodológicas à fenomenologia, seja a transcendental, seja a fenomenologia de Husserl, pois ambas herdaram mas procuram transcender a divisão kantiana sujeito–objeto ao procurar suprimir a noção de existência de um sujeito transcendental doador de sentido. Uma dessas reações é a abordagem estruturalista, que elimina o sujeito e o sentido ao buscar as regras objetivas que determinam a atividade humana; outra, a hermenêutica de Heidegger, que procura recuperar significados e verdades vindos de nossas práticas cotidianas, de outras culturas e épocas, para compreender o homem não como sujeito doador de sentido, mas como sujeito que preserva o sentido ao situá-lo nas práticas sociais.

<sup>5</sup> Arqueologia: procedimento de investigação desenvolvido por Foucault no livro *As palavras e as coisas* e teorizado na obra *A arqueologia do saber*. Com a análise arqueológica, Foucault pretendia inaugurar uma nova forma de fazer a história do pensamento que se concentrasse na investigação das regras de formação — concebidas como condições de existência — de diferentes campos do conhecimento (SILVA, 2000, p. 16).

<sup>6</sup> Genealogia: uma das perspectivas da análise de Foucault em que a preocupação com as regras de formação discursiva dos diferentes campos de saber — característica da fase arqueológica — é deslocada em favor de uma preocupação com as conexões entre conhecimento e poder (SILVA, 2000, p. 63).

<sup>7</sup> Nos termos de Foucault, significa o conjunto das práticas, discursivas e não discursivas, consideradas em sua conexão com as relações de poder. O próprio Foucault forneceu uma lista dos elementos que constituem um “dispositivo”: “[...] discursos, instituições, arranjos arquitetônicos, regulamentos, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, regulamentos morais, instituições e disposições filantrópicas, em suma, tanto o dito quanto o não dito [...]” (FOUCAULT, 1994, p. 299, *apud* SILVA, T.T., 2000, p. 43–44).

ética fosse vista como a preocupação dos indivíduos com suas relações consigo mesmo e com os demais. Para ele, a “[...] verdade se desenvolve pelas práticas do exame e do cuidado de si exercidas no âmbito das relações privadas. Elas não se desenvolvem a partir de preceitos religiosos ou morais e nem por códigos jurídicos [...]” (FISCHER, 2004, p. 216).

Nesses três domínios, Foucault discute assuntos como linguagem, discurso, enunciado, episteme, dispositivo, governabilidade, disciplinamento, norma, subjetividade, poder, saber, verdade e outros.

O domínio do “poder-saber” tem para nós especial importância. Nesse âmbito, interessa analisar onde se manifesta o poder, isto é, o “[...] micropoder que se exerce (não que se detém) e que se distribui capilarmente. Importa realçar a positividade do poder, entendida como propriedade de produzir alguma coisa.” (MOREIRA, 2004, p. 613). Para Foucault, o poder se dispõe em uma rede formada por minúsculos pontos de resistência, transitórios e móveis, pois ele entende que “[...] a resistência ao poder não é a antítese do poder, não é o outro *do* poder, mas é o outro *numa relação* de poder — e não *de* uma relação de poder.” (VEIGA-NETO, 2003, p. 151–152). Poder e saber são dois lados de um mesmo processo: não há relação de poder sem a constituição de um campo de saber; assim como não há saber que se constitua fora das relações de poder. Noutros termos, na concepção foucaultiana, o poder produz saber, e isso elimina a possibilidade de haver um sujeito epistêmico.

A análise do discurso do ponto de vista foucaultiano não se situa entre pólos opostos e demarcados: filosofia analítica e hermenêutica, pois na perspectiva foucaultiana tal análise não deve se ocupar de conteúdos de verdade nem de significados ocultos, visto que regimes de verdade<sup>8</sup> são definidos pelos próprios discursos e determinam o que é ou não verdadeiro (VEIGA-NETO, 2003). Essa sistematização do pensamento foucaultiano combina critérios metodológicos e cronológicos conforme o momento histórico e o problema analisado. São os resultados de suas investigações que o levam a ampliar sua forma de análise e, assim, a desenvolver outras perspectivas metodológicas. No caso Rivière, Foucault e colaboradores buscavam a gênese dos poderes, ou seja, a gênese dos modos de produção das verdades entrecruzados com dispositivos de poder. Na obra, demarcam a articulação saber–poder ao analisarem práticas discursivas e não discursivas e procurarem se

manter afastados dos velhos métodos acadêmicos da análise textual.

Para nos ajudar a entender melhor os procedimentos teórico-metodológicos presentes em nosso estudo, observemos as análises de Dreyfus e Rabinow acerca da trajetória foucaultiana. Para esses autores,

[...] o projeto da *Arqueologia* fracassa por duas razões. Em primeiro lugar, o poder causal atribuído às regras que governam os sistemas discursivos é ininteligível e torna incompreensível o tipo de influência que as instituições sociais têm — influência que tem estado sempre no centro das preocupações de Foucault. Em segundo lugar, na medida em que ele considera a arqueologia como um fim em si mesmo, ele exclui a possibilidade de apresentar suas análises críticas em relação às suas preocupações. (DREYFUS; RABINOW, 1995, p. XXI).

Frente ao impasse imposto pelo método arqueológico, que não lhe permitia continuar a investigação de questões que seu trabalho como historiador lhe apresentava, Foucault acabou por repensar e remodelar seus instrumentos de análise: desvia-se da tentativa de desenvolver uma teoria do discurso e busca em Nietzsche a genealogia como ponto de partida para desenvolver uma análise que tematiza verdade, teoria e valores em suas relações com as instituições e práticas sociais das quais aquelas emergem.

Isso o leva a prestar uma crescente atenção ao poder e ao corpo nas suas relações com as ciências humanas. Porém, o método arqueológico não é rejeitado. Foucault abandona somente a tentativa de elaborar uma teoria das regras que governam os sistemas de práticas discursivas. *Como uma técnica a arqueologia serve para isolar discursos-objetos, ela serve para distanciar e desfamiliarizar os discursos sérios das ciências humanas*. Isto por sua vez permite a Foucault levantar as questões genealógicas. Como são estes discursos utilizados? Que papel eles representam na sociedade? (DREYFUS; RABINOW, 1995, p. XXI, grifo nosso).

<sup>8</sup> “Regime de verdade” é expressão cunhada por Foucault, para quem “[...] cada sociedade tem seu regime de verdade, sua ‘política geral’ de verdade: isto é, os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros; os mecanismos e as instâncias que permitem distinguir os enunciados verdadeiros dos falsos; a maneira como se sancionam uns e outros; as técnicas e os procedimentos que são valorizados para a obtenção da verdade; o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que funciona como verdadeiro [...]” (FOUCAULT, 1985, p. 12, *apud* SILVA, T. T., 2000, p. 96).

São perguntas que acompanham esse autor, e a escavação de suas análises mostra a existência de uma rede de interpretação gerada por práticas históricas específicas.<sup>9</sup>

O método que permite a Foucault produzir uma história do presente é tido como “analítico-interpretativo” e foi aplicado no livro de que se tratou neste artigo. Isso quer dizer que ele analisa as práticas atuais e seu desenvolvimento histórico. No entanto, a idéia de que a ordem e a organização são o tema central no mundo contemporâneo não é verificável empiricamente, pois deriva de uma interpretação que se origina em preocupações e propósitos pragmáticos — daí ser contestável por interpretações cuja origem são outras preocupações. Com efeito, ao elaborar sua crítica e empregar dois métodos ao mesmo tempo e de uma forma original quando trabalha com a produção dos saberes articulada com as relações de poder, Foucault estendeu seu trabalho para além do estruturalismo e da hermenêutica; e sua obra *Eu, Pierre Rivière...* constitui objeto de análise importante, pois suscita uma reflexão sobre outras maneiras de se tratar da pesquisa na área do direito.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS (PORÉM NÃO CONCLUSIVAS)

Ao problematizarmos a prática de pesquisa em direito segundo a perspectiva pós-estruturalista — sobretudo à luz dos estudos de Michel Foucault — e adotarmos o entendimento de que dispositivos jurídicos são construções históricas, contextuais e, portanto, relativas, pretendemos desencadear uma reflexão sobre a possibilidade de se buscarem outras formas de produção de conhecimentos no campo do direito além das convencionais pesquisas teóricas com base em bibliografia, legislação e jurisprudência. Para nós, a perspectiva foucaultiana, ao tratar a linguagem como prática discursiva que produz sujeitos e objetos, oferece valiosa contribuição à metodologia da pesquisa em direito. A análise de *Eu, Pierre Rivière...*, realizada na disciplina Metodologia da Pesquisa em Direito, tem sido estratégia eficaz para se compreenderem as ferramentas foucaultianas e para reflexão sobre outros possíveis caminhos de investigação científica nessa área.

Por entendermos — como Foucault — que idéias, métodos e teorias estão em constante transformação e

adquirem diferentes sentidos no tempo, este trabalho não é conclusivo; apenas procura mostrar uma possibilidade, dentre outras, de se explorar uma obra para buscar sua aplicação na metodologia da pesquisa. Acreditamos que reflexões sobre saber, poder, subjetividade, linguagem e discurso, assuntos tão caros a Foucault, são indispensáveis aos que se dedicam ao ofício de pensar e fazer o direito, em especial dentre aqueles que reconhecem a necessidade de problematizar para melhor compreender a complexidade das práticas exigidas pelo ofício. “O saber não é feito para consolar [...] ele decepciona, inquieta, secciona, fere.” (FOUCAULT, 2000, p. 255).

Parafraseando Fischer (2004, p. 217), pomos neste artigo um ponto que não é o final, porque devemos nos atentar não ao espírito da época e às suas influências, mas à descrição das transformações que nela ocorrem; sem esquecer jamais a advertência de Lucien Febvre (1965, p. 115–116, *apud* OLIVEIRA, 2001, p. 24):

O que vós chamais fatos? Que colocaríeis por trás desta pequenina palavra ‘fato’? Pensais que os fatos são dados à história como realidades substanciais, que o tempo enterrou mais ou menos profundamente e que se trata tão simplesmente de desterrar, de limpar e de apresentar e bela estampa a vossos contemporâneos? Ou então retomais à vossa conta a palavra de Berthelot, exaltando a química no dia seguinte ao de seus primeiros triunfos — a química, sua química, a única entre todas as ciências, dizia ele orgulhosamente, que fabrica objeto. No que Berthelot se enganou. Porque todas as ciências fabricam seu objeto.

### REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Bases para uma metodologia da pesquisa em direito**. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero7/artigo17.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2005.

\_\_\_\_\_. **Filosofia do direito**. Uma crítica à verdade na ética e na ciência. São Paulo: Saraiva, 1996.

CARNEIRO, Rosamaria Giatti. A crise da pesquisa jurídica e o teatro do oprimido como sua salvaguarda: uma nova

<sup>9</sup> Quando Foucault “[...] escreve *História da sexualidade*, ele acaba por contestar a crença hermenêutica em um significado profundo ao traçar a emergência da confissão sexual e ao relacioná-la às práticas de dominação social. Ele mostra a importância das práticas profissionais — tais como a psicoterapia e os procedimentos médicos — reveladas pelo enorme crescimento do interesse na psique em todos os setores da vida. Com tais observações Foucault nos indica que não existem significados profundos a serem investigados, apenas porque a cultura diz que eles existem. Assim o autor nos deixa claro o movimento exercido pelas práticas totalizadoras que além de produzir, ‘preservam o homem como sujeito e objeto na nossa sociedade objetivada e obcecada por significado’.” (DREYFUS; RABINOW, 1995, p. xxii).

- metodologia de pesquisa aplicada ao direito? ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 13. **Anais...** Blumenau: Boiteaux, 2005. p. 827–839.
- COLAÇO, Thais Luzia. Uma visão interdisciplinar das fontes de pesquisa. ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 13. **Anais...** Blumenau: Boiteaux, 2005. p. 841–849.
- DIAS, Maurício Leal. **Lógica e linguagem**: da teoria pura à teoria discursiva do direito. Disponível em: <<http://www.ufpa.br/posdireito/caderno1/texto4.html>>. Acesso em: 12 set. 2005.
- DREYFUS, Hubert; RABINOW, Paul. **Michel Foucault, uma trajetória filosófica**: para além do estruturalismo e da hermenêutica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- FISCHER, Rosa Maria Bueno. Na companhia de Foucault: multiplicar acontecimentos. **Educação & Realidade**, Porto Alegre: FAGED/UFRGS, v. 29, n. 1, p. 215-228, jan./jun. 2004.
- FOUCAULT, Michel *et al.* **Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão...** um caso de parricídio do século XIX, apresentado por Michel Foucault. Rio de Janeiro: Graal, 2000.
- FOUCAULT, Michel. **A microfísica do poder**. Tradução, organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado. 14. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988. p. VII–XXIII.
- FRIEDE, Roy Reis. O direito como ciência. Disponível em: <<http://www.mp.sp.gov.br/justitia>>. Acesso em: 12 set. 2005.
- LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito?** 7. reimpressão. Brasília: Brasiliense, 2002.
- MACHADO, Roberto. Introdução: por uma genealogia do poder. In: FOUCAULT, Michel. **A microfísica do poder**. Tradução, organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado. 14. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988. P. VII–XXIII.
- MARQUES, Cláudia Lima. A crise científica do direito na pós-modernidade. Reflexos na pesquisa. In: **Arquivo Ministério da Justiça**, 50, p. 49–64, 1998.
- MOREIRA, Antonio Flávio B. O pensamento de Foucault e suas contribuições para a educação. **Educação e Sociedade**, Campinas, v. 25, n. 87, p. 611–615, maio–ago./2004.
- OLIVEIRA, Paulo de Salles. Caminhos de construção da pesquisa em ciências humanas. In: \_\_\_\_\_ . (Org.). **Metodologia das ciências humanas**. São Paulo: Hucitec/UNESP, 2001. p. 17–28,
- OLIVEIRA, SOLANGE RIBEIRO DE. Ciências exatas, ciências humanas: unidade na diversidade da pesquisa. Disponível em: <http://www.ufop.br/pesquisa/revista/revppg.htm>. Acesso em: 05 set. 2005.
- POPKEWITZ, Thomas S. A. **A political sociology of educational reform**: power knowledge in teaching, teacher education and research. New York: Teachers College Press, 1991.
- RUIZ, Castor Bartolomé. **Dialética e linguagem**. Disponível em: <<http://www.dialecticabrasil.org/CastorRuiz.htm>>. Acesso em: 10 out. 2005.
- SILVA, Tomas Tadeu. **Teoria cultural e educação**: um vocabulário crítico. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.
- STAMFORD, Artur. E por falar em teoria jurídica, onde anda a cientificidade do direito? Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/documentos/artigos/texto185.doc>>. Acesso em: 12 out. 2005.
- VEIGA-NETO, Alfredo. **Foucault e a educação**. Belo Horizonte: Autêntica, 2003.
- VYGOTSKY, L.S. **Pensamento e linguagem**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1989.
- WORTMANN, M. LÚCIA C.; VEIGA-NETO, ALFREDO. **Estudos culturais da ciência & educação**. Belo Horizonte: Autêntica, 2001.

## **INDIVIDUALISMO E DIREITO:**

### **um ensaio sobre cultura social na pós-modernidade**

**Eduardo C. B. BITTAR\***

#### **RESUMO**

Perscrutar-se o modo pelo qual se dá a luta por segurança, numa sociedade em que crescentemente se percebe o desarrajo e a insegurança, é a tarefa deste estudo. Trata-se de um estudo que mergulha na análise da sociedade pós-moderna e suas características mais marcantes. Por isso, a partir do pensamento de Zygmunt Bauman, podem-se estabelecer relações curiosas entre individualismo e identidade no cenário pós-moderno. Se a sociedade depende de indivíduos concretos para sua sobrevivência, deve-se questionar como se dá a solidariedade em tempos de desertificação da vida social e reificação dos laços humanos.

**Palavras-Chave:** individualismo – comunidades – insegurança - pós-modernidade.

#### **RÉSUMÉ**

La société post-moderne tien quelques caractéristiques qui doivent être exploitées, spécialement quand il s'agit de discuter la relation entre individualisme et identité. Les communautés sont présentes comme un phénomène typique de l'ambiance post-moderne, élément insuffisant pour délimiter des alternatives aux paradoxes de la condition postmoderne.

**Mots-Clefs:** Postmodernité – Individualisme - Communautés

#### **1. PROBLEMATIZAÇÃO**

A presente investigação verte-se no sentido de compreender como a cultura social, ou seja, como a cultura do convívio vem respondendo aos déficits de segurança da sociedade pós-moderna. Os encontros intersubjetivos em

sociedade, apesar de aparentarem um certo caráter acidental, apesar de parecem ocorrer aleatoriamente, são, em verdade, fruto de arranjos e re-arranjos das próprias estruturas sociais. Não há nada mais científico na sociologia senão a descoberta de que o homem não é propriamente o homem por suas escolhas pessoais, mas de que o homem é também um fruto de seu próprio meio, ou seja, um conjunto de determinações externas ao indivíduo.

---

\* Livre-Docente e Doutor. Professor Associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Direitos Humanos do UniFIEO. Secretário-Executivo da Associação Nacional de Direitos Humanos (ANDHEP). Pesquisador-Sênior do Núcleo de Estudos da Violência (NEV-USP). Membro Titular da Cátedra UNESCO para a Paz, Democracia, Direitos Humanos e Tolerância (IEA-USP).

Parte-se, portanto, da hipótese de trabalho de que, uma vez alteradas as condições de convívio, estaria, neste sentido, a subjetividade contemporânea afetada pelas novas condições de exercício do *eu* nas relações sociais. A desertificação do espaço do convívio, a pauperização da linguagem, a massificação da estética, a industrialização da cultura, a consumerização e a colonização do mundo da vida são questões que formam o pano de fundo da articulação das idéias desenvolvidas ao longo deste trabalho.<sup>1</sup> Ora, a reestruturação da condição do eu também leva a uma problemática condição no arranjo entre o *eu* e o *outro*. Nestes termos, a intersubjetividade tende a absorver os mesmos dilemas da subjetividade e a apresentar suas respostas, ainda que errôneas e insuficientes, à sensação de “mal-estar”.

Por isso, pensar este tema reclama antes de tudo a compreensão da condição da cultura contemporânea, como passo fundamental para a descrição dos modos pelos quais indivíduos e comunidade se vêem diretamente afetados por este estado de coisas.

## 2. INDIVIDUALISMO, CONSUMISMO E ESTETISMO: A SOCIEDADE DA SENSÇÃO

O individualismo é uma das grandes traçadas que permite identificar e definir a condição pós-moderna. A imersão na cultura do individualismo permite constatar que a grande marca de aferição da condição pós-moderna é a da alforria do *ego*,<sup>2</sup> vivida de um modo tão intenso que se redefinem as concepções de vida a partir deste epicentro. Indivíduos inflados de si mesmos, não vêem os laços humanos senão como meras ocorrências e meros acidentes do processo de socialização.

De fato, o individualismo contemporâneo é uma espécie de marco da definição dos papéis sociais, das formas de fruição do mundo, dos modelos de ação, dos paradigmas sociais, dos desejos coletivos, das projeções de esperança da psicologia social, etc. de modo a agir sobre as mentalidades a ponto de definir novas condições de vida,

novas práticas sociais, novas identidades culturais, novas práticas de mercado, gestando e cristalizando novos valores na esfera do convívio humano.

Nesta cultura de emergência do indivíduo, a propaganda e o consumismo são duas determinantes fundamentais a delimitar a profunda estetização da experiência.<sup>3</sup> Se há múltiplas opções de vida, e as regras tradicionais de controle social e moral do comportamento já não servem mais, somente sobra um leque diversificado de alternativas de auto-afirmação, o que permite aos indivíduos *serem* aquilo que vestem ou aquilo que os lugares que freqüentam significam. A criação de diversos *modos* de entrada no mercado é mais do que a revelação da benece do mercado para com a diversidade, e mais um modo de multiplicação das práticas do próprio mercado no sentido de sua re-invenção permanente. A reificação alcança nuances muito específicas, a ponto de condicionar a identidade de indivíduos, grupos e comunidades. O auto-reconhecimento do indivíduo por ele mesmo parte de sua disposição para consumir este ou aquele insumo da indústria cultural. A seleção de fatias de mercado, seja *emo*, seja *cult*, seja *descolado*, seja *neo-hippie*, não importa a escolha, trata-se sempre de uma escolha *no* mercado, ao que foi reduzido o exercício da liberdade. *Ser e ter* se confundem. A sociedade pós-moderna é a sociedade da sensação, ou seja, a sociedade em que o estético se torna ontológico, na versão de Türke.<sup>4</sup>

Se tudo se resume, na luta pela existência, a uma inserção no mercado, no mercado como determinante da condição de aceitação estética de cada um, a politicidade se resume a ser um ato de consumo perfeito, ou seja, um ato de pertinência simétrica entre vontade e capacidade de compra.<sup>5</sup> Em tempos de cultura *cool*, a consciência e a visão de mundo se resumem à dimensão da imagem consumida. Este é o trampolim de uma geração para a perda de identidade quanto à *consciência de seu tempo*, e a construção de um movimento cultural que estimula o *descolamento*. O *cool* é por definição uma atitude de despreocupação, desvinculação, desligamento, o que em última medida significa *despolitização*.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Este trabalho é também um desdobramento das reflexões e problematizações que podem ser encontradas em Bittar, *O direito na pós-modernidade*, 2005, cuja análise mais ampla permite uma compreensão mais abrangente da problemática.

<sup>2</sup> Segundo Lipovetsky: “La culture post-moderne est du feeling et de l’émancipation individuelle élargie à toutes les catégories d’âge et de sexe” (Lipovetsky, *L’ère du vide: essais sur l’individualisme contemporain*, 1983, p. 32).

<sup>3</sup> O registro da identidade desta época é: “Le moment post-moderne est bien davantage qu’une mode, il révèle le procès de l’indifférence pure en ce que tous les goûts, tous les comportements peuvent cohabiter sans s’exclure, tout peut être choisi à loisir, le plus opérationnel comme le plus ésotérique, le nouveau comme l’ancien, la vie simple-écologiste comme la vie hypersophistiquée, dans un temps dévitalisé sans repère stable, sans coordonnée majeure” (Lipovetsky, *L’ère du vide: essais sur l’individualisme contemporain*, 1983, p. 58).

<sup>4</sup> “Dessa forma, o bem e o mal se transformam em categorias estéticas; e o estético se transforma no ontológico, ou seja, na possibilidade ser ou não ser” (Türke, *Sociedade da sensação: a estetização da luta pela existência*, in *Ensaio frankfurtiano* (ZUIN, Antonio A. S.; PUCCL, Bruno; RAMOS DE OLIVEIRA, Newton), 2004, p. 64).

<sup>5</sup> “Onde se deve surpreender para poder sobreviver; onde a luta pela existência se torna um problema estético, então se faz cumprir o estado de coisas da sociedade da sensação, para a qual caminhamos a passos largos” (Türke, *Sociedade da sensação: a estetização da luta pela existência*, in *Ensaio frankfurtiano* (ZUIN, Antonio A. S.; PUCCL, Bruno; RAMOS DE OLIVEIRA, Newton), 2004, p. 63).

<sup>6</sup> “Quando o *cool* ganhou popularidade repentina e se espalhou como fogo na floresta entre os filhos dos prósperos pós-Depressão envergava a máscara de uma rebelião e da renovação moral: era o símbolo de um distanciamento militante de uma ordem envelhecida satisfeita com a situação a que o passado a tinha conduzido e à míngua de idéias novas” (Bauman, *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*, 2003, p. 50).

A cidadania, neste sentido, se encolhe à dimensão da boa regulação do mercado e das distorções que impedem os indivíduos de serem consumidores plenos. A função do Estado passa a ser a função de coordenação do mercado, com uma clara atrofia da significação do que seja o público, em favor do que é o privado. Em tempos de *liquefação* da ordem da política, se trata também de proceder à *flexibilização* do trabalho, à *desregulamentação* da vida social, à *liberalização* do mercado... Por isso, a sociedade pós-moderna vive, acima de tudo, uma profunda expansão da lógica de auto-afirmação do mercado, entidade que governa e determina as formas de afirmação dos indivíduos. Individualismo, materialismo e liberalismo se retroalimentam num movimento circular que torna difícil pensar em alternativas.

O desprestígio da interação em tempos de individualismo se dá pela prioridade da significação social pelo ter do que pelo ser. Este é um fator de dissolução da solidariedade social que funciona como uma espécie de pressão para a despersonalização, para o conflito moral, exacerbando a incapacidade de entendimento e compreensão nas relações intrasubjetivas e intersubjetivas, o que acaba por culminar numa dificuldade de mútua compreensão entre as pessoas (tendo em vista que não há limites para os comportamentos, tudo é possível; tendo em vista que não há estabilidade de comportamentos, qualquer coisa é lícita ao comportamento; tendo em vista que não há padrões estanques de moralidade social, estes que foram rompidos com os movimentos ocorridos no seio da pós-modernidade, o outro é sempre um estranho irreconhecível).<sup>7</sup>

*Alter e ego*, inflados de si mesmos, não constroem pontes de equivalência relacional, determinando condições pelas quais o que vige é uma idéia de liberdade em que “cada um é cada um, e ponto”. A solidão do indivíduo na condição deste “cada um” de ambos os pólos se torna uma consequência óbvia da inviabilidade do entendimento. Os esforços de tolerância são somente os substitutivos para a decrepitude dos esforços por entendimento.

Há a imagem ideológica de que a liberdade aumentou e que o indivíduo é de fato mais livre do que ontem; no entanto, esta idéia de liberdade é a de uma liberdade de consumo, da auto-afirmação da identidade pelo consumo. Apesar da impressão de aumento de liberdade, o homem pós-moderno vive o paradoxo do aumento da dependência do mercado e da fragilidade pessoal. O que se tem aqui é

uma subjetividade ameaçada de sossobrar sob as forças do mercado, distante portanto da capacidade de emancipação.

O indivíduo pós-moderno não é livre, senão em imagens evocadas por *outdoors* e propagandas televisivas; ele é controlado, monitorado, determinado e insculpido, conforme os fluxos e refluxos do mercado. Sua essência está fora de si; sua essência não é auto-consciência, mas hetero-consciência. Se o mercado se incrementa a todo tempo, se estar no mercado significa enfrentar a concorrência infinitamente crescente dos competidores, o mercado só pode ser visto como o lugar de permanente projeção do *novo*. Não importa o que seja e do que se trate, o sucesso do *novo* está em sua aprovação e consolidação como um *novo* aceito, ou seja, o próprio ato de consumo se torna uma forma de mensuração da plausibilidade da *novidade*.

Onde tudo é sempre *novo* e as pressões estão no sentido de forçar o *novo*, o indivíduo que está sempre “antenado” no *novo*, se torna ele-mesmo uma *novidade* permanente, que exige do sujeito mais do que a capacidade de comprar, a flexibilidade de adaptar-se à dinâmica dos tempos (leia-se do *timing* do mercado). Diante de uma oferta sempre gigantesca e inventiva, a multiplicidade de escolhas é uma consequência óbvia. Em verdade, a questão das comunidades parece ser a resposta social à geração sempre inquietante das insuficiências do antigo geradas pelo mercado. O motor que acelera o mercado, também acelera as formas de desarranjo dos laços sociais, gera o envelhecimento do que fica, aumentando a sensação de perda de referenciais para a ação dos indivíduos. A ansiedade pelo que se terá já está disseminada no imaginário coletivo, antes mesmo da coleção de inverno chegar!<sup>8</sup>

Ademais, quanto maior a sensação de liberdade e de afrouxamento dos laços sociais, maior a sensação de mal-estar na pós-modernidade, ou seja, de insegurança, de indeterminação, especialmente considerada a fragilidade na qual está posta a condição de exercício da liberdade. Pertencer a uma comunidade me faz pensar em ter algo de presente e constante, enquanto a consciência já trabalha com a idéia de que nada fica, de que tudo passa. A transitoriedade levada ao absurdo reclama alguma compensação em definitividade. Num determinado momento, se torna insuportável que nada fique e que tudo passe. Quanto maior a insegurança, maior a necessidade de abrigo, o que gera, como reação necessária, a cultura das comunidades.

<sup>7</sup> Se dizia mesmo que é proibido proibir: “On disait <<il est interdit d'interdire>>” (Lipovetsky, *L'ère du vide: essais sur l'individualisme contemporain*, 1983, p. 317).

<sup>8</sup> A necessidade da comunidade estética gerada pela ocupação com a identidade é o campo preferencial que alimenta a indústria do entretenimento: a amplitude da necessidade explica em boa medida o sucesso impressionante e contínuo dessa indústria” (Bauman, *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*, 2003, p. 63).

### 3. A CULTURA DAS COMUNIDADES, A DEFLAÇÃO DA POLÍTICA E DO DIREITO

A idéia da formação da cultura das comunidades é uma clara resposta a este quadro de individualismo. Como reparação ao crescimento do atomismo social na sociedade de massas, a comunidade torna-se uma necessidade tão vital quanto a necessidade do ar para respirar.

É questão de sobrevivência pertencer a uma comunidade. O *Orkut* é um destes fenômenos que bem caracteriza a presente análise. Dentro dele, tudo vale, só não vale estar só. Vale achar os amigos, formar comunidades temáticas, fundar grupos de escolhas, construir teias de relações virtuais, retomar contatos perdidos, entrar e sair de comunidades, identificar-se com isto ou com aquilo, sumir e reaparecer com nova identidade, forjar sua própria identidade virtual, manipular informações, disseminar dados e tendências... Mesmo aquele que tem sua própria página do *Orkut*, apesar de não conhecer nenhum indivíduo real, já se considera pertencente a uma “comunidade”, ou seja, à comunidade virtual daqueles que freqüentam o ambiente das comunidades virtuais, o *Orkut*.

Mas, não só. Outras formas de construção de comunidades são possíveis e nenhuma está excluída. A idéia de pertencimento é ela mesma uma idéia-fim, não importa pertencimento a que. A idéia de pertencimento, de acoplagem a uma determinada comunidade, traz ao indivíduo pós-moderno a sensação que complementa o espaço deixado vazio pelo desaparecimento de um complexo de categorias que, anteriormente presentes na cultura social, forneciam aos indivíduos a condição de um pertencimento implícito e tácito. A proliferação da cultura das comunidades, formais e informais, declaradas ou implícitas, freqüentes ou fluídas, reais ou virtuais, concretas ou abstratas, fechadas ou abertas, dinâmicas ou estáticas... é um fenômeno tipicamente pós-moderno. Nenhuma outra geração conheceu tão de perto a necessidade de pertencer a múltiplas comunidades como a dos indivíduos pós-modernos. A própria idéia de comunidade já fornece um conforto que parece ser absorvido pelos indivíduos como algo vital.<sup>9</sup>

Pertencer a comunidades, ainda que provisórias, alivia a tensão. A sensação de “escolta” traduz bem a idéia de que toda parceria fornece algum tipo de suporte, que dá ao indivíduo a sensação de que estar com o outro é ter tudo o de que se necessita naquele momento e naquelas condições. Por isso, afirma Bauman: “Para nós em particular – que vivemos em tempos implacáveis, tempos de competição e

de desprezo pelos mais fracos, quando as pessoas em volta escondem o jogo e poucos se interessam em ajudar-nos, quando em resposta a nossos pedidos de ajuda ouvimos advertências para que fiquemos por nossa própria conta, quando só os bancos ansiosos por hipotecar nossas posses sorriem desejando dizer ‘sim’, e mesmo eles apenas nos comerciais e nunca em seus escritórios – a palavra comunidade soa como música aos nossos ouvidos. O que essa palavra evoca é tudo aquilo de que sentimos falta e de que precisamos para viver seguros e confiantes”.<sup>10</sup>

Dessa forma, as comunidades podem ter pura feição virtual, ou mesmo, podem jamais se realizar, mas o pertencimento é *consumido* como uma necessidade de auto-definição do indivíduo perante o grupo. Por isso, os laços das comunidades pós-modernas são laços tênues, fluídos (clube, time de futebol, origem étnica, classe social, opção profissional, gosto musical, estilo de vestimenta, estética do agir, atitude do falar...) que unem as pessoas, nem que se trate simplesmente de aparentar freqüentar várias comunidades, pertencer a uma comunidade, ou ter o *status* de quem *goza* de uma comunidade, é já motivo de plenificação. Não ter nenhuma comunidade é não ter personalidade; não ter nenhuma comunidade é uma infração paga com o preço de um anonimato social cuja amargura poucos querem provar.

Num mundo de laços tênues, o que importa é marcar a diferença, e não construir a igualdade. Num mundo fragmentado, o que importa na auto-definição é o que indivíduo *é*, perante o que ele *não-é*. Ou seja, a sensação de pertencimento é sempre construída com base em um recorte que se faz a partir de um certo universo de sentido, de acordo com um jogo de linguagem. A linguagem *deste* grupo não é a linguagem *daquele* outro grupo. Os grupos e comunidades são sempre recortes de mundo, a oferecer abrigo diante da turba de alternativas de *ser* e de *estar* da vida contemporânea. No entanto, *ser* e *estar* não se traduzem em aferições axiológicas ou políticas, mas se resumem em condutas estetizadas e tornadas *standards* de comportamento. Isto significa que toda opção por uma comunidade significa e implica também a sua auto-expulsão de outras comunidades diretamente contraditórias com sua linguagem.

A escolha é um passo sem retorno, na medida em que o acolhimento tem por consequência a aferição do merecimento ou da fidelidade no novo membro. Segurança lhe é oferecida em nome de algum sacrifício de lealdade do

<sup>9</sup>... o que quer que comunidade signifique, é bom ter comunidade, estar numa comunidade” (Bauman, *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*, 2003, p. 01).

<sup>10</sup>Bauman, *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*, 2003, p. 09.

indivíduo.<sup>11</sup> Neste sentido, segurança e liberdade podem andar em dissintonia. Como afirma Bauman: “Você quer segurança? Abra mão de sua liberdade, ou pelo menos de boa parte dela. Você quer poder confiar? Não confie em ninguém de fora da comunidade. Você quer entendimento mútuo? Não fale com estranhos, nem fale línguas estrangeiras. Você quer essa sensação aconchegante de lar? Ponha alarmes em sua porta e câmeras de tevê no acesso. Você quer proteção? Não acolha estranhos e abstenha-se de agir de modo esquisito ou de ter pensamentos bizarros. Você quer aconchego? Não chegue perto da janela, e jamais a abra. O nó da questão é que se você seguir esse conselho e mantiver as janelas fechadas, o ambiente logo ficará abafado, e , no limite, opressivo”.<sup>12</sup>

As comunidades são auto-cerradas, como forma mesmo de exercer proteção e auto-imagem aos membros do grupo.<sup>13</sup> Todo o resto desaparece aos olhos dos pertencentes. Neste caso, ou se é *in* ou se é *out*. O que define mesmo uma comunidade é o fato de ser pequena, auto-suficiente e diferenciada.<sup>14</sup> Fora da comunidade é o *caos* da multiplicidade e da diversidade de escolhas, ou o *limbo* do esquecimento e da indiferença, enquanto que dentro da comunidade há o compensador aconchego do reconhecimento. O indivíduo pós-moderno se recolhe a redutos e a guetos auto-eleitos, como forma de alcançar proteção ante a fúria da mudança dos costumes, ante a dinâmica e a voracidade das movimentações sociais, ante a multiplicação do infinito dos hábitos e padrões de comportamento social. Esta é a cultura das *tribes*.

Toda comunidade sendo um recorte, uma escolha, sempre está a enviar a outras comunidades, ou a “indivíduos sem-comunidade”, a mensagem subliminar da proibição de entrada não autorizada. A expulsão do olhar do *alter* invasor, a negação da entrada, ou a dificuldade no processo de aproximação, aguçam a vontade de pertencimento e valorizam a auto-estima do grupo. O solicitante ou pleiteante torna-se, nesta medida, um pedinte, e deve se sentir desejoso de possuir aquilo que quem *goza* de uma comunidade tem, enquanto outros não têm.

No mundo de uma sociedade fragmentada em *comunidades*, ou se tem uma, ou se vive da vida errática e

solitária de um caminheiro sem rumo, sem identidade, sem abrigo. As estalagens podem se abrir de vez em quando e oferecer algum alimento ou algum abrigo, mas será provisório. O mundo fragmentado é um mundo de identidades fracas que se tornam fortes, de uma força que é útil somente enquanto suficiente para expulsar o outro, para repelir o outro, para marcar a diferença entre *ego* e *alter*. Eis a força da comunidade. Uma força que empenha a sobrevivência deste grupo em meio a outros. Trata-se de uma força contra a pressão dos outros. Mas, a mesma força pode ser empregada sobre o indivíduo-membro que esteja perdendo as características que delinham a auto-definição do grupo.

É claro que correr o risco de estar blindado dentro de uma única comunidade impede o indivíduo de fruir de sua mais ampla liberdade de ser e de estar. Contra o risco da expulsão só há uma fiança: pertencer a mais de uma comunidade. Por isso, no mundo das comunidades, no mundo fragmentado em diversos jogos de linguagem, também uma outra habilidade deve ser desenvolvida pelos indivíduos: a de camaleão. Esta habilidade permite ao indivíduo circular entre as comunidades, transitar entre diversas linguagens, num mimetismo ambiental que garante a sua sobrevivência e a sua aceitação como um *pertencente*.

Exige-se uma flexibilidade de personalidade que torna o indivíduo preparado para vestir a roupa das exigências ambientais comunitárias as quais freqüente, ainda, ou passe a freqüentar. O cuidado no uso e no manuseio da tecnologia vocabular própria a cada um dos jogos de linguagem é o de não cometer infrações que venham a impedir a circulação. “Para evitar que isso aconteça, a identidade deve continuar flexível e sempre passível de experimentação e mudança; deve ser o tipo de identidade ‘até nova ordem’ “. <sup>15</sup> É certo que distúrbios psíquicos e conflitos comportamentais estão previstos no itinerário do camaleão, mas nada que a comunidade dos analistas não possa resolver, depois de ser freqüentada...

Em tempos em que a família desmancha e não oferece mais a estrutura e a solidez anteriormente oferecidas, em que o indivíduo se perde em meio a massas amorfas e vazias moralmente, as comunidades são uma resposta de

<sup>11</sup>Se a comunidade implica exclusão de *outros*, estranhos, deve haver vigilância quanto à unidade do grupo: “A comunidade realmente existente será diferente da de seus sonhos – mais semelhante a seu contrário: aumentará seus temores e insegurança em vez de diluí-los ou deixá-los de lado. Exigirá vigilância vinte e quatro horas por dia e a afação diária das espadas, para a luta, dia sim, dia não, para manter os estranhos fora dos muros e para caçar os vira-casacas em seu próprio meio” (Bauman, *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*, 2003, p. 22).

<sup>12</sup>Bauman, *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*, 2003, p. 10.

<sup>13</sup> “As três características se unem na efetiva proteção dos membros da comunidade em relação às ameaças a seus modos habituais” (Bauman, *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*, 2003, p. 18).

<sup>14</sup>Cf. Bauman, *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*, 2003, p. 17.

<sup>15</sup>Bauman, *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*, 2003, p. 61.

acalento em meio a um ambiente tornado inóspito pelo excesso de desabilitação humana. Isto significa que a *reificação* ganhou requintes culturais e afetou diretamente os modos pelos quais a solidariedade social se dá. Nesta medida, a desintegração social é compensada pela criação de substitutivos-incompletos para o vazio pós-moderno, que são as comunidades. O que as comunidades fornecem aos indivíduos é a complementação da existência pela identidade. Neste sentido, a linguagem da identidade se torna a linguagem social: “Identidade, a palavra do dia e o jogo mais comum da cidade, deve a atenção que atrai e as paixões que desperta ao fato de que é a substituta da comunidade: do lar supostamente natural ou do círculo que permanece acolhedor por mais frios que sejam os ventos lá fora”.<sup>16</sup>

Nesta medida, enquanto se acredita que a cultura das comunidades fomenta aproximação das pessoas e gera solidariedade social, se percebe que também (ou talvez, sobretudo) gera o incremento do discurso da diferença, o fermento necessário para a impossibilitação do reconhecimento do outro e para a dificultação do entendimento. Uma fragmentação ao infinito das comunidades auto-cerradas em sociedade tende a criar díspares jogos de linguagem cuja inacessibilidade crescente acaba por tornar o tecido social um conjunto de nichos de auto-normação. As muitas linguagens das *tribes* colocam em desuso a linguagem coloquial, o termo comum entre todas as comunidades.

Ademais, enquanto se acredita que a cultura das comunidades vem a dar conta de um problema de socialização na vida pós-moderna, no lugar disso, representa, na mesma medida, uma ameaça à própria possibilidade de criação de alternativas à crise moral, política e social destes tempos. Isto porque a cultura das comunidades representa uma resposta ao atomismo construída não com base em critérios éticos ou socialmente relevantes. A relevância pós-moderna foi deslocada do espaço do comum para o espaço do privado; a relevância está dada pela escolha estética. Por isso, os mecanismos prioritários de soldagem das uniões fluídas e passageiras não decorrem de um compartilhamento de princípios, de ideologias ou de identidades psíquicas.

As comunidades têm sido vez a vez menos os sindicatos de outrora, menos os movimentos geradores de

tendências políticas, menos os grupos de articulação e discussão, e mais a revelação de encontros felizes a partir de critérios estéticos. A soldagem dos comportamentos não é ética, e sim estética. “A orientação opera nestes dias mais pela estética do que pela ética. Seu principal veículo não é mais a autoridade ética dos líderes com suas visões, ou dos pregadores morais com suas homilias, mas o exemplo das ‘celebridades à vista’ (celebridades porque estão à vista); sua arma principal não está na sanção nem em seu poder, difuso mas bruto, de imposição”.<sup>17</sup> A fragilidade da estética é reproduzida como fragilidade da própria ética, na medida em que a própria responsabilidade alcança a consistência do que é fluido.<sup>18</sup>

Quando a terapia para os tempos pós-modernos parece ser a retomada da politicidade perdida, quando após a diagnose, se percebe que o desgaste da ética tem representado também um desgaste da própria possibilidade da linguagem e da razão, se percebe claramente que a alternativa das comunidades funciona como uma espécie de paliativo momentâneo e sem consequência, que somente eterniza a impossibilidade da solução aos dilemas pós-modernos. Por isso, afirma Bauman: “A comunidade que procuram seria uma comunidade ética, em quase tudo o oposto do tipo estético. Teria que ser tecida de compromissos de longo prazo, de direitos inalienáveis e obrigações inabaláveis, que, graças à sua durabilidade prevista (melhor ainda, institucionalmente garantida), pudesse ser tratada como variável dada no planejamento e nos projetos de futuro”.<sup>19</sup>

A cultura das comunidades, no lugar de ser uma alternativa ao individualismo, é somente *mais uma forma de individualismo*, ou seja, o individualismo daqueles que compartilham a vontade de não compartilhar. O compartilhar convida à experiência da política, única instância capaz de dar cobro a necessidades universais ou universalizáveis. A vida social carece de acalento para a dimensão da política, que incrementa o convívio, ao mesmo tempo em que carece da proteção da dimensão do direito, na medida em que a dinâmica da vida social institui a necessidade da preservação de meios racionais para a construção de formas de solidariedade social e instituição dos meios de prevenção normativa e solução concreta de litígios. Por isso, em outra parte, Bauman afirma: “Sejam quais forem os valores ou meios da pós-modernidade que consideremos, todos

<sup>16</sup>Bauman, *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*, 2003, p. 20.

<sup>17</sup>Bauman, *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*, 2003, p. 63.

<sup>18</sup>“Uma coisa que a comunidade estética definitivamente não faz é tecer entre seus membros uma rede de responsabilidades éticas e, portanto, de compromissos a longo prazo. Quaisquer que sejam os laços estabelecidos na explosiva e breve vida da comunidade estética, eles não vinculam verdadeiramente: eles são literalmente ‘vínculos sem consequências’. Tendem a evaporar-se quando os laços humanos realmente importam – no momento em que são necessários para compensar a falta de recursos ou a impotência do indivíduo” (Bauman, *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*, 2003, ps. 67-68).

<sup>19</sup>Bauman, *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*, 2003, p. 68.

apontam (pelo menos tacitamente ou por eliminação) para a política, a democracia e a plena cidadania como únicos veículos de sua realização. Com a política, esses valores e meios parecem ser a chance de uma sociedade melhor; sem a política, abandonados inteiramente aos critérios do mercado, parecem na melhor das hipóteses *slogans* enganosos e, na pior, fontes de novos e insondáveis perigos. A pós-modernidade não é o fim da política, assim como não é o fim da história. Ao contrário, o que quer que atraia na promessa pós-moderna é algo que pede mais política, mais compromisso político, mais eficácia política na ação individual e comunitária (por mais que isso seja sufocado pelo tumulto e alvoroço do consumo e por mais inaudível que se torne num mundo feito de *shoppings* e *Disneylândias*, onde tudo o que importa é uma agradável peça de teatro, de modo que nada realmente importa muito)<sup>20</sup>.

Em poucas palavras, não há caminhos para a cultura do que é comum, para a solução dos impasses da vida comum, fora da política. Não formas de solução e encaminhamentos racionais dos litígios fora dos equipamentos já conhecidos e a serem inventados no interior da cultura do direito. A despedida da política significa simultaneamente a entrega ao mercado, e o mercado não significa liberdade; o mercado promete liberdade e realiza opressão, clivagem, desigualdade, injustiça e controle. A deflação de aposta no direito significa um esvaziamento do crédito nas instituições públicas que seriam garantes do processo de auto-entendimento social e de preservação da dignidade humana no interior da vida social. No entanto, a política e direito, para operar, carecem de compromisso, de responsabilidade, sendo que ambas as noções são derivadas do modo ético como *ego* e *alter* se condicionam reciprocamente em seu relacionamento social, algo que parece ter-se tornado um tema estranho na conjuntura pós-moderna.

## CONCLUSÕES

A análise levada a cabo ao longo desse estudo prima por identificar a interrelação entre individualismo e o surgimento da cultura das comunidades no cenário pós-moderno. Invariavelmente ligada ao debate sobre a busca de auto-definição em tempos de incerteza, a questão da segurança se torna uma questão de sobrevivência. A personalidade se estabiliza com a sensação do pertencimento. A busca por identidade se torna uma luta intra-psíquica e intersubjetiva, quando a guerra de guerrilha pela auto-afirmação se torna uma luta pelo encontro da sensação de segurança perdida, de uma segurança que se descolou da existência e parece ser fugidia aos olhares

atônitos dos indivíduos pós-modernos, obcecados pela auto-definição. A ansiedade de si é uma marca destes tempos, cuja resposta escapa à maior parte das práticas assumidas como promissoras deste encontro.

No entanto, as frágeis aglomerações pós-modernas em torno de identidades construídas, todas elas construídas sobre fatores estéticos e não éticos, são paradoxalmente incapazes de preencherem o próprio vazio que se percebe projetado na atmosfera. A deflação do compromisso intersubjetivo é ela mesma a causa da necessidade vital de comunidades. Com isso, o campo do Direito se ressentido de uma clara perda de sentido, de ênfase social, pois, sufocado, este instrumental social perde o seu simbolismo de reforço da fraqueza individual, agora substituído pela força das aglomerações momentâneas e frágeis, passageiras e irrelevantes do ponto de vista da estrutura da vida social. Essa perda de sentido do Direito, a partir da experiência do individualismo contemporâneo, reduz seu papel transformador, na medida em que as energias utópicas que restam acomodadas em sua interna condição, em seu potencial de coordenação de ações sociais, se esvaziam na dimensão de um agir liquefeito no interior blindado de células sociais sem densidade reflexiva e sem capacidade de transformação. A cultura das comunidades serve, no máximo, com o mecanismo de auto-reconhecimento dos indivíduos pelo grupo.

A retomada da ética, bem como a retomada da política são as únicas saídas possíveis para os impasses da condição pós-moderna, duas alternativas que, elas mesmas, parecem estarem sendo muito pouco visitadas e que parecem despertar muito pouca capacidade de geração de adeptos, quando outras comunidades se tornaram mais convidativas pela aparência do que pela essência.

## BIBLIOGRAFIA

- ADORNO, Theodor W. *Palavras e sinais*. Tradução de Maria Helena Ruschel. Petrópolis: Vozes, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Prismas: crítica cultural e sociedade*. Tradução de Augustin Wernet e Jorge M. B. de Almeida. São Paulo: Ática, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Indústria cultural e sociedade*. Tradução de Julia Elizabeth Levy. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

<sup>20</sup>Bauman, *Modernidade e ambivalência*, 1999, p. 294.

- BAUMAN, Zygmunt. *Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Em busca da política*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.
- \_\_\_\_\_. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução de Mauro Gama; Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzein. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Modernidade e ambivalência*. Tradução. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- BENJAMIN, Walter. *Obras escolhidas*. Tradução de Sergio Paulo Roaunet. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- HORKHEIMER, Max. *Crítica de la razón instrumental*. Traducción de.. 2006.
- HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.
- LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 2. ed. Tradução de José Bragança de Miranda. Lisboa: Gradiva, 1989.
- MARCUSE, Herbert. *Eros e civilização: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud*. Tradução de Álvaro Cabral. 8. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1999.
- TÜRKE, Christoph. *Sociedade da sensação: a estetização da luta pela existência, in Ensaios frankfurtianos* (ZUIN, Antonio A. S.; PUCCI, Bruno; RAMOS DE OLIVEIRA, Newton), São Paulo, Cortez, ps. 61-74, 2004.

## **CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TUTELA LEGAL DA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS DE ANENCÉFALO RESOLUÇÃO CFM Nº 1.752/04**

Edna Raquel R. S. HOGEMANN<sup>1</sup>

### **RESUMO**

O presente trabalho tem a finalidade de apresentar uma abordagem bioética crítica a respeito dos debates em torno da tutela legal da doação de órgão de anencéfalo, perpassando desde a Resolução nº 1.752/04 que hoje permite ao médico fazer transplantes de órgãos do bebê anencéfalo até as possíveis modificações deste instrumento normativo, seus olhares e interpretações. Trata-se assim de analisar o aporte legal que ampara a retirada de órgãos de bebês anencéfalos para fins de transplantes, tanto na questão jurídica quanto na perspectiva da bioética mais geral. Realiza-se uma análise da atualidade do debate bioético que permeia e baliza a matéria e as perspectivas apontadas tanto da área da Medicina quanto da área do Direito.

### **ABSTRACT**

The present work purposes to present a critical bioethics boarding regarding the contents around the legal guardianship of the donation of agency of newborns with anencephaly, passing over the Resolution nº 1.752/04 that today allows the doctor to make transplants of agencies of newborns with anencephaly until the possible modifications of this normative instrument, its looks and interpretations. It is thus treated to analyze it arrives in port legal that the withdrawal of agencies of newborns with anencephaly for ends of transplants supports, as much in the legal question how much in the perspective of the most general bioethics. An analysis of the present time of the bioethics discussion is become fulfilled that encloses and in such a way marks out with buoys the substance and the pointed perspectives of the area of the Medicine as much as the area of the Law.

**PALAVRAS-CHAVES:** transplante – órgãos - anencéfalos

### **INTRODUÇÃO**

O progresso que a medicina vem experimentando nos últimos cinquenta anos permitiu que a qualidade da vida humana, mormente para os países mais desenvolvidos e para as classes mais abastadas, tivesse um incremento impensável. Essa continuada evolução tecnológica vem

modificando a prática da medicina, seja por meio de inovações na área dos métodos de diagnosticar e tratar das doenças ou na criação de novos remédios e equipamentos médicos.

Além do que, o incremento biotecnológico permitiu um nível de sofisticação tanto nos diagnósticos quanto nos tratamentos para diversas moléstias dantes tidas como

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito, membro da Sociedade Brasileira de Bioética e professora universitária das disciplinas Direito e Bioética, Direitos da Personalidade e Sociologia Jurídica e Judiciária. Autora do livro *Conflitos Bioéticos- O Caso da Clonagem Humana* (Lúmen Júris-2003).

incuráveis, e que hoje já não ceifam mais tantas vidas nem as limitam em qualidade.

Dentre os inúmeros benefícios vislumbrados, é de salientar-se, além do avanço das técnicas relacionadas aos transplantes de órgãos e tecidos, o combate da infertilidade, do desenvolvimento de novos métodos contraceptivos, das perspectivas do diagnóstico tanto em nível pré-implantatório, quanto pré-natal, que entre outras, permitiram com maior precisão o diagnóstico de fetos acometidos por anomalias constituídas pela má-formação anencefálica.

O objeto do presente ensaio se configura assim, numa análise dos aspectos bioéticos e biojurídicos conflitantes que envolvem a questão decorrente desses tremendos avanços no campo da medicina, qual seja os transplantes de órgãos dos fetos anencéfalos, mormente com o advento da Resolução n. 1752/04 do Conselho Federal de Medicina e as atuais perspectivas sobre a polêmica matéria.

## 1. SITUANDO A POLÊMICA

O problema do recém-nascido anencefalo assumiu nestes últimos anos uma importância cada vez maior sob vários aspectos: médico, técnico, jurídico, mas principalmente ético<sup>2</sup>.

Isto significa que, junto com o crescente interesse científico relativo aos transplantes, suscitado pelo feto anencefalo, aumentou também sobremaneira uma reflexão ética bastante extensa, reflexão esta que estava faltando no momento em que o problema se apresentou.

Um primeiro conjunto de problemas se refere à ausência de dispositivo legal que autorize a realização do aborto do feto anencefalo, a despeito de, nos últimos dez anos, terem sido registrados mais de 3.000 mil casos de abortos de anencéfalos realizados no Brasil<sup>3</sup>; ao tratamento médico do anencefalo após o nascimento: este aspecto se tornou mais evidente com a disponibilidade cada vez maior de meios de terapia intensiva e com os questionamentos que tal disponibilidade suscita neste caso particular, em

contrapartida à possibilidade da disposição dos órgãos do anencefalo para transplantes. Este último aspecto adquiriu grande importância devido aos progressos das técnicas dos transplantes nestes últimos anos; progressos que tornaram possíveis os transplantes também em idade neonatal e tornou mais visível a escassez de órgãos para esta específica faixa etária.

As regras para o transplante de órgãos do bebê com anencefalia, anomalia que impede o crescimento total do cérebro em nosso país, estão previstas na Resolução nº 1.752/04 que hoje permite ao médico fazer transplantes de órgãos do bebê anencefalo logo ao nascer, com autorização dos pais.

A Resolução nº 1.752/04 dispõe que, por não possuírem os hemisférios cerebrais, os anencéfalos são natimortos cerebrais que têm parada cardiorrespiratória ainda durante as primeiras horas pós-parto, quando muitos órgãos e tecidos podem ter sofrido franca hipoxemia, se tornam inviáveis para transplantes. Além do que, para os anencéfalos, por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, “são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica”<sup>4</sup>.

Os critérios da morte encefálica estão regulados pela Resolução CFM nº 1.480/97, que em seu artigo 3º, cita que a morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida, sendo certo que o bebê anencefalo é o resultado de um processo irreversível, de causa conhecida e sem qualquer possibilidade de sobrevivida, por não possuir a parte vital do cérebro. Desse modo, estariam atendidos os pressupostos fundamentais para o diagnóstico da morte encefálica autorizador para o procedimento do transplante dos órgãos, restando tão somente à autorização dos pais do bebê.

No entanto, as regras para o transplante de órgãos de bebês anencéfalos parecem estar com seus dias contados. O Ministério da Saúde, por meio do Sistema Nacional de Transplantes (SNT), pretende enviar ao Conselho Federal de Medicina (CFM) um pedido formal de revisão da Resolução nº 1.752/04 que hoje autoriza a realização dos transplantes de órgãos do bebê anencefalo logo ao nascer, com a permissão expressa dos pais.

<sup>2</sup> A estatística mundial mostra que uma em cada 1 mil mulheres dá a luz a um anencefalo: ‘No Brasil, esse número é maior ainda, maior do que o número de crianças que nascem com síndrome de Down’. (Débora Diniz, *Jornal da ciência*, SBPC, JC e-mail 2568, de 21 de Julho de 2004).

<sup>3</sup> Há mais de 10 anos, em uma conferência que proferiu no Auditório Petrônio Portela, do Senado Federal, o Prof. Jérôme Lejeune informava que existe um tratamento preventivo para a anencefalia e outras deformações fetais. “Laurence e Smithells descobriram que as mães que colocavam no mundo crianças portadoras de anencefalia (sem cérebro) ou com espinha bífida tinham uma taxa muito baixa de ácido fólico na sua corrente sanguínea. Propuseram, então, fazer um tratamento com as mães que já tivessem tido filho com esse mal, aconselhando-as a tomar ácido fólico antes de engravidar. Isso é feito hoje em todos os países no norte da Europa e a incidência da espinha bífida e da anencefalia se reduziu a 1/3 (um terço)”, disse Lejeune. (Humberto VIEIRA, *Dignidade do feto anencefalo e o porquê do não-aborto*, retirado do site <http://www.zenit.org/>, em 16.05.2006).

<sup>4</sup> DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. Resolução CFM nº 1.752, de 13.09.04, seção I, p. 140.

Depois de inúmeras reuniões em que foi discutida a matéria, centros como a Sociedade Brasileira de Pediatria, Academia Brasileira de Neurologia, Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos, Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e até mesmo representantes do Conselho Federal de Medicina chegaram, unanimemente, à mesma opinião defendida por representantes do governo federal, de que o bebê não nasce morto, ou seja, no sentido de considerar que apesar da anomalia, o bebê nasce com a capacidade de respirar. Isso significa que ele tem vida.<sup>5</sup> Assim, a polêmica estaria situada em determinar-se em que medida o diagnóstico de morte encefálica se aplica ou não aos bebês anencéfalos.

## 2. A MORTE EM DISCUSSÃO

Ambos os conceitos morte ou vida refletem a compreensão social dos limites possíveis da vida e baseiam-se na experiência vivida. Relacionam-se, por seu turno, de forma complexa com o conhecimento científico.

Os critérios para o estabelecimento do diagnóstico morte refletem o que se julga necessário acontecer – à luz do conhecimento fisiopatológico – para que aquilo que se estabelece como morte possa ocorrer.

Os testes utilizados são os procedimentos práticos que ajudam a determinar quando os critérios são satisfeitos, ou seja, quando ocorre a morte.

Nos últimos cinquenta anos os avanços técnico – científicos na área da medicina introduziram na prática da medicina clínica novos conceitos de morte, cujo diagnóstico implica a execução de uma elaborada lista de provas. A coexistência desses vários critérios de morte tem sido assunto controverso e sujeito a permanente debate.

### 2.1. CRITÉRIOS PARA UM DIAGNÓSTICO DE MORTE

Há não muito tempo considerava-se que o corpo e a mente deixavam de funcionar ao mesmo tempo. Morria-se quando se exalava “o último suspiro” e quando o coração deixava de bater. Os testes utilizados no diagnóstico de morte, assim, não levantavam problemas de ordem prática: palpar o pulso e auscultar o coração e os pulmões, ou tão

somente segurar um espelho junto ao nariz para confirmar a ausência de respiração através da falta de condensação no espelho.

A morte não é um evento, mas sim um processo. O conceito jurídico de morte considera um determinado ponto desse processo biológico. O sentido jurídico de morte não é simplesmente o término da existência terrena do homem, mas a situação, determinada por lei, em que a pessoa humana é vista como não tendo mais existência. Entretanto, a norma não estabelece o critério para caracterizar a morte, deixando a questão em aberto para ser respondida pela medicina. Cabe ao médico determinar o momento da morte, pois é isso que interessa do ponto de vista jurídico.

O diagnóstico da morte tem variado ao longo dos tempos. Até três ou quatro séculos atrás, a constatação da morte ocorria com a putrefação cadavérica. Posteriormente, foi estabelecido critério respiratório como definidor de morte: estava morto todo aquele que não mais respirasse. Nesta época, eram utilizados espelhos e penas para a aferição da respiração. Se o espelho ficasse molhado pelo vapor dos pulmões ou se a pena se movesse era sinal que a vida ainda não havia cessado e o indivíduo ainda existia, para todos os fins de direito.<sup>6</sup>

Este critério, no entanto, mostrava-se altamente falho, pois casos havia em que a respiração era muitíssimo fraca, imperceptível, incapaz de mover a pena ou marcar o espelho. E findava por ocorrer casos em que, mesmo respirando e, portanto, vivas, pessoas ditas como mortas, e deixavam de receber auxílio médico adequado que lhes poderia evitar o fim trágico.

A criação dos aparelhos de ventilação mecânica, aliado à falibilidade do método, foram decisivos para que este critério fosse abandonado, cedendo espaço à aferição da existência ou não de vida através dos batimentos cardíacos. Com base neste critério, estaria morto todo aquele que deixasse de ter seu sangue circulando pelo corpo, todo aquele cujo coração parasse de bater. Durante muito tempo, adotou-se a parada cardiorrespiratória como índice demarcador do fim da vida. Mas, a evolução da ciência, a aplicação de massagens cardíacas e de desfibriladores fez com que a morte circulatória pudesse ser amplamente revertida.

Só que estes procedimentos causaram um fenômeno outrora impensável: o grande número de pacientes que, em

<sup>5</sup> O debate sobre a Bioética. Retirado do site [https://www.sbp.com.br/show\\_item2.cfm?id\\_categoria=21&id\\_detalhe=2176&tipo\\_detalhe=s](https://www.sbp.com.br/show_item2.cfm?id_categoria=21&id_detalhe=2176&tipo_detalhe=s), pesquisa em 03.06.2006, às 16:00.

<sup>6</sup> ALBERNAZ, Pedro Luiz Mangabeira. Judaísmo e temas polêmicos: doar órgãos: mais do que um ato de amor, uma Mitzvá. Disponível em: [www.shalom.org.br/temas\\_orgaos.html](http://www.shalom.org.br/temas_orgaos.html).

razão da falta de oxigenação de seus cérebros decorrentes de parada cardíaco-respiratória ou de danos cerebrais causados por choques mecânicos, sem consciência e em estado vegetativo por longos anos, sem que apresentassem qualquer tipo de melhora – permanecendo vivas até que o músculo cardíaco cessasse de bater.

Paralelamente, novas e sofisticadas técnicas médicas foram desenvolvidas e passaram a permitir a realização de transplantes de órgãos (principalmente o coração) com grandes chances de sobrevivência para o transplantado. Mas para que os objetivos desta nova técnica fossem alcançados era necessário que tais órgãos estivessem em funcionamento nos instantes imediatamente anteriores ao transplante, sob pena de perecimento do órgão. Assim, surgiu a questão de que não era mais possível esperar a parada cardíaca do indivíduo para que o transplante fosse realizado.

No Brasil, com a aprovação da Lei dos Transplantes (Lei nº 9.434, de 4.2.97, art. 3º), o ordenamento jurídico passou a adotar a morte encefálica como indicador de fim da vida. Contudo, isto não significa que os demais tecidos e órgãos estejam mortos. A morte encefálica simplesmente atesta a total impossibilidade de vida como indivíduo. Se assim não fosse, não seria lícito retirar um coração pulsante para transplante. E por essa regra se encontram excluídos os casos dos bebês anencéfalos, cujo diagnóstico de morte estaria prejudicado em razão da inexistência do órgão responsável pela viabilidade da determinação da morte cerebral.

Os critérios fixados pela Resolução CFM nº 1.480/97, previstos na lei acima citada e aplicados em indivíduos com encéfalo, consideram, para que se tenha a efetiva certeza da irreversibilidade, que todo o encéfalo esteja sem vida. Como o anencéfalo não possui cérebro, não há que se falar em possibilidade de vida – visto que a natureza, previamente, inviabilizou qualquer potencialidade.

Embora já se soubesse que a morte, mais do que um momento, é um processo mais ou menos longo, foi o desenvolvimento tecnológico do mundo moderno – ao permitir que, através de diversos aparelhos<sup>7</sup>, muitas pessoas permanecessem vivas embora privadas de algumas funções antes consideradas vitais –, o responsável pelo fim da morte como fenômeno único.

Criou-se um vazio conceitual e as definições foram-se sucedendo, tendo sido a morte definida como: a perda de fluidos vitais; a separação da alma; a perda irreversível da capacidade de integração do corpo; a perda irreversível da capacidade de consciência e integração social; foram considerados critérios de morte o cessar irreversível do funcionamento: de todas as células, tecidos e órgãos; do coração e dos pulmões; de todo o encéfalo; do córtex cerebral; do tronco cerebral; da capacidade corporal da consciência<sup>8</sup>.

O conceito de irreversibilidade também só teve necessidade de ser introduzido na definição de morte quando, em cirurgias de coração aberto, os doentes vivos foram colocados em respiração e circulação artificial cumprindo os critérios de morte cardiorrespiratória. Estava estabelecida a confusão entre conceito, critérios e testes de diagnóstico.

Em 1967, na África do Sul, Christian Barnard realiza o primeiro transplante cardíaco. Um mês depois, é criado nos EUA o Comitê Ad Hoc da Faculdade de Medicina de Harvard, que tem como função estabelecer os critérios de morte cerebral. Em Agosto de 1968, são publicadas no *Journal of American Medical Association* as decisões normativas desta comissão que apontam no sentido de apontar como critério escolhido o da morte encefálica (cérebro e tronco cerebral) e exigia a ausência de atividade elétrica confirmada por eletroencefalograma.

Desde então, apesar da ratificação por quase todos os países, inclusive o Brasil, dos critérios de morte cerebral, há em relação à matéria permanente polêmica. Se a definição de morte é eminentemente filosófica, os critérios e os testes são do foro médico, e foram surgindo trabalhos de investigação na comunidade médica que têm posto em causa os critérios e testes utilizados e que provocaram a introdução de modificações ao texto inicial.

Em 1981, foi desenvolvido nos EUA pela President's Commission for the study of Ethical Problems a UDDA (Uniform Determination of Death Act) o estabelecimento de dois critérios para o diagnóstico de morte: a) Cessação irreversível da função respiratória e circulatória e cessação irreversível de todas as funções de todo o encéfalo incluindo o tronco. A UDDA reconhece que a morte, na grande maioria dos casos, pode ser determinada por critérios cardíaco-pulmonares, mas também permite a morte cerebral quando a função cardíaco-respiratória é mantida artificialmente<sup>9</sup>.

7 Foi na década de 50 que surgiram em larga escala os primeiros aparelhos capazes de executar funções orgânicas, permitindo prolongar artificialmente a vida: os ventiladores, executando a função respiratória e os hemodialisadores substituindo o rim.

Este desenvolvimento

8 LIMA, Cristina. Do conceito ao diagnóstico de morte: controvérsias e dilemas éticos, in *Medicina Interna*, revista da Sociedade Portuguesa de Medicina Interna, vol.12 | nº 1 | jan/mar 2005, p.7 e ss.

9 LIMA. Op. cit. p 6.

## 2.2 O FUTURO DA MORTE

O progresso vertiginoso no campo da biotecnologia de ponta e das pesquisas da medicina regenerativa, aliado ao avanço da tecnologia de manutenção e reparo dos pacientes com lesão cerebral está fazendo com que a definição de morte esteja mudando rapidamente.

Os principais teóricos da morte cerebral recentemente concluíram que a iniciativa para definir um padrão final de morte deve ser abandonada em favor de um conjunto de perguntas mais pragmáticas: quando alguém está “suficientemente morto” para interromper o suporte à vida, transplantar órgãos, efetivar testamentos e enterrar o corpo?<sup>10</sup> O avanço da tecnologia de cuidados essenciais também está desafiando a irreversibilidade. As atuais definições de morte cerebral têm como predicado a suposição de que esses pacientes não podem se manter em vida física, mas hoje está demonstrado que isso não é verdade.

As tecnologias que surgem para tratamento de danos cerebrais aprofundarão o dilema das atuais leis e práticas sobre a declaração de morte cerebral. As condições antes consideradas como morte passarão a ser reversíveis, exigindo a elaboração de novas leis, definições e práticas relativas à morte.

## 3. ANENCÉFALO: VIVO OU NATIMORTO?

Quando o CFM autorizou em 13 de setembro de 2004 o uso de órgãos dos anencéfalos para transplante, considerou o bebê portador da anomalia como natimorto cerebral. “A espera pela morte do tronco cerebral para garantir a existência de morte cerebral só pode ser aplicada nos que têm cérebro. Quem não tem cérebro, como é o caso do anencéfalo, não pode sofrer o mesmo critério.”

Como já dito, a Resolução do CFM considera o anencéfalo como natimorto cerebral. Como não tem cérebro, já seria um natimorto cerebral. Mas do ponto de vista legal, jurídico e mesmo médico, a questão é muito polêmica. Primeiro, porque se trata de uma Resolução e não de uma lei constante de nosso ordenamento jurídico, o que lhe retira a força coativa; segundo por que ao realizar-se uma interpretação gramatical da lei, o indivíduo que nasce e respira espontaneamente – e é o caso, porque o anencéfalo tem o tronco cerebral que comanda a respiração – está vivo. Desse modo, instalada se encontra a personalidade civil, que é a disposição genérica de exercer direitos e obrigações, como pessoa juridicamente capaz, adquiridos após o nascimento com vida, independente das condições de viabilidade e da

qualidade dessa vida. Então, aí surge a polêmica bioética e biojurídica que ensejam os bebês nascidos com esse tipo de anomalia cerebral, caracterizada por uma situação anômica, em razão dos conflitos das normas. O critério utilizado para estabelecer o nascimento com vida aparentemente não se coaduna com o critério que determina o evento morte.

## 3.1 CRITÉRIOS PARA UM DIAGNÓSTICO DE UM NASCIMENTO COM VIDA

O vocábulo *docimasia* encontra suas raízes etimológicas no grego, *dokimasia*, e corresponde ao francês *docimasia*, experiência, prova. A Docimasia Hidrostática de Galeno é uma medida pericial, de caráter médico-legal, destinada a verificar se uma criança nasceu viva ou morta, vale dizer, se chegou a respirar.

Depois de haver respirado, o recém-nascido tem os pulmões cheios de ar; colocados na água, estes flutuam, o que não ocorre com os pulmões que não respiram. Se não afundarem, portanto, houve respiração, vida. Daí, a denominação *docimasia pulmonar hidrostática* de Galeno.

A *docimasia* apresenta imensa utilidade para o direito, na determinação do momento da morte, pois a demonstração de que a pessoa tenha vindo à luz já morta ou que tenha nascido viva acarreta consequências jurídicas. Se um homem vem a falecer, deixando sua mulher grávida, e a criança vêm à luz morta, o patrimônio do falecido transmite-se aos herdeiros deste, que poderão ser seus genitores; mas se a criança vier à luz viva, morrendo no momento subsequente ao do nascimento, o patrimônio do pai passará aos herdeiros da criança, no caso, sua mãe.

No caso específico dos bebês anencéfalos o dilema bioético reside no fato de que não podem ser considerados como natimortos os que efetivamente conseguem manter a função respiratória, visto que, objetivamente, ainda que com ajuda de aparelhos, conseguem respirar. Por outro lado, não possuem as funções cerebrais definidas, o que é essencial para o diagnóstico morte. Estariam vivos ou natimortos?

D’Agostino ao discorrer sobre a questão enfatiza que o feto anencéfalo é gravemente deficiente no plano neurológico. Faltam-lhe as funções que dependem do córtex. Estão ausentes, não somente os fenômenos da vida psíquica, mas também a sensibilidade, a mobilidade, a integração de quase todas as funções corpóreas. Em geral é possível um controle mais ou menos eficaz da função respiratória e circulatória, funções que dependem das estruturas localizadas no tronco encefálico<sup>11</sup>.

10 HUGHES, James J. Death’s Future, in *Journal of Evolution and Technology*, retirado do site: <http://www.transhumanism.org/index.php/WTA/more/205/>, em 31.05.2006, às 23:10.

11 D’AGOSTINO, Francesco. O recém-nascido anencéfalo e a doação de órgãos, COMITÊ NACIONAL PARA A BIOÉTICA, texto aprovado pelo C.N.B. em 21 de junho de 1996. retirado do site: <http://providafamilia.org/doc.php?doc=doc48822>, em 31.05.2006, às 23:37.

Mesmo com os atuais tratamentos a sobrevida do bebê anencéfalo é curta. O registro da British Columbia no período 1952-1981 registrou 450 anencéfalos, dos quais 60% nascidos mortos e 40% nascidos vivos. Dos 180 nascidos vivos, 58% não sobreviveram além das 24 horas. A mortalidade até 72 horas foi de 86% e de 98% até uma semana<sup>12</sup>. Por outro lado, apesar de uma expectativa de vida tão reduzida não é sempre possível definir a iminência do óbito e a duração da vida pode ser influenciada em muito pelos tratamentos intensivos<sup>13</sup>.

#### 4. A POSSIBILIDADE DE DOAÇÃO DE ÓRGÃOS DOS ANENCÉFALOS

A cada 1.600 crianças, uma nasce com anencefalia. Cerca da metade nasce com vida. Dessas, a maior parte morre em horas e apenas 8% sobrevivem mais de uma semana. “O anencéfalo nasce sem partes vitais do encéfalo, como cérebro, crânio e cerebelo (parte que coordena os movimentos comandados pelo cérebro)”, explica Gherperlli. “O corpo não consegue manter, por exemplo, a pressão arterial adequada. Com isso, os órgãos não são irrigados como devem e vão falindo aos poucos. O anencéfalo nasce com os órgãos preservados. Mas quanto mais rápido for o transplante, melhor.”<sup>14</sup>.

No caso de doação de órgãos do anencéfalo, dias podem fazer toda a diferença. “Um anencéfalo só é um bom doador ao nascer”, afirma Miguel Barbero, diretor da Unidade Cirúrgica Pediátrica do Instituto do Coração (Incor). Com o passar do tempo, os órgãos vão se degradando, já que faltam estímulos nervosos para o funcionamento do organismo.

Um dos receptores que mais podem se beneficiar do transplante de órgãos de um anencéfalo são os bebês que nascem com uma doença chamada de síndrome da hipoplasia do ventrículo esquerdo. Trata-se de um dos problemas mais diagnosticados da vida intra-uterina - a incidência é de 0,6 para cada mil bebês nascidos vivos<sup>15</sup>. A hipoplasia é responsável por 22% de todas as mortes cardíacas de bebês na primeira semana de vida.

Os critérios utilizados para o estabelecimento da Resolução CFM nº 1.752/04 que dispõe sobre a possibilidade da doação de órgãos de anencéfalos logo após o nascimento, com a devida autorização dos genitores, estão fundados no pressuposto essencial de que os anencéfalos são natimortos cerebrais (por não possuírem os hemisférios cerebrais) e que por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica.

Essa discussão recebeu novos aportes a começar com a negativa do Superior Tribunal de Justiça em conceder prosseguimento ao Mandado de Injunção ajuizado pelo Instituto Ponto de Equilíbrio – Elo Social Brasil para a complementação da Lei de Doação de Órgãos (Lei nº 9.434, de 1997). O instituto pretendia acrescentar à lei um parágrafo único no qual fosse determinado que “a criança que nascer sem cérebro e seus familiares quiserem doar seus órgãos, terra (sic) o laudo que ateste a falta de cérebro como substituto do laudo que atestaria morte cerebral”<sup>16</sup>. Um outro aporte, que está provocando ainda mais polêmica, foi a apresentação na Câmara dos Deputados do Projeto de Lei 6599/06, do deputado Marcos Abramo (PP-SP), que autoriza a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo de bebês anencéfalos.

Atualmente, a Lei de Transplantes (Lei 9434/97) só permite que seja doador quem tiver morte encefálica comprovada. Como não possuem cérebro, os anencéfalos não são incluídos entre os doadores. Essa iniciativa do parlamentar foi decorrência do debate em nível nacional provocado pela divulgação pela mídia do caso do bebê que sofria de hipoplasia e morreu em abril de 2006, por falta de doador.

O texto do projeto de lei não modifica outras exigências contidas na norma do CFM. Além da autorização dos familiares para o transplante, mantém a exigência de regulamentação técnica pelo CFM para garantir a segurança no processo de doação de órgãos de anencéfalos. A anencefalia, assim como a morte cerebral, deverá ser constatada e registrada por dois médicos que não participem das equipes de remoção e transplante.

<sup>12</sup> POMERANCE J.J., MORRISON A., SCHIFRIN B.S. et al., Anencephalic infants: life expectancy and organ donation, J. Perinatol., In press.

<sup>13</sup> SHEWMON D.A., CAPRON A.M., WAARWICK J. et al., The use of anencephalic infants as organ sources. A critique, JAMA, March 24-31 Vol. 261, n12, 1989.

<sup>14</sup> Conf. José Dias Gherperlli, do Departamento Científico de Neurologia Infantil da Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos e presidente do Departamento de Neurologia da Sociedade Brasileira de Pediatria.

<sup>15</sup> No fim de 2005, o transplante de órgãos do anencéfalo veio à tona com o caso do bebê Arthur, que começou no Hospital Pró-Cardíaco, no Rio de Janeiro, e terminou no Incor, em São Paulo. Ele sofria de hipoplasia e morreu em abril, por falta de doador. Rafael Paim, o pai do bebê, bem que tentou. “Na época, apareceram 18 famílias dispostas a doar o coração do filho anencéfalo para o Arthur. Dois eram compatíveis com o peso do meu filho. Cheguei até a entrar na Justiça para ter a garantia de que meu filho pudesse ser operado, mas foi tarde demais”, lembra Paim. O bebê Arthur teria sido o primeiro a se beneficiar da Resolução nº 1.752/04.

<sup>16</sup> Notícias. Retirado do site: [www.biodireito-medicina.com.br](http://www.biodireito-medicina.com.br), em 13.01.2006.

Ocorre que, recentemente representantes de várias entidades se reuniram em Brasília para debater a posição do Ministério da Saúde a esse respeito. Depois intensos debates, centros como SBP, Academia Brasileira de Neurologia, Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos, Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e até mesmo representantes do CFM chegaram, unanimemente, à mesma opinião já admitida pelo governo, de que o bebê anencéfalo não nasce morto<sup>17</sup>.

Para Marco Segre, da Comissão de Bioética do Hospital das Clínicas e professor emérito de bioética da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), a atitude do governo federal é “fundamentalista”. “Não permitir o transplante imediato de um bebê que vai ter dias ou semanas de vida é uma atitude fundamentalista. Faz parte da definição de morte encefálica a irreversibilidade da situação. O bebê com anencefalia não vai sobreviver. Isso é irreversível.”<sup>18</sup>

## CONCLUSÃO

Embora muito sensível e dividida sobre questões bioéticas, por sinal objetivamente cruciais, como a fecundação assistida, a eutanásia, o estatuto moral do embrião humano, a opinião pública tem com certeza bem poucas dúvidas no que se refere à liceidade ética da doação de órgãos e de maneira mais geral dos transplantes. No que diz respeito à questão dos transplantes, essa prática provavelmente ainda suscita sentimentos complexos caracterizados por uma estreitíssima alternância entre admiração e temor, que o digam os casos escabrosos e nunca comprovados de seqüestros de crianças em shoppings para retirada de órgãos e outros tantos que povoam o imaginário urbano nacional, mas que mesmo assim parece já ter entrado numa lógica de rotina, de altíssimo nível.

Mas com relação aos recentes acontecimentos envolvendo casos de fetos portadores de anomalias cerebrais que foram objeto do mórbido interesse da mídia, a saber: os casos de pedido de autorização judiciais para aborto e autorização para retirada de órgãos para transplantes, todos negados pelos tribunais superiores, as questões bioéticas continuam a apresentar-se, embora em formas a envolver e muito a atenção neurótica dos meios de comunicação de massa: em particular, justamente aquele da doação de órgãos na infância a partir do bebê anencéfalo.

Nesse caso em específico o que está em discussão são conceitos jurídicos superados diante dos avanços da Medicina e que carecem de uma discussão ampla por parte da sociedade, que leve em consideração categorias dantes

tidas como absolutas e que, em razão dessa nova realidade a partir da conjugação ciência e técnica se encontram superadas. Não há mais como falar-se em vida sem qualidade de vida e em morte sem a apreciação das verdadeiras fronteiras desta, que estão muito longe de ser o que a ficção jurídica pretende.

## REFERÊNCIAS

ALBERNAZ, Pedro Luiz Mangabeira. Judaísmo e temas polêmicos: doar órgãos: mais do que um ato de amor, uma Mitzvá. Disponível em: [www.shalom.org.br/temas\\_organos.html](http://www.shalom.org.br/temas_organos.html).

D'AGOSTINO, Francesco. O recém-nascido anencéfalo e a doação de órgãos, COMITÊ NACIONAL PARA A BIOÉTICA, texto aprovado pelo C.N.B. em 21 de junho de 1996. retirado do site: <http://providafamilia.org/doc.php?doc=doc48822>, em 31.05.2006, às 23:37.

DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. Resolução CFM nº 1.752, de 13.09.04, seção I, p. 140.

DINIZ, Débora, *Jornal da ciência*, SBPC, JC e-mail 2568, de 21 de Julho de 2004.

O debate sobre a Bioética. Retirado do site [https://www.sbp.com.br/show\\_item2.cfm?id\\_categoria=21&id\\_detalhe=2176](https://www.sbp.com.br/show_item2.cfm?id_categoria=21&id_detalhe=2176) &tipo\_detalhe=s, pesquisa em 03.06.2006, às 16:00.

HUGHES, James J. *Death's Future*, in *Journal of Evolution and Technology*, retirado do site:

<http://www.transhumanism.org/index.php/WTA/more/205>, em 31.05.2006, às 23:10.

LIMA, Cristina. Do conceito ao diagnóstico de morte: controvérsias e dilemas éticos, in *Medicina Interna*, revista da Sociedade Portuguesa de Medicina Interna, vol.12 | nº 1 | jan/mar 2005, p.7 e ss.

POMERANCE J.J., MORRISON A., SCHIFRIN B.S. et al., *Anencephalic infants: life expectancy and organ donation*, *J. Perinatol.*, In press.

SHEWMON D.A., CAPRON A.M., WAARWICK J. et al., *The use of anencephalic infants as organ sources. A critique*, *JAMA*, March 24-31 Vol. 261, n12, 1989.

VIEIRA, Humberto. *Dignidade do feto anencéfalo e o porquê do não-aborto*, retirado do site <http://www.zenit.org/>, em 16.05.2006.

<sup>17</sup> *Governo contesta doação de órgãos de anencéfalo*. *Jornal O Estado de São Paulo*, 01 de junho de 2006.

<sup>18</sup>

**ANEXO I****RESOLUÇÃO CFM Nº 1.752/04**

Considerando que os anencéfalos podem dispor de órgãos e tecidos viáveis para transplantes, principalmente em crianças;

Considerando que as crianças devem preferencialmente receber órgãos com dimensões compatíveis;

Considerando que a Resolução CFM nº 1.480/97, em seu artigo 3º, cita que a morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida, sendo o anencéfalo o resultado de um processo irreversível, de causa conhecida e sem qualquer possibilidade de sobrevida, por não possuir a parte vital do cérebro;

Considerando que os pais demonstram o mais elevado sentimento de solidariedade quando, ao invés de solicitar uma antecipação terapêutica do parto, optam por gestar um ente que sabem que jamais viverá doando seus órgãos e tecidos possíveis de serem transplantados;

Considerando o Parecer CFM nº 24/03, aprovado na sessão plenária de nove de maio de 2003;

Considerando o Fórum Nacional sobre Anencefalia e Doação de Órgãos, realizado em 16 de junho de 2004 na sede do CFM; Considerando as várias contribuições recebidas de instituições éticas, científicas e legais;

Considerando a decisão do Plenário do Conselho Federal de Medicina, em oito de setembro de 2004,

Resolve:

Art. 1º Uma vez autorizado formalmente pelos pais, o médico poderá realizar o transplante de órgãos e/ou tecidos do anencéfalo, após o seu nascimento.

Art. 2º A vontade dos pais deve ser manifestada formalmente, no mínimo 15 dias antes da data provável do nascimento.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

Art. 4º Esta resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

Brasília-DF, oito de setembro de 2004.

Edson de Oliveira Andrade

Presidente

Rubens dos Santos Silva

Secretário-Geral

## ANEXO II

### PROJETO DE LEI N° 6599/2006

#### (DO SR. MARCO ABRAMO )

Altera a Lei n° 9.434, de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplantes e tratamento, para permitir que portadores de anencefalia sejam doadores de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1° O art. 3° Da Lei n° 9.434, de 1997, passa a vigorar com a seguinte redação.

“Art. 3° A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica ou de anencefalia, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.”

(NR)

Art.2° Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

#### JUSTIFICAÇÃO

A proposição que ora apresentamos tem como objetivo primordial a defesa e a proteção do bem maior de toda a humanidade: a vida.

A sociedade brasileira tem vivenciado ao longo do tempo a grande luta travada por milhões de cidadãos pela preservação de suas vidas ou a de seus familiares, que dependem de um órgão ou tecido de outro cidadão.

Entre a identificação da necessidade de um novo órgão e a realização do transplante normalmente transcorre um período longo e traumático, em que sofrem o paciente, sua família e, muitas vezes, toda a sociedade.

Esse processo é complexo, extremamente difícil e nem sempre bem sucedido. São muitas as razões para tantas dificuldades. Uma delas é, ainda, a baixa capacidade operacional do sistema nacional de transplantes, que, embora tenha melhorado em vários aspectos nos últimos anos, ainda está muito aquém da necessidade de nossa sociedade.

Não se têm profissionais e equipes de transplantes suficientes e atuantes em todo o País. Os centros de captação, também, não são capazes de atender a demanda. Essa baixa eficiência na gestão do sistema agrava ainda mais o maior dos problemas na área: a carência de praticamente todos os tipos de órgãos e tecidos, em face da demanda sempre crescente.

Há que se admitir, todavia, que houve avanços na conscientização de nossa sociedade em relação à importância da doação, embora ainda não de maneira suficiente para suprir o déficit.

Assim, a falta de órgãos para milhares de brasileiros, que enfrentam a mais dramática das filas, é uma realidade insofismável e indiscutível.

Essa gravíssima situação faz com que cada órgão disponível, cada doador, cada possibilidade de se doar ganhe uma relevância transcendental. Trata-se da oportunidade mais nobre para o ser humano. Salvar uma vida.

Urge, nesse contexto, equacionar a grande polêmica surgida em torno da possibilidade jurídica da doação de órgãos de anencéfalos.

Protelar essa definição significa condenar à morte dezenas de recém-nascidos que necessitem de alguma modalidade de transplante.

ordem de idéias, que o Ministério da Saúde decidiu autorizar um transplante de órgãos de anencefalos, com base na Resolução do CFM, no conhecido caso do menino Artur.

Toda essa polêmica e insegurança indicam, de forma clara, a necessidade imperiosa de que se promova a adequada atualização das normas sobre transplantes de doação de órgãos.

A visão técnica e científica que balizou a interpretação da legislação em vigor, equiparando o diagnóstico de anencefalia ao diagnóstico de morte encefálica, parece-nos adequada e correta e deve servir de base para as mudanças que se pretende implementar.

Evidentemente, em tema tão complexo, que envolve questões de ordem cultural, ética, social, científica entre outras, sempre surgirão divergências. Temos, contudo, a convicção de que não se pode mais protelar uma definição legal sobre a matéria.

Nesse sentido que se apresenta o presente Projeto de Lei, que, com uma simples modificação do art. 3º da Lei de Transplantes, pretende encerrar a polêmica interpretativa sobre a possibilidade de os anencefalos serem doadores.

Assim, a condição necessária para que se possa promover a retirada de órgãos, tecidos ou parte do corpo humano para fins de transplante passa a ser o diagnóstico ou de morte encefálica ou de anencefalia.

Entendemos ser desnecessária qualquer outra alteração na lei em vigor, porque as exigências já previstas, como as de autorização de familiares ou de regulamentação técnica pelo CFM, entre outras, mostram-se suficientes para garantir a necessária segurança no processo de doação de órgãos de anencefalos.

Por tudo que se expôs, entendemos que a proposição que ora se submete a esta Casa cultiva os mais elevados valores de nossa sociedade. Será, sem qualquer dúvida, um grande momento de celebração da vida, da solidariedade e do amor ao próximo, razões que nos parecem fortes e

suficientes para conclamar aos nobres Colegas a apoiarem a presente iniciativa

**Deputado MARCOS ABRAMO**

## **RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS, DOS HOSPITAIS E DAS SEGURADORAS E OPERADORAS DE PLANOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE POR ERRO MÉDICO**

Mario VIOLA\*

### **RESUMO**

Este trabalho aborda o tema da responsabilidade civil decorrente de erro médico, e sua atribuição tanto ao profissional quanto aos hospitais, seguradoras e operadoras de planos de assistência à saúde, com base na legislação ordinária de direito privado, bem como em análise jurisprudencial, visando determinar o tipo de responsabilidade e de obrigação de cada um desses partícipes.

**Palavras-chave:** responsabilidade civil, erro médico, obrigação de meio.

### **ABSTRACT**

This work broaches the subject of legal responsibility due to medical error, and its appliance to the health-care provider, as well as to hospitals, insurance companies and health plans services, based upon ordinary legislation and Court decisions, aiming to determine each one's responsibility and obligation.

**Key-words:** legal responsibility, medical error, obligation of means.

### **1. INTRODUÇÃO**

A gigantesca evolução da ciência e da medicina nas últimas décadas possibilitou a realização de novos procedimentos médicos, como exames, cirurgias, tratamentos ou mesmo diagnósticos, capazes de identificar e tratar doenças que, até pouco tempo, não se sabia sequer que existiam.

O presente trabalho se preocupa com responsabilidade civil decorrente da atividade do médico, dos hospitais e das seguradoras e operadoras de planos de assistência à saúde por ocorrência de erro médico.

Analisaremos a situação da responsabilidade civil por erro médico no ordenamento civil, tanto no Código de Defesa do Consumidor quanto no Código Civil e na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, avaliando o tipo de

---

\* Mestrando em Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Especialista em Direito do Consumidor pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Especialista em Direito Privado pela Universidade Federal Fluminense.

responsabilidade e de obrigação que cada um dos partícipes possui. Comentaremos as defesas cabíveis em juízo face às ações ajuizadas pelos consumidores, analisando decisões dos tribunais e, finalmente, traçarei um panorama geral da responsabilidade civil dos médicos, hospitais e seguradoras e operadoras de planos de assistência à saúde, sem a pretensão de esgotar o assunto.

## 2. A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO

A relação médico-paciente, desde seus primórdios, tem como parâmetro a confiança. Confiança esta depositada não na medicina, mas diretamente no médico. Nas palavras de Zelmo Denari “os médicos e advogados – para citarmos alguns dos mais conhecidos profissionais – são contratados ou constituídos com base na confiança que inspiram aos respectivos clientes.”<sup>1</sup>

“O médico é, ao mesmo tempo que conselheiro, protetor e guarda do enfermo que lhe reclama os cuidados profissionais. Diante disso, a soma excepcional de poderes do médico corresponde à característica limitação das faculdades do cliente.”<sup>2</sup>

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, revolucionando o nosso ordenamento jurídico, estabeleceu como regra para as relações de consumo a responsabilidade objetiva do causador do dano, em oposição à regra geral do Código Civil de 1916. Porém, atento às peculiaridades das relações de confiança, fez uma ressalva a tal regra no § 4º do seu art. 14, o que se nota nos comentários do mestre Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, onde o conceituado autor diz que o Código, “em todo o seu sistema, prevê uma única exceção ao princípio da responsabilização para os acidentes de consumo: os serviços prestados por profissionais liberais” – dentre eles o médico – para os quais se manteve “o sistema tradicional baseado na culpa.”<sup>3</sup>

Já o atual Código Civil, promulgado quase dez anos após o citado Código de Defesa do Consumidor, trouxe duas cláusulas gerais, uma de responsabilidade subjetiva,

em seu art. 186, e outra de responsabilidade objetiva, no parágrafo único do art. 927<sup>4</sup>, para as atividades que por sua natureza impliquem risco aos direitos de outrem.

Para alguns a previsão contida no parágrafo único do art. 927 do atual Código Civil poderia indicar que, no tocante à atividade médica, que traz eminente risco a direitos do paciente (à sua saúde, integridade física ou mesmo à sua vida), não teria mais aplicação a exceção prevista no §4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.<sup>5</sup>

Esse entendimento, entretanto, não prevalece na doutrina, onde se entende que no caso do médico, profissional liberal, “será necessário comprovar seu atuar culposo para obter a reparação do dano sofrido, ainda que se entenda aplicável apenas o Código Civil (art. 951)”<sup>6</sup>. De todo modo, tanto a jurisprudência como a maioria absoluta da doutrina, entende ainda aplicável aos médicos o §4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, sendo sua responsabilidade subjetiva.

Nesse sentido, valer citar recente decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL. ERRO MÉDICO. CIRURGIÃO PLÁSTICO. PROFISSIONAL LIBERAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES. PRESCRIÇÃO CONSUMERISTA.

I - Conforme precedentes firmados pelas turmas que compõem a Segunda Sessão, é de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados pelos profissionais liberais, com as ressalvas do § 4º do artigo 14.

II - O fato de se exigir comprovação da culpa para poder responsabilizar o profissional liberal pelos serviços prestados de forma inadequada, não é motivo suficiente para afastar a regra de prescrição estabelecida no artigo 27 da legislação consumerista,

<sup>1</sup> DENARI, Zelmo et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do projeto. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. Pág. 176.

<sup>2</sup> TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 2. Rio de Janeiro: Padma, abr/jun 2000. Pág. 42.

<sup>3</sup> BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e Apud KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil do médico. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Pág. 180/181.

<sup>4</sup> CARVALHO, Fabrício Silva de. Cláusula Geral de responsabilidade objetiva e a responsabilidade civil dos profissionais liberais nas relações de consumo. Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 15. Rio de Janeiro: Padma, jul/set 2003. Pág. 271.

<sup>5</sup> CARVALHO, Fabrício Silva de. Cláusula Ob. cit. Pág. 277: “Diante de tais considerações, no caso específico do profissional liberal que desenvolve atividade de risco nas relações de consumo, parece-me que não merece ser aplicada a regra inserida no §4º do artigo 14 da Lei 8.078/90, e sim o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, sob pena de se atribuir ao consumidor, notadamente vulnerável, maiores entraves para ser reparado pelos danos por ele sofridos do que ao não-consumidor numa relação travada entre duas partes presumidamente iguais, o que colidiria com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da proteção do consumidor.

<sup>6</sup> BARBOSA, Heloisa Helena. Responsabilidade civil médica no Brasil. Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 19. Rio de Janeiro: Padma, jul/set 2005. Pág. 57.

que é especial em relação às normas contidas no Código Civil.

Recurso especial não conhecido.”<sup>7</sup>

Apesar da ressalva do §4º do art. 14, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor não deixou desamparados os consumidores de profissionais liberais, já que trouxe, em seu art. 6º, inciso VIII, a previsão de inversão do ônus da prova em favor do consumidor, quando o juiz entender cabível, em razão da verossimilhança das alegações do autor, ou em razão de sua hipossuficiência presumida pela lei, o que resulta em exigir-se que a prova de que não agiu com culpa seja produzida pelo réu, no caso o profissional liberal.<sup>8</sup>

Tal inversão é fundamental para o deslinde de diversas demandas envolvendo paciente e médico, visto que, muitas vezes, seria quase impossível para o consumidor sustentar sozinho, sob o prisma técnico-científico, a culpa do médico, contribuindo-se para a impunidade dos maus profissionais. Existem documentos e informações que só o médico tem acesso e, caso não fosse admitida a inversão do ônus da prova nessas situações, o paciente ficaria impossibilitado de produzir tais provas.

Ademais, a natureza da responsabilidade do médico é contratual e, como tal, criaria presunção de culpa do indivíduo que causou o dano. Entretanto, como o médico não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão, não se aplica tal presunção, até porque, admitindo-se tal afirmativa, caso um médico atendesse um paciente com uma doença grave, se não lhe conseguisse salvar a vida, apesar de empregar todos os esforços, estaria sendo responsabilizado.<sup>9</sup> Daí a importância da inversão do ônus da prova, onde, apesar de não existir presunção de culpa, o médico deverá provar que sua conduta foi regular, já que é ele quem dispõe de todos os meios cabíveis e possui todas as informações existentes para legitimar a sua atuação.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça vem aplicando tal dispositivo à responsabilidade do médico, conforme se observa nos acórdãos abaixo transcritos:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO E HOSPITAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS - MATÉRIA DE FATO E

JURISPRUDÊNCIA DO STJ (REsp. Nº 122.505-SP).

1. No sistema do Código de Defesa do Consumidor a “responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa” (art. 14, § 4º).

2. A chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao “critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências” (art. 6º, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor. E essas circunstâncias concretas, nesse caso, não foram consideradas presentes pelas instâncias ordinárias.

3. Recurso especial não conhecido.”<sup>10</sup>

“Responsabilidade civil – Médico e hospital – Inversão do ônus da prova – Responsabilidade dos profissionais liberais – Matéria de fato e jurisprudência do STJ (Resp. n. 122.505/SP).

1. No sistema do Código de Defesa do Consumidor a “responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”(art. 14, §4o).

2. A chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao “critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências (art. 6o, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor. E essas circunstâncias concretas, nesse caso, não foram consideradas presentes pelas instâncias ordinárias.

3. Recurso especial não conhecido. (Resp. n. 239.009/RJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 28.06.1999)”<sup>11</sup>

<sup>7</sup> D.O. U. 13.02.2006, P. 799, Rel. Min. CASTRO FILHO, REsp 731.078/SP, STJ.

<sup>8</sup> ROMANELO NETO, Jerônimo. Responsabilidade civil dos médicos. 1. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998. Pág. 46/47.

<sup>9</sup> KFOURI NETO, Miguel. Ob. cit. Pág. 51.

<sup>10</sup> D.O. U. 28.06.1999, P. 104, Rel. Min. Waldemar Zveiter, REsp 171.988/RS, STJ.

<sup>11</sup> TEIXEIRA, Úrsula Ribeiro de Figueiredo; FIGUEIREDO, Vinícius Ribeiro de. Jurisprudência selecionada. In: FIGUEIREDO, Sálvio Teixeira (Coord.). Direito & Medicina: aspectos jurídicos da Medicina. 1.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. Pág. 408/409.

É de se ressaltar que o fato de existir no Código de Proteção e Defesa do Consumidor a previsão da inversão do ônus da prova em favor do consumidor não importa em afirmar que o referido diploma legal estabeleceu a presunção de culpa, “Ao contrário, o artigo 6º, n. VIII, admite a inversão do ônus da prova em favor do consumidor como medida a ser adotada caso a caso, segundo critério do juiz, e sob a condição de se verificar a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência técnica do consumidor, aferíveis conforme as regras ordinárias de experiência. Como então afirmar que a culpa do profissional será sempre presumida apenas sob a justificativa da inversão do ônus da prova?”<sup>12</sup>

Essa posição é acolhida pela maioria da doutrina e pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, o que podemos concluir pela análise dos julgados abaixo transcritos:

“Serviços de mecânica. Código de Defesa do Consumidor. Artigos 6º, VI, e 39, VI. Precedentes.

1. A inversão do ônus da prova, como já decidiu a Terceira Turma, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências’ (art. 6º, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da ‘facilitação da defesa’ dos direitos do consumidor. (REsp nº 122.505-SP, da minha relatoria, DJ de 24/8/98).

2. O art. 39, VI, do Código de Defesa do Consumidor determina que o serviço somente pode ser realizado com a expressa autorização do consumidor. Em consequência, não demonstrada a existência de tal autorização, é imprestável a cobrança, devido, apenas, o valor autorizado expressamente pelo consumidor.

3. Recurso especial conhecido e provido, em parte.”<sup>13</sup>

“Responsabilidade civil. Indenização. Inscrição em cadastro de inadimplentes. Débito. Pagamento. Inversão do ônus da prova.

1 - Deixando o autor de comprovar a quitação da dívida por qualquer meio de prova em direito admitido, não se pode pretender a negatificação junto ao cadastro de inadimplentes.

2 - A denominada inversão do onus probandi a que se refere o inciso VIII do art. 6º do CDC, fica subordinada ao critério do Juízo quando provável a alegação ou quando hipossuficiente o consumidor, segundo regras ordinárias de experiência. Depende, portanto, de circunstâncias concretas a serem apuradas pelo juiz no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor. Tais circunstâncias, no caso dos autos, foram consideradas incorrentes pela instância ordinária, sendo vedado o seu reexame por este Tribunal (Súmula 7/STJ).

3 - Recurso especial não conhecido.”<sup>14</sup>

Entretanto, apesar da ampla maioria da doutrina e da jurisprudência afirmar não existir presunção de culpa na responsabilidade civil do médico, mesmo em se tratando de responsabilidade contratual, existe posição defendida por Jerônimo Romanello Neto sustentando que “A natureza da responsabilidade civil do médico, já vista, é contratual. Nesses casos, ocorre a presunção da culpa daquele que causa o dano, surgindo, assim, a consequente inversão do ônus da prova, cujo encargo não é mais do lesado, que já carrega a dor pela lesão sofrida. Por tais motivos, há uma exceção a favor do consumidor, que, a nosso ver, deve ser acatada sem ressalvas.”<sup>15</sup>

Além disso, é dominante o entendimento no sentido de reconhecer deveres do médico no que toca ao exercício de sua profissão, parecendo existir consenso da doutrina, conforme bem salientado pela Professora Heloisa Helena Barbosa, quanto aos deveres do médico: “a) emprego da técnica adequada; b) informação ao paciente; c) tutela do melhor interesse do paciente.”<sup>16</sup>

<sup>12</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. A responsabilidade civil por erro médico. In: FIGUEIREDO, Sálvio Teixeira de (Coord.). Direito & Medicina: aspectos jurídicos da Medicina. 1.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. Pág. 123.

<sup>13</sup> D.O. U. 02.09.2002, P. 184, Rel. Min. Carlos Alberto Direito, REsp 332869/RJ, STJ.

<sup>14</sup> D.O.U. 15.10.2001, P. 262, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, REsp 327195/DF, STJ.

<sup>15</sup> ROMANELLO NETO, Jerônimo. Ob. cit. Pág. 46.

<sup>16</sup> BARBOSA, Heloisa Helena. Responsabilidade civil médica no Brasil. Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 19. Rio de Janeiro: Padma, jul/ set 2004. Pág. 61. A autora ressalva ainda a existência de deveres específicos que surgem graças às peculiaridades de cada tipo de prática, as quais devem ser levadas em consideração.

Com relação aos deveres de emprego da técnica adequada e da tutela do melhor interesse do paciente, parece que não há qualquer dúvida ou discussão quanto à sua delimitação, porém, no que toca ao dever de informação, “A tendência atual, na esteira da escola norte-americana, dá-se no sentido de se manter o paciente completamente informado acerca de doenças, prescrições, riscos, cuidados especiais, precauções. Se, por acaso, isso não for possível, as informações devem ser prestadas a um familiar.”<sup>17</sup>

“Naturalmente, a simples falta de informação não ensejará a responsabilização do médico pelos prejuízos sofridos pelo paciente se não tiver sido a causa adequada desses danos. Porém, no caso de cirurgias facultativas, a deficiência de informação acerca dos riscos poderá ser a causa adequada dos danos sofridos pelo paciente, que, se soubesse, poderia ter optado por não se submeter a eles. A solução prática que começa a ser tomada por alguns médicos, numa autêntica medicina defensiva, é a obtenção de declaração escrita a respeito da ciência desses riscos.”<sup>18</sup>

Esse dever de informação, aliás, é previsto pelo Código de Ética Médica (Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.246/88) que em seu art. 59 veda ao médico “deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal.”<sup>19</sup>

Além desse dever ordinário de informação, cabe ao médico informar-se sobre seu paciente, buscando obter dele “o máximo de informações sobre seu estado físico e psíquico, especialmente aquelas relativas a situações ou ações que possam interferir negativamente no procedimento, como alergias, medicação em uso, intolerâncias alimentares ou mesmo hábitos do paciente. Embora tal cuidado seja de praxe, faz parte da diligência do médico verificar eventuais fatores de interferência, em especial os não ordinários, visto que não se pode presumir sejam do conhecimento do doente, embora seja obrigatório tal conhecimento por parte do médico.”<sup>20</sup>

Fica evidente, que o ponto central da relação entre médico e paciente é a confiança que este deposita naquele,

sendo a responsabilização do médico por eventual dano causado ao paciente decorrência direta da quebra dessa confiança.

## 2.1 OBRIGAÇÃO DE MEIO OU RESULTADO - DISCUSSÕES

Doutrina e jurisprudência, quase que unanimemente, têm entendido que a obrigação do médico, como regra geral, é de meio, ou seja, o profissional da medicina tem a obrigação de se empenhar, através de todos os meios técnicos e científicos que o mercado dispõe, para tentar alcançar o resultado desejado.

“O contrato médico apresenta-se, dentro do quadro geral das obrigações negociais, como um contrato de prestação de serviços que não se rege pela legislação do trabalho, porque versa sobre atividade de profissional liberal. A prestação devida é, da parte do médico, o serviço correspondente à sua formação técnica, e, da parte do cliente, é o pagamento dos honorários correspondentes ao serviço prestado.”<sup>21</sup>

“A configuração do contrato de meio é a regra em tema de prestação de serviços médicos.”<sup>22</sup>

Gustavo Tepedino, afirmando que “no atendimento médico, cuidando-se no comum dos casos, de obrigações de meio (o profissional não se obriga a curar o paciente mas a empregar diligência, cautela e conhecimento técnico postos ao alcance da ciência médica com vistas a curá-lo [...]”<sup>23</sup>, defende a corrente de que, em geral, a obrigação do médico é de meio.

Por outro lado, apesar da regra geral da obrigação de meio, mais recentemente, vem se fortalecendo uma corrente que defende que ela admite exceções. Sálvio Teixeira Figueiredo, no artigo *A Responsabilidade Civil do Médico*<sup>24</sup>, cita como exemplos de obrigação de resultado no campo médico a assumida visita médica, a vacinação, a transfusão de sangue, a segurança dos instrumentos usados na realização do ato médico, o raio X, os exames biológicos e laboratoriais de execução simples.

<sup>17</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor. São Paulo: Saraiva, 2002. Pág. 146.

<sup>18</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Ob. cit. Pág. 146.

<sup>19</sup> TEPEDINO, Gustavo. Ob. cit. Pág.47.

<sup>20</sup> BARBOSA, Heloisa Helena. Ob. cit. Pág.. 61/62.

<sup>21</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. O. cit. Pág. 117.

<sup>22</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Ob. cit. Pág. 117.

<sup>23</sup> TEPEDINO, Gustavo. Ob. cit. Pág.44.

<sup>24</sup> FIGUEIREDO, Sálvio Teixeira de (Coord.). Direito & Medicina: aspectos jurídicos da Medicina. 1.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. Pág. 189-191.

Apesar de serem admitidas exceções à regra da obrigação de meio, tem sido percebida grande dificuldade por parte dos julgadores em apurar, no caso concreto, se realmente existe uma obrigação de meio ou de resultado. Um dos casos bastante debatidos nos tribunais é o da cirurgia plástica, onde o próprio Colendo Superior Tribunal de Justiça vem entendendo ora em um sentido ora noutro, porém, sempre exigindo um mínimo de resultado, conforme podemos observar nos acórdãos abaixo transcritos:

“Cirurgia estética – Obrigação de meio.

O profissional que se propõe a realizar cirurgia, visando a melhorar a aparência física do paciente, assume o compromisso de que, no mínimo, não lhe resultarão danos estéticos, cabendo ao cirurgião a avaliação dos riscos. Responderá por tais danos, salvo culpa do paciente ou a intervenção de fator imprevisível, o que lhe cabe provar.”<sup>25</sup>

“Civil e processual – Cirurgia estética ou plástica – Obrigação de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva) – Indenização – Inversão do ônus da prova.

I – Contratada a realização da cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva), devendo indenizar pelo não-cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade, ou alguma irregularidade.

III – Cabível a inversão do ônus da prova.

III – Recurso conhecido e provido. (REsp. n. 81.101/PR, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 31.05.1999)”<sup>26</sup>

“Tal entendimento, a rigor, reflete a tendência mais atual do direito das obrigações, a temperar a distinção entre obrigações de meio e de resultado. Afinal, diga-se entre parênteses, o princípio da boa-fé objetiva, aplicado ao direito das obrigações, iluminado pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, consagrados na Constituição Federal, congrega credor e devedor nos deveres de cumprir (e de facilitar o cumprimento) das obrigações. Se é assim, ao resultado esperado pelo credor, mesmo nas chamadas obrigações de

meio, não pode ser alheio ao devedor. E, de outro lado, o insucesso na obtenção do fim proposto, nas chamadas obrigações de resultado, não pode acarretar a responsabilidade *tout court*, desconsiderando-se o denodo do devedor e os fatores supervenientes que, não raro, fazem gerar um desequilíbrio objetivo entre as prestações, tornando excessivamente oneroso o seu cumprimento pelo devedor.”<sup>27</sup>

Acreditamos que, acompanhando o entendimento de Hildegard Taggesel Giostri, nos casos de cirurgia estética e de anestesiologia, a obrigação do médico deve ser considerada de meio, pois presente o fator álea, já que ‘o resultado final (buscado e avençado) pode ser alterado pelo fisiologismo orgânico, pelo psiquismo do próprio paciente e pela resposta individualista de cada ser, frente a um mesmo tratamento [...]’.<sup>28</sup> A exceção estaria naquela hipótese onde o cirurgião plástico se compromete com o resultado, demonstrando por croquis como ficará, por exemplo, o nariz de sua cliente, aqui sim a obrigação é de resultado, já que retirada pelo médico a álea do ato cirúrgico.<sup>29</sup> Nos demais casos citados (de vacinação, de transfusão de sangue, de segurança dos instrumentos usados na realização do ato médico, de raio X, de exames biológicos e laboratoriais de execução simples) admitimos, na linha da doutrina e jurisprudência majoritárias, a obrigação de resultado do médico.

Não se pode, portanto, levar ao extremo rigor, nos casos normalmente reconhecidos como de obrigação de resultado, a presunção de culpa em desfavor do médico, cabendo uma análise casuística, principalmente no que toca à álea do evento, o que, com certeza, gerará abrandamentos.

## 2.2 ERRO DE DIAGNÓSTICO

Verificar a responsabilidade médica em decorrência de um erro de diagnóstico não é tarefa fácil, pois depende de análise técnica que foge ao exame exclusivamente jurídico do julgador, especialmente porque não se pode admitir, em termos absolutos, a infalibilidade médica<sup>30</sup>.

Apesar do ideal do médico ser de 100% (cem por cento) de acerto no diagnóstico e tratamento, “exigir do médico a obrigação de resultado seria o mesmo que exigir dele onipotência divina, em que ele atuasse como senhor supremo da vida e da morte. Como, infelizmente, os seres

<sup>25</sup> D.O. U. 06.02.1995, p. 184, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, AgRgAg 37.060/RS, STJ.

<sup>26</sup> TEIXEIRA, Úrsula Ribeiro de Figueiredo; FIGUEIREDO, Vinicius Ribeiro de. Ob. cit. Pág. 397.

<sup>27</sup> TEPEDINO, Gustavo. Ob. cit. Pág. 46.

<sup>28</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesel. Algumas reflexões sobre as obrigações de meio e de resultado na avaliação da responsabilidade médica. Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 5. Rio de Janeiro: Padma, jan/mar 2001. Pág. 104/105.

<sup>29</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesel. Ob. cit. Pág. 111.

<sup>30</sup> KFOURI NETO, Miguel. Ob. cit. Pág. 75.

humanos continuam a morrer, e isso ocorre também com os médicos, é evidente que a cura nem sempre é possível. Logo, tal resultado não poderia ser exigido de nenhum ser humano, nem mesmo do médico.<sup>31</sup>

A tendência na doutrina e na jurisprudência é no sentido de ser escusável o erro de diagnóstico, salvo nos casos de erro grosseiro, o que podemos observar nos acórdãos abaixo transcritos:

“Resp. Civil Médica – A responsabilidade civil requer prova cabal de culpa. Não resultando provada a culpa, NEM ERRO GROSSEIRO, descabe condenação.”<sup>32</sup>

“RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO/ERRO DE DIAGNÓSTICO. DIAGNÓSTICO DE DOENÇA CORONARIANA. EXAMES MÉDICOS SUGESTIVOS DA MOLÉSTIA. NÃO COMPROVAÇÃO DE ERRO PROFISSIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO NOSOCÔMIO. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.”<sup>33</sup>

“Responsabilidade civil – Laboratório de exames médicos – Erro Grosseiro de diagnóstico causador de falta de tratamento médico adequado à paciente, levando-a a risco de vida – Danos materiais e morais demonstrados – Obrigação do Laboratório ao mais amplo ressarcimento dos danos causados – Provimento do recurso para julgar procedente a ação.”<sup>34</sup>

“Responsabilidade Civil. Exame Laboratorial. Câncer. Dano moral. Reconhecida no laudo fornecido pelo laboratório a existência de câncer, o que foi comunicado de modo inadequado para as circunstâncias, a paciente tem o direito de ser indenizada pelo dano moral que sofreu até a comprovação do equívoco do primeiro resultado, no qual não se fez nenhuma ressalta ou indicação da necessidade de novos exames. (STJ, Resp. 257.036, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. em 12.09.2000 e publ. no DJ de 12.02.2001).”<sup>35</sup>

O Professor Sérgio Cavalieri Filho também afirma que, para haver responsabilidade de médico, há de haver prova cabal de erro médico grosseiro, *verbis*:

“84 – A prova da culpa

A prova da culpa, imprescindível, pelo que ficou exposto, não é fácil de ser produzida. Em primeiro lugar porque os Tribunais são severos na exigência de prova. Só demonstrando-se erro grosseiro no diagnóstico, na medicação ministrada, no tratamento desenvolvido, ou ainda, injustificável omissão na assistência e nos cuidados indispensáveis ao doente, tem-se admitido a responsabilidade do médico.”<sup>36</sup>

Para exemplificar o que deve se entender por erro grosseiro, utilizo as palavras de Aguiar Dias:

“a) tratamento, como fratura, de ferida causada pela introdução de estilhaço de madeira na perna do paciente; b) tomar uma mulher grávida como portadora de fibroma e operá-la, causando-lhe a morte; c) aplicar ao doente o tratamento de uma doença que ele não tinha, sem se esforçar para descobrir de que moléstia realmente se trata; d) contra-senso cometido pelo médico em face de radiografia terminantemente clara [...]”<sup>37</sup>

É de se ressaltar que a prova da culpa do médico por erro de diagnóstico não pode ser presumida pelo julgador, por força do §4º do art. 14 do CDC, julgador esse que não é experto em medicina, dependendo de perícia judicial em que fique evidenciada a existência de *erro grosseiro de diagnóstico*.

Trazemos para exemplificar, julgado citado pelo Professor Sérgio Cavalieri Filho em sua obra<sup>38</sup>:

“84.4. A posição da Jurisprudência

A síntese de tudo que até aqui foi exposto, e que bem reflete a posição da jurisprudência sobre o tem em estudo, pode ser encontrada em erudito e lapidar acórdão da 6ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, prolatado no julgamento da Ap. Cível 5.174/92, do qual foi relator o douto Des. Laerson Mauro:

<sup>31</sup> FOSTER, Nestor José. Cirurgia Plástica Estética – Obrigação de resultado ou obrigação de meios? – Revista dos Tribunais, nº 738, São Paulo, abril 1997, Pág. 84.

<sup>32</sup> AC, Rel. Des. Felisberto Ribeiro, 2ª CC/TJRJ. Julgado em 20.08.81, *in* Revista dos Tribunais, vol. 558/178.

<sup>33</sup> DOERJ 21.05.2002, Rel. JDS Des. Werson REGO, AC. 2001.001.26605, 4ª CC/TJRJ.

<sup>34</sup> DOERJ 24.08.2001, Rel. Des. MarianNa Pereira Nunes, AC. 2000.001.057996ª CC/TJRJ)

<sup>35</sup> MORAIS, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional. 1.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Pág. 167.

<sup>36</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Malheiros, 1996. Pág. 251/252.

<sup>37</sup> DIAS, José de Aguiar *Apud* ROMANELO NETO, Jerônimo. Ob. cit. Pág. 37.

<sup>38</sup> CAVALIERI FILHO. Sérgio. Ob. cit. Pág. 254.

### Responsabilidade civil – Erro médico – Configuração.

Em vista de que o médico celebra contrato de meio, e não de resultado, de natureza *sui generis*, cuja prestação não recai na garantia de curar o paciente, mas de proporcionar-lhe conselhos e cuidados, proteção até, com emprego das aquisições da ciência, “a conduta profissional suscetível de engendrar o dever de reparação só se pode definir, unicamente, com base em prova pericial, como aquela reveladora de erro grosseiro, seja no diagnóstico como no tratamento, clínico ou cirúrgico, bem como na negligência à assistência, na omissão ou abandono do paciente etc.,” em molde a caracterizar-se falta culposa no desempenho do ofício, não convindo, porém, ao Judiciário lançar-se em apreciações técnicas sobre métodos científicos e critérios que, por sua natureza, estejam sujeitos a dúvidas, discussões, subjetivismos.”

Sendo assim, só poderá o médico ser responsabilizado por erro de diagnóstico se, atuando nas mesmas condições externas que ele, um outro médico, prudente, não cometesse o mesmo erro.<sup>39</sup>

Finalizando, nas palavras do Prof<sup>o</sup> Miguel Kfourri Neto, “A postura do juiz no exame da prova, em tema de erro de diagnóstico, não deverá se orientar na elucidação de intrincados métodos clínicos, cirúrgicos ou de terapêutica. A posição do julgador deverá ser a mesma adotada em face de qualquer outro profissional: ele terá de ter fé e apreciar a questão à luz do alegado e o provado, atendendo, sobretudo, aos pareceres dos peritos e depoimentos. Não é propriamente o erro de diagnóstico que incumbe ao juiz examinar, mas sim se o médico teve culpa no modo pelo qual procedeu ao diagnóstico[...]”<sup>40</sup>

### 2.3 PERDA DE UMA CHANCE

Outro ponto interessante, relativo à responsabilidade do médico, é a Teoria da Perda de Uma Chance, derivada da construção da doutrina francesa *perte d'une chance*, que se caracteriza por situações onde “*não é possível assegurar que um determinado dano se deve a um ato ou omissão do médico, o prejuízo a ser indenizado*

*consiste na perda de uma possibilidade (ou probabilidade) de cura, presumindo-se que a atuação do médico diminuiu essa possibilidade. A falta de prova do nexo de causalidade é uma das características da “perda de uma oportunidade”, mesmo sendo a oportunidade aleatória.”*<sup>41</sup>

A dúvida existente quanto ao nexo de causalidade entre o dano e a não realização de determinado ato pelo médico é suficiente para caracterizar a perda de uma chance, “posto que a culpa consiste em não ter oferecido ao paciente todas as oportunidades. A causalidade é jurídica, uma vez que não foi o médico que causou o dano. Seu erro foi não ter interrompido um processo natural da enfermidade, faltando, portanto, ao dever de agir para evitar o dano, isto é, ensejando a “perda de possibilidade de sobrevivência.”<sup>42</sup>

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro condenou uma Casa de Saúde e Maternidade ao pagamento de indenização por danos materiais e morais por ter demorado a levar um recém nascido, que posteriormente veio a falecer, para a unidade de terapia intensiva, apesar de não se ter comprovação de que tal fato tenha sido a causa de sua morte, aplicando ao caso a teoria da perda de uma chance:

“EMBARGOS INFRINGENTES. RESPONSABILIDADE CIVIL DE ENTIDADE HOSPITALAR. CASA DE SAÚDE E MATERNIDADE. ÓBITO DE RECÉM NASCIDO. APNÉIA IDIOPÁTICA SEGUIDA DE PARADAS CARDIORRESPIRATÓRIAS. DEMORA NO ENCAMINHAMENTO DO PACIENTE PARA UNIDADE DE TERAPIA INTENSIVA. SERVIÇO HOSPITALAR DEFEITUOSO. FATO DO SERVIÇO CARACTERIZADO. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAL E MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA.. TEORIA DA “PERDA DE UMA CHANCE”. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.”<sup>43</sup>

A Professora Heloisa Helena Barbosa traz como exemplos de aplicação da Teoria da Perda de Uma Chance, dentre outros: “a) diagnóstico incorreto, gerando tratamento equivocado; b) diagnóstico correto, mas terapia incorreta.”<sup>44</sup>

<sup>39</sup> KFOURI NETO, Miguel. Ob. cit. Pág. 75.

<sup>40</sup> KFOURI NETO, Miguel. Ob. cit. Pág. 76.

<sup>41</sup> BARBOSA, Heloisa Helena. Ob. cit. Pág. 62.

<sup>42</sup> BARBOSA, Heloisa Helena. Ob. cit. Pág. 62.

<sup>43</sup> DOERJ 01.09.2003, Rel. JDS. Des. Werson Rego, Embargos Infringentes nº 2002.005.00446, 3ª CC/TJRJ.

<sup>44</sup> BARBOSA, Heloisa Helena. Ob. cit. Pág. 63.

### 3. A RESPONSABILIDADE DOS HOSPITAIS

Os prestadores de serviços, como os hospitais, se enquadram na hipótese do art. 14 do CDC que prevê a responsabilidade objetiva, ou seja, independente de culpa. Por essa razão, a grande maioria da doutrina e da jurisprudência vem defendendo que, nos casos de erro médico praticado por médico, o hospital responderá objetivamente pelos danos causados aos consumidores. Jerônimo Romanello Neto afirma de forma veemente que “Os hospitais, clínicas, prontos-socorros e demais estabelecimentos que prestem serviço médico, de emergência ou não, entram na definição de fornecedor estabelecida no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, dado que ‘serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”<sup>45</sup>

Mais adiante prossegue afirmando que “Pelo art. 14 do mesmo Código, a responsabilidade do fornecedor de serviços tornou-se objetiva [...]. Ora, sendo os laboratórios e hospitais fornecedores de serviços, devem eles responder objetivamente pelos danos causados em decorrência de sua atividade fim.”<sup>46</sup>

A grande maioria da jurisprudência segue esse mesmo raciocínio, cabendo aqui exemplificar com alguns julgados:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. EXAME LABORATORIAL. ERRO DE DIAGNÓSTICO. RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO SERVIÇO MÉDICO PRESTADO DE FORMA EMPRESARIAL (ART. 14, CAPUT, DO CDC). O erro de diagnóstico é fruto, quase sempre, de uma investigação mal realizada, quase sempre marcada pela insuficiência dos meios utilizados ou pela negligência do investigador. Dano material não comprovado. Reconhecida no laudo fornecido pelo laboratório a existência de gravidez não esperada, a paciente tem, por outro lado, o direito de ser indenizada pelo dano moral que sofreu até a comprovação do erro do primeiro resultado. A lesão de bem integrante da personalidade caracteriza o dano moral, cuja reparação, através da fixação da correspondente indenização em dinheiro, representa

a necessária e justa compensação. Na falta de critério objetivo ou legal, a indenização do dano moral deve fazer-se por arbitramento, com ponderação e racionalidade, levando-se em conta a natureza da lesão, a extensão do dano, as condições da vítima e o atuar ilícito do agente. Há de orientar-se o Juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, curando, quando o caso não exigir sanção pecuniária predominantemente punitiva, para que não enriqueça a vítima à custa do injusto. Apelo parcialmente provido.”<sup>47</sup>

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. LESÕES EM DECORRÊNCIA DE CIRURGIA DE CESARIANA. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. 1. O hospital ao permitir a utilização de suas dependências para que médico faça cirurgia, com uso de seus equipamentos e prestando serviços de apoio, também mantém relação jurídica com o paciente. 2. Tratando-se de relação de consumo, a responsabilidade do hospital é objetiva e somente será afastada quando provar que não prestou o serviço, que o defeito inexistiu ou que a culpa é exclusiva da vítima ou de terceiro. 3. O laudo pericial constatou as lesões e o nexo causal, não servindo para afastar a responsabilidade do prestador de serviços. 4. Dano moral que ocorre *In re ipsa*. 5. Quantum indenizatório fixado pelo juízo a quo, atendendo aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 6. Improvimento dos recursos.”<sup>48</sup>

Relativamente ao tema, Antônio Herman Benjamin<sup>49</sup> assinala que o CDC, “em todo o seu sistema, prevê uma única exceção ao princípio da responsabilização objetiva para os acidentes de consumo: os serviços prestados por profissionais liberais. Adiante o renomado autor complementa que se o médico trabalha para um hospital, responderá ele apenas, por culpa, enquanto a responsabilidade civil do hospital será apurada objetivamente.”

Seguindo esse raciocínio chega-se à conclusão de que o paciente que for vítima de um suposto erro médico poderá optar entre propor uma ação em face do médico

<sup>45</sup> ROMANELLO NETO, Jerônimo. Ob. cit. Pág. 125.

<sup>46</sup> ROMANELLO NETO, Jerônimo. Ob. cit. Pág. 125.

<sup>47</sup> DOERJ 01.09.2003, Rel. Des. Laerson Mauro, AC. 2002.001.29655, 9ª CC/TJRJ.

<sup>48</sup> DOERJ 07.06.2006., Rel. Des. José Carlos Paes, AC. 2006.001.14561, 8ª CC/TJRJ.

<sup>49</sup> BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e *Apud* CINTRA, Lúcia de Pedro. Da responsabilidade civil dos estabelecimentos de saúde. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2458>>. Acesso em: 31 mar. 2006.

fundada na responsabilidade subjetiva onde, em regra, terá que fazer prova da culpa (ressalvada a possibilidade de inversão do ônus da prova) ou ajuizar a ação contra o estabelecimento prestador de serviços médicos com base na teoria objetiva onde bastará fazer prova do dano e do nexo causal, sem se perquirir culpa. Ao que parece, por óbvio, os consumidores irão preferir ajuizar ações em face das pessoas jurídicas e nunca dos médicos, o que, de certa forma, deixará de responsabilizar os verdadeiros causadores dos danos, isso porque os estabelecimentos médicos só conseguirão cobrar os médicos através de uma ação de regresso ou de denúncia à lide (para aqueles que a admitem, já que o assunto é polêmico), soluções que demandam muito tempo. Existe ainda a necessidade da prova da culpa, que pode não existir. Tal situação pode gerar um enriquecimento indevido por parte do consumidor, pois, se ajuizar a ação em face do estabelecimento prestador de serviços médicos poderá receber uma indenização em função da responsabilidade objetiva deste, mesmo que o médico não tenha agido com culpa, o que parece ser injusto. Dessa forma, a única maneira da pessoa jurídica se exonerar do dever de indenizar será através da comprovação da ocorrência de um das excludentes do art. 14, §3º do CDC.

Miguel Kfoury Neto, em seu livro Responsabilidade Civil do Médico, traz notícia de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, afirmando que se estende aos estabelecimentos que prestam serviços médicos a exceção prevista no §4º do art. 14 do CDC, *verbis*:

“Responsabilidade Civil – Hospital – Ajuizamento com base no Código de Defesa do Consumidor – Responsabilidade Objetiva – Inadmissibilidade – Hipótese de exercício de profissão liberal, na medida em que o que se põe em exame é o próprio trabalho médico – Necessidade de prova de que o réu agiu com culpa ou dolo – Art. 14, §3º, do referido Código – Recurso não provido.”<sup>50</sup>

O mesmo Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu nesse sentido em outras oportunidades, conforme se observa das ementas abaixo:

“Responsabilidade civil. Hospital. Reparação pretendida independentemente da prova da existência de culpa ou dolo da entidade.

Inadmissibilidade. Impossibilidade de aplicação do art. 14, §3º do Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade decorrente do exercício de profissão liberal. Inteligência do art. 14, §4º, do mesmo diploma. Ação improcedente. Recurso não provido. (AgI 179.184-1-SP, j. em 17.09.92, Rel. Des. Marco César).”<sup>51</sup>

“Responsabilidade Hospitalar – Indenização – Responsabilidade Civil – Hospital – Ajuizamento com base no Código de Defesa do consumidor – Responsabilidade objetiva – Inadmissibilidade – Hipótese de exercício de profissão liberal, na medida em que o que se põe em exame é o próprio trabalho médico – necessidade da prova de que o réu agiu com culpa ou dolo – Art. 14, § 4º, do referido código – Recurso não provido.

Em ação de indenização contra o hospital, ajuizada com base no Código de Defesa do Consumidor, embora se trate de pessoa jurídica, a ela não se aplica a responsabilidade objetiva, na medida em que o que se põe em exame é o próprio trabalho do médico – Aplicável, pois, o § 4º do art. 14 do referido Código (TJSP, Rel. Desembargador Marco César, RJTJSP – Lex 141/248).”<sup>52</sup>

Essas decisões são inovadoras e ainda minoritárias no Judiciário, porém abrem uma nova perspectiva à exegese do mencionado artigo.

Comentando o citado acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, que admitiu a extensão dos efeitos do §4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor aos hospitais no caso de ato decorrente de trabalho médico, o Professor Miguel Kfoury Neto afirmou que “Desconsiderou-se a pessoa jurídica – cuja responsabilidade é objetiva -, alcançando-se a pessoa do médico – com o intuito de se verificar se o profissional, mesmo empregado da casa hospitalar, agiu ou não com imperícia, imprudência ou negligência. Noutras palavras, afirmou o órgão julgador que, haja ou não vínculo empregatício, é a análise da atuação pessoal do médico que determinará – ou não – a responsabilidade do estabelecimento. No caso de serviços prestados pelo profissional da medicina, portanto, não incidiria o §3º do art. 14 – sempre o §4º, em qualquer hipótese.”<sup>53</sup>

Somente em decisão recente, datada de 16 de junho de 2005 o Colendo Superior Tribunal de Justiça se

<sup>50</sup> KFOURI NETO, Miguel. Ob. cit. Pág. 180.

<sup>51</sup> ROMANELLO NETO, Jerônimo. Ob. cit. Pág. 297.

<sup>52</sup> KFOURI NETO, Miguel. Ob. cit. Pág. 180.

<sup>53</sup> KFOURI NETO, Miguel. Ob. cit. Pág. 180.

manifestou sobre o tema, invertendo a tendência anterior e reconhecendo a responsabilidade subjetiva dos hospitais no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou que sejam ligados por convênio:

“CIVIL. INDENIZAÇÃO. MORTE. CULPA. MÉDICOS. AFASTAMENTO. CONDENAÇÃO. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE. OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE.

1 - A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 - STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto).

2 - Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente.

3 - O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa).

4 - Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido.”<sup>54</sup>

É importante salientar que, no caso dos hospitais, assim como nos demais estabelecimentos médicos, podem

os danos ser oriundos de duas situações distintas: os causados pelos serviços hospitalares, no âmbito do chamado contrato de hospedagem, atinentes aos exames, à enfermaria, aos aparelhos e à estrutura de apoio ambulatorial e os decorrentes única e exclusivamente da atuação do médico. Com relação aos primeiros, não há qualquer discussão. A responsabilidade é objetiva, seja pelo funcionamento defeituoso de equipamentos como pela falha dos prepostos (pessoal paramédico).<sup>55</sup> No tocante aos últimos, a polêmica existente é com relação à extensão ou não da ressalva do art. 14, §4º do CDC, conforme acima discorrido.

Ruy Rosado de Aguiar Junior traz mais um assunto para discussão, fazendo distinção “em relação aos médicos que integram o quadro clínico da instituição, não sendo assalariados, é preciso distinguir: a) se o paciente procurou o hospital e ali foi atendido por integrante do corpo clínico, ainda que não empregado, responde o hospital pelo ato culposo do médico, em solidariedade com este; b) se o doente procura o médico, e este o encaminha à baixa no hospital, o contrato é com o médico e o hospital não responde pela culpa deste, embora do seu quadro, mas apenas pela má prestação dos serviços hospitalares que lhe são afetos.”<sup>56</sup>

A questão está longe de ser resolvida.

#### 4. A RESPONSABILIDADE DAS SEGURADORAS E DAS OPERADORAS DE PLANOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE POR ERRO MÉDICO

A assistência privada à saúde originalmente prestada exclusivamente pelos médicos e hospitais, também alcança seguradoras e operadoras de planos de assistência à saúde, cuja atuação “pode se dar mediante: a) planos privados que mantêm serviços próprios, contratam ou credenciam profissionais de saúde, ou reembolsam os beneficiários das despesas decorrentes de eventos cobertos pelo plano; e b) seguros privados de reembolso ao segurado ou de pagamento, por ordem e conta deste, diretamente aos prestadores livremente escolhidos pelo segurado, dos eventos cobertos, nos limites da apólice”<sup>57</sup>, tudo conforme disposto nos incisos I e II do art. 2º da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. No que toca aos seguros privados, por força do disposto no parágrafo único do citado art. 2º da Lei nº 9.656/98, “as seguradoras podem apresentar relação de prestadores de serviços de assistência à saúde”<sup>58</sup>, sem que

<sup>54</sup> D.O.U. 22.08.2005, P. 275, Rel. Min. Fernando Gonçalves, REsp 258.389/SP, STJ.

<sup>55</sup> TEPEDINO, Gustavo. Ob. cit. Pág. 54.

<sup>56</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de *Apud* CINTRA, Lizia de Pedro. Da responsabilidade civil dos estabelecimentos de saúde. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2458>>. Acesso em: 31 mar. 2006.

<sup>57</sup> BARBOSA, Heloisa Helena. Ob. cit. Pág. 51/52.

<sup>58</sup> BARBOSA, Heloisa Helena. Ob. cit. Pág. 52.

isso implique o desvirtuamento do princípio da livre escolha dos segurados.

No que toca às operadoras de planos de assistência à saúde, a jurisprudência pacificou o entendimento de que elas são solidariamente responsáveis civilmente por erro praticado por médicos ou hospitais por elas credenciados. Nesse sentido trazemos à colação diversos julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. PLANO DE SAÚDE. ERRO EM TRATAMENTO ODONTOLÓGICO. RESPONSABILIDADE CIVIL. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO NÃO CONFIGURADO. CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE. MATÉRIA DE PROVA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS NS. 282 E 356-STF.

I. A empresa prestadora do plano de assistência à saúde é parte legitimada passivamente para a ação indenizatória movida por filiado em face de erro verificado em tratamento odontológico realizado por dentistas por ela credenciados, ressalvado o direito de regresso contra os profissionais responsáveis pelos danos materiais e morais causados.

II. Inexistência, na espécie, de litisconsórcio passivo necessário.

III. Cerceamento de defesa inocorrente, fundado o acórdão em prova técnica produzida nos autos, tida como satisfatória e esclarecedora, cuja desconstituição, para considerar-se necessária a colheita de testemunhos, exige o reexame do quadro fático, com óbice na Súmula n. 7 do STJ.

IV. Ausência de suficiente prequestionamento em relação a tema suscitado.

V. Recurso especial não conhecido.”<sup>59</sup>

“CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. COOPERATIVA DE ASSISTÊNCIA DE SAÚDE. LEGITIMIDADE PASSIVA. CDC, ARTS. 3º E 14.

I. A Cooperativa que mantém plano de assistência à saúde é parte legitimada passivamente para ação indenizatória movida por associada em face de erro médico originário de tratamento pós-cirúrgico realizado com médico cooperativado.

II. Recurso especial não conhecido.”<sup>60</sup>

“CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESSARCIMENTO DE DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES. PLANO DE SAÚDE. ALEGAÇÃO DE ERRO DE DIAGNÓSTICO NO ATENDIMENTO PELA REDE CREDENCIADA. CIRURGIA DE URGÊNCIA REALIZADA EM NOSOCÔMIO DIVERSO. COBERTURA NEGADA. EXTINÇÃO DO PROCESSO POR ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. INCORREÇÃO. PROCEDIMENTO DA LIDE.

I. A prestadora de serviços de plano de saúde é responsável, concorrentemente, pela qualidade do atendimento oferecido ao contratante em hospitais e por médicos por ela credenciados, aos quais aquele teve de obrigatoriamente se socorrer sob pena de não fruir da cobertura respectiva.

II. Recurso conhecido e provido, para reconhecer a legitimidade passiva da ré e determinar o prosseguimento do feito.”<sup>61</sup>

Esse também é o entendimento consolidado pela doutrina, “no sentido de considerar responsáveis solidariamente as empresas e cooperativas de medicina de grupo, pelos erros dos médicos delas dependentes ou a elas credenciados.”<sup>62</sup>

Já no que toca aos seguros-saúde e planos de assistência à saúde de livre escolha do médico, a doutrina vem entendendo não serem os mesmos responsáveis por eventual erro médico praticado, já que a escolha, *in casu*, foi do cliente, que poderia se valer de qualquer médico.<sup>63</sup>

Entendemos, outrossim, pelo fato de o contrato de seguro ser caracterizado pelo reembolso, em forma de indenização, ao segurado das despesas por ele despendidas

<sup>59</sup> D.O.U. 17.03.2002, P. 234, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, REsp 328.309/RJ, STJ.

<sup>60</sup> D.O.U. 18.03.02, P. 257, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, REsp 309.760/RJ, STJ.

<sup>61</sup> D.O.U. 17.04.00, P. 68, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, REsp 164.084/SP, STJ.

<sup>62</sup> TEPEDINO, Gustavo. Ob. cit. Pág. 58.

<sup>63</sup> TEPEDINO, Gustavo. Ob. cit. Pág. 58.

em razão do evento coberto pelo contrato, que a seguradora não possui responsabilidade por eventual erro médico praticado por médico ou ocorrido em hospital constante da listagem por ela fornecida aos seus clientes, vez que em momento algum está afastada a livre escolha do segurado que, optando por médico da listagem ou qualquer outro, tem garantido o reembolso por parte da seguradora dentro dos limites estabelecidos na apólice. Aliás, isso é o que dispõe o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.656/98, que regula os planos e seguros privados de assistência à saúde.

Diferente é a situação dos planos de assistência à saúde onde a única opção do consumidor é a de escolher um dos médicos ou hospitais credenciados pela operadora, o mesmo não ocorrendo com o seguro saúde, onde a escolha pode recair em qualquer profissional escolhido pelo segurado, seja constante de listagem oferecida pela seguradora ou não.

Esse, entretanto, não é o posicionamento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que em acórdão datado de 2001, desconsiderou o princípio da livre escolha dos segurados e condenou a seguradora solidariamente por erro médico praticado por profissional constante de sua listagem:

“SEGURO DE SAÚDE. Lista de Médicos e Hospitais Credenciados. Erro Médico. Fato do Serviço. Responsabilidade Solidária do Médico, Hospital e Seguradora. O artigo 14 do CDC responsabiliza objetiva e solidariamente todos os fornecedores de serviços, quer imediatos como mediatos, pelos danos ocasionados aos consumidores em função do defeito na prestação do serviço ou por informação incompleta acerca da segurança na sua execução ou fruição. Destarte, ao credenciar médicos e hospitais para formar expressiva rede de fornecimentos de serviços médicos e, assim, torná-los mais eficientes, atrativos e competitivos no mercado de consumo, a seguradora compartilha da responsabilidade civil dos profissionais e estabelecimentos que seleciona. Confirmação da sentença.”<sup>64</sup>

O tema suscitará diversas discussões antes de ser solidificado.

## 5. A DEFESA CABÍVEL NAS AÇÕES AJUIZADAS PELOS PACIENTES

### 5.1 AUSÊNCIA DE LESIVIDADE NO DIAGNÓSTICO

Um dos pontos mais abordados nas defesas apresentadas pelos médicos e estabelecimentos prestadores de serviços médicos, é a alegação de ausência de lesividade do diagnóstico.

Para que se configure o dever de indenizar faz-se necessária a ocorrência de alguns requisitos (ato ilícito, nexo causal e dano na responsabilidade subjetiva e nexo causal e dano na responsabilidade objetiva). Nesse caso, a alegação de inoccorrência de lesividade ao paciente vai de encontro justamente a um desses requisitos de configuração da responsabilidade civil, qual seja, o dano.

Seria truismo afirmar que a ciência médica não é infalível, como também não é infalível a profissão de advogado, nem a própria Justiça. Quantas demandas são perdidas por causa da falibilidade dos advogados. E inúmeras decisões judiciais são reformadas pelos Tribunais. E não se fala, em tais hipóteses, em responsabilidade para reparação de danos. O mesmo ocorre, *data venia*, com a profissão de médico. Mesmo tendo ocorrido falha do médico, que não trouxe qualquer consequência de ordem material à saúde do paciente, não há falar-se em indenização, principalmente quando se invocam danos hipotéticos: poderia ter morrido, poderia ter acontecido.

Os nossos Tribunais têm abraçado tal tese defensiva, dando ganho de causa para os profissionais e empresas que prestam serviços de diagnóstico por exames laboratoriais e radiológicos:

“RESPONSABILIDADE CIVIL – Ação de indenização por alegados danos morais – Ainda que tenha havido lamentável erro médico na interpretação do exame de ultrassonografia a que se submeteu a autora, quando grávida, não lhe provocou dano físico e nem de ordem moral, que pudessem justificar a indenização pretendida.”<sup>65</sup>

“AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS EM

<sup>64</sup> DOERJ 11.04.2002, Rel. Des. Sergio Cavaliere Filho, AC 2001.001.25322, 2ª CC/TJRJ.

<sup>65</sup> DOERJ 09.08.2002, Rel. Des. Helena Bekhor, AC 2002.001.05723, 8ª CC/TJRJ.

## RAZÃO DE ALEGADAS INFORMAÇÕES INSUFICIENTES E INADEQUADAS EM RESULTADO DE EXAME MÉDICO LABORATORIAL.

Insuficiência de elementos que pudessem indicar a gravidade da doença, de resto só identificável mediante parecer médico especializado. Imediata providência do médico assistente para esclarecimento das conclusões do laudo a que teve acesso o apelante. Renovação imediata do indigitado exame laboratorial com pronto esclarecimento de suas conclusões. Precipitação do apelante em razão de seu estado de permanente ansiedade psíquica. Não configuração do dano moral. Desprovemento da apelação.”<sup>66</sup>

Em trecho do acórdão acima, os doutos desembargadores afirmam de forma expressa que

“Tendo ou não havido erro do laboratório na realização do exame de fls. 12/13, o mesmo não foi passível de despertar no íntimo do autor uma dor intensa, além de não causar-lhe qualquer abalo na sua estrutura psicológica, fatores estes caracterizadores do dano moral [...]”<sup>67</sup>

Fica evidente a necessidade da ocorrência de lesão efetiva ao paciente para que o médico ou a empresa prestadora de serviços médicos seja responsabilizada e tenha o dever de indenizar o consumidor.

## 5.2 INVOCAÇÃO DE CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR

As excludentes de responsabilidade, como se sabe, atuam sobre o nexos causal, rompendo-o e, em consequência, afastam o dever de indenizar.<sup>68</sup>

O caso fortuito e a força maior, o que não podia deixar de ser, também atuam no rompimento do nexos de causalidade, sendo verdadeiras excludentes de responsabilidade. Apesar de não estarem expressamente previstas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor que, em seus arts. 12, § 3º e 14, § 3º, somente abraçou como excludentes de responsabilidade o fato de terceiro e a culpa

exclusiva da vítima, não de ser aceitas também como excludentes, mesmo quando se tratar de relação de consumo, que é o caso dos serviços médicos e hospitalares.

Na afirmação de Gustavo Tepedino “Quanto à hipótese de caso fortuito ou força maior, embora o CDC não a inclua, expressamente, como excludente, deve ser considerada como tal, uma vez que a sua ocorrência é capaz de romper o nexos de causalidade entre o acidente e o dano, indispensável à conflagração da responsabilidade.”<sup>69</sup>

A Jurisprudência pátria segue esta mesma orientação:

“A 2ª Câmara Cível do TJRJ já houve por bem julgar improcedente ação movida contra hospital, por conta da morte de paciente provocada por disparos efetuados por grupo de extermínio que invadiu o local de internação, o que caracterizou o fortuito externo. Para reconhecer o fortuito externo, o acórdão se baseou no princípio da razoabilidade, pois, segundo aquela Câmara, tão-somente se poderia esperar que, no âmbito do seu dever de guarda, o hospital garantisse a segurança necessária para a execução da sua atividade-fim: O serviço prestado pelo hospital está direcionado primeiramente para a área médica. Obviamente, para que tal atividade-fim seja desempenhada corretamente, inúmeros outros serviços paralelos devem ser realizados, sendo que nestes está englobada a segurança. Dentro dos critérios de razoabilidade, tendo em vista um parâmetro social de conduta, é esperado que um hospital garanta a segurança das pessoas que neste se encontram, seja pacientes, acompanhantes ou empregados. Todavia, tal segurança que deve ser prestada tem o escopo exclusivo de garantir a exequibilidade da finalidade última da instituição, que é a prestação de serviço de saúde”(TJ RJ, 2ª Câmara, Apelação Cível no 11.472/99, Desembargadora Leila Mariano, julgado em 02/12/1999, votação unânime)<sup>70</sup>

“Responsabilidade Civil - Indenização por erro médico - Tratamento cirúrgico de histerectomia por indicação médica - Acidente anestésico durante a cirurgia da paciente - Atuação eficaz da equipe médica - inoportunidade de negligência, imprudência

<sup>66</sup> DOERJ 14.05.2001, Rel. Des. Eduardo Sócrates Sarmento, AC 2001.001.01035, 10ª CC/TJ RJ).

<sup>67</sup> DOERJ 14.05.2001, Rel. Des. Eduardo Sócrates Sarmento, AC 2001.001.01035, 10ª CC/TJ RJ).

<sup>68</sup> TEPEDINO, Gustavo. Ob. cit. Pág. 64.

<sup>69</sup> TEPEDINO, Gustavo. Ob. cit. Pág. 65.

<sup>70</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Responsabilidade civil das entidades hospitalares. Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 10. Rio de Janeiro: Padma, abr/jun 2002. Pág. 92.

ou imperícia-acidente inevitável - Caso Fortuito - Desprovemento do apelo.”<sup>71</sup>

É de se ressaltar que não há de se admitir qualquer fortuito como causa excludente de responsabilidade. Apenas o caso fortuito externo à atividade médica há de ser aceito. O fortuito interno, aquele que ocorre dentro da entidade prestadora de serviços médicos, como por exemplo um defeito que interferisse nos equipamentos hospitalares, não tem o condão de romper o nexo de causalidade, mantendo-se o dever de indenizar.<sup>72</sup>

Apenas para ilustrar a afirmação supra, trazemos à colação o acórdão abaixo transcrito, *verbis*:

“APELAÇÃO CÍVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DESABAMENTO DE TETO. LOJA SITUADA NO SHOPPING CENTER. FATO DE TERCEIRO não configurado. CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR. Inexistência. CAUSALIDADE DA OMISSÃO. Configurada. NULIDADE DA SENTENÇA não caracterizada. CERCEAMENTO DE DEFESA não configurado. REVISÃO DO DANO MORAL. Impossibilidade. - Arbitramento Judicial em R\$ 12.000,00 (doze mil reais). Princípio da razoabilidade - Para fixação do valor a compensar o dano moral sofrido em decorrência da violação do dever de segurança, deve o Magistrado sopesar a extensão do dano, atendendo, ainda, o princípio da razoabilidade, a fim de evitar que a compensação gere um verdadeiro enriquecimento ilícito. A revisão do dano moral só se mostra devida quando absurda e despropositada a condenação, o que não foi evidenciado nos autos. FATO DE TERCEIRO. Para ser invocada a excludente de responsabilidade é necessário que o dano tenha decorrido de conduta de terceiro, o que não foi evidenciado in casu. CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR. Da mesma forma, a alegação do caso fortuito e da força maior que decorrem ou da inevitabilidade do evento danoso ou imprevisibilidade, é necessário apontar que o dano, embora previsível não podia ser evitado ou, que o mesmo era ao tempo imprevisível. No caso dos autos, o dano podia ter sido evitado se não fosse a conduta omissiva. Portanto, em vista da causalidade da omissão, que só se verifica quando o

omitente tinha o dever de impedir o resultado, imputa-se a responsabilidade civil, ou ainda, pode ser evidenciado o chamado fortuito interno, que não exclui a responsabilidade. NULIDADE DA SENTENÇA que não se verifica, por ter havido oportunidade para a Apelante manifestar-se nos autos e, ainda, porque quanto ao suposto cerceamento de defesa, deveria ter interposto o recurso cabível no momento próprio. – REJEIÇÃO DA PRELIMINAR I IMPROVIMENTO DOS RECURSOS.”<sup>73</sup>

### 5.3 INEXIGIBILIDADE DE OUTRO RESULTADO, DENTRO DO CONHECIMENTO ATUAL (A QUESTÃO DO RISCO DO DESENVOLVIMENTO)

Aqui também se discute mais uma espécie de excludente de responsabilidade não prevista de forma expressa no CDC e que vem ganhando muita força nos últimos anos, principalmente em razão de sua adoção pela União Européia, através da Diretiva nº 85/374 (Art. 7º, e).

Duas questões são abordadas pelos doutrinadores para sustentar a aplicação do risco do desenvolvimento como excludente de responsabilidade nas relações de consumo, que são: a) o interesse da sociedade no aprimoramento da ciência e b) desencorajamento do setor produtivo na comercialização de produtos novos.<sup>74</sup>

Através de uma interpretação *a contrario sensu*, conclui-se ser lícito ao fornecedor (de produtos e tratamentos médicos) inserir no mercado produtos e tratamentos que não sabia – nem deveria saber (em razão do conhecimento científico existente à época da inserção), apresentarem certo grau de perigo, *standard* esse que serve, ao mesmo tempo, como limite para a expectativa da segurança do consumidor.<sup>75</sup>

Em artigo publicado na Revista de Direito do Consumidor, o Professor James J. Marins de Souza ressaltou brilhantemente a questão do conhecimento da ciência à época da introdução do produto no mercado, dizendo: “Ademais, se se levar em conta a época em que o produto foi colocado no mercado de consumo – circunstância obrigatória relevante – não pode haver legítima expectativa de segurança que vá além da ciência existente. Isto é, qualquer

<sup>71</sup> DOERJ 08.08.2003, Rel. Des. Helena Belc Klausner, AC 2003.001.06044, 12ª CC/TJRJ.

<sup>72</sup> TEPEDINO, Gustavo. Ob. cit. Pág. 65. No mesmo sentido: RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Ob. cit. Pág. 92.

<sup>73</sup> DOERJ 08.05.2006, Rel. Des. Sidney Hartung, AC 2006.001.08498, 4ª CC/TJRJ.

<sup>74</sup> TEPEDINO, Gustavo. Ob. cit. Pág. 65.

<sup>75</sup> TEPEDINO, Gustavo. Ob. cit. Pág. 66.

expectativa de segurança somente é legítima se não pretender que o produto possa superar o grau de conhecimento científico existente quando de sua introdução no mercado. Com isto se quer dizer que ‘o limite da previsibilidade exclui a obrigação de reparar aqueles eventos danosos que no momento da comercialização do produto não houveram podido ser previstos de acordo com o nível de conhecimentos científicos e técnicos existentes nesse momento (entwicklungsgefahren)’<sup>76</sup>, chegando mesmo a possibilitar que se afirme tratar de hipótese de “caso fortuito”, liberador da responsabilidade.

Dessa forma, a alegação de inexigibilidade de outro resultado, dentro do conhecimento atual da medicina, se baseia totalmente na teoria do risco do desenvolvimento, sendo, portanto, plenamente admissível, consoante entendimento que vem prevalecendo na doutrina e, ao que tudo indica, também prevalecerá na Jurisprudência.

#### 5.4 FATOS DAS COISAS<sup>77</sup>

Neste tópico abordamos as questões relacionadas aos aparatos utilizados pelo médico no exercício de sua profissão, como por exemplo, os instrumentos cirúrgicos e os aparelhos de raios X.

Ocorrendo dano ao paciente em decorrência do uso desses equipamentos, o médico poderá ser responsabilizado e ser obrigado a indenizá-lo.

Há de ser feita uma distinção: o dano causado pelo próprio médico por intermédio dos aparelhos e o dano diretamente causado pelo próprio aparelho.

No primeiro caso, o médico responde pelo dano que causar através dos instrumentos hospitalares, por não dominar a respectiva técnica de uso e manejo ou por utilizar aparelho em condições inadequadas. A prova liberatória da culpa deve ser produzida pelo próprio médico, que deverá demonstrar que o dano não foi ocasionado pela utilização indevida nem pelas condições do aparelho, já que o médico, assim como os entes prestadores de serviços médicos, têm o dever de prudência e diligência quando utilizam um produto ou instrumento, devendo ter maiores cuidados na escolha, manutenção e conservação deles.<sup>78</sup>

No segundo caso, de dano causado diretamente pelo equipamento, cujo defeito o médico não conhecia nem podia prever, a responsabilidade é do fabricante.<sup>79</sup>

Ora, se o dano foi ocasionado pelo aparelho e não pelo médico, deve o fabricante ser responsabilizado de forma objetiva perante o consumidor, já que não obrou o profissional de saúde com culpa. Aqui, médico e paciente são equiparados por força do art. 17 do CDC, podendo ambos pleitear o ressarcimento de seus prejuízos face ao fabricante ou mesmo ao importador, quando for o caso.<sup>80</sup>

Lízia de Pedro Cintra defende que a hipótese seria de direito de regresso do médico em face do fabricante/importador e não de exclusão de responsabilidade, afirmando que “Caso um incidente ocorra, tendo sido provocado por instrumento defeituoso ou com vício de fabricação, a responsabilidade última será do fabricante ou do importador do aparelho. Sendo o médico condenado a indenizar prejuízo ao doente, decorrente desse tipo de defeito ou vício, caberá a ele impetrar uma ação de regresso contra o importador do equipamento ou seu fabricante, para ser ressarcido das despesas que teve por ser responsabilizado, em juízo, pelos danos causados ao paciente.”<sup>81</sup>

É de se salientar que nesse caso também está presente o dever de informar, cabendo ao médico alertar o consumidor sobre eventuais riscos existentes no aparato por ele utilizado. Nas palavras de José de Aguiar Dias “Temos dúvida em aceitar integralmente o ensinamento, considerando que o cliente, de ordinário, ignora os riscos de instrumentos médicos. Como presumir que aceite estes riscos? O caso, para nós, incide no âmbito da regra fundamental concernente ao exercício da profissão. Se a aplicação do instrumento oferece riscos, é dever do médico advertir deles o cliente, respondendo pelas conseqüências danosas, se não o faz.”<sup>82</sup>

Fica mais uma vez evidente o papel da confiança na relação médico-paciente, que, caso violada, importa na responsabilização do profissional e no conseqüente dever de indenizar.

#### 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil, tanto dos médicos como dos hospitais, seguradoras e operadoras de planos de assistência à saúde, ainda está sujeito a discussões, seja no tocante à forma da responsabilização (subjéctiva ou objectiva),

<sup>76</sup> SOUZA, James J. Marins de. Risco de Desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos. Revista de Direito do Consumidor, vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. Pág. 128.

<sup>77</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesel. Ob. cit. Pág. 115.

<sup>78</sup> ROMANELO NETO, Jerônimo. Ob. cit. Pág. 120.

<sup>79</sup> ROMANELO NETO, Jerônimo. Ob. cit. Pág. 120.

<sup>80</sup> ROMANELO NETO, Jerônimo. Ob. cit. Págs. 121/122.

<sup>81</sup> CINTRA, Lízia de Pedro. Ob. cit.

<sup>82</sup> DIAS, José de Aguiar *Apud* SOUZA, Néri Tadeu Câmara. Responsabilidade civil no erro médico: Filosofia y Derecho. Disponível em: <<http://www.filosofiaderecho.com/cedj/numero0/erro2.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2003.

ao tipo de obrigação (de meio ou de resultado) ou da extensão da ressalva prevista no §4º do art. 14 do CDC.

As falhas em diagnósticos trazem à discussão algumas questões relevantes, visto que podem causar danos, em certos casos até irreversíveis e extremos como a morte de um paciente em decorrência de um diagnóstico equivocado. No tocante às excludentes de responsabilidade, o ponto mais intrigante é o risco do desenvolvimento, assunto bastante recente e que gera as mais ardentes discussões, não só no campo da medicina, mas em todas as relações consideradas de consumo.

Ainda que apontado como ponto, parece-nos insustentável a responsabilidade das seguradoras como decorrência do fornecimento de relação de médicos aos clientes consumidores.

Por fim, podemos eleger a confiança e, como conseqüência, o dever de informar do médico, os elementos fundamentais na relação médico-paciente e em todas as relações dela decorrentes, sendo sua violação fato gerador do dever de indenizar.

## 7. REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Heloisa Helena. A responsabilidade civil médica no Brasil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 19, p. 49-64, jul/set. 2004.
- CARVALHO, Fabrício Silva de. Cláusula geral de responsabilidade objetiva e a responsabilidade civil dos profissionais liberais nas relações de consumo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 15, p. 271-278, jul/set. 2003.
- CASABONA, Carlos Maria Romeo. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos *in* CASABONA, Carlos Maria Romeo e QUEIROZ, Juliana Fernandes. *Biotechnology e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, 128-172.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CINTRA, Lizia de Pedro. Da responsabilidade civil dos estabelecimentos de saúde. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2458>>. Acesso em: 31 mar. 2006.
- DENARI, Zelmo et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do projeto*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- FIGUEIREDO, Sálvio Teixeira (Coord.). *Direito & Medicina: aspectos jurídicos da Medicina*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- FOSTER, Nestor José. *Cirurgia Plástica Estética – Obrigação de resultado ou obrigação de meios?* – *Revista dos Tribunais*, nº 738, São Paulo, abril 1997.
- GIOSTRI, Hildegard Taggesel. Algumas reflexões sobre as obrigações de meio e de resultado na avaliação da responsabilidade médica. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, p. 101/116, jan/mar. 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 1998.
- MORAIS, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Responsabilidade civil das entidades hospitalares. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 10, p. 79-109, abr./jun. 2002.
- ROMANELLO NETO, Jerônimo. *Responsabilidade civil dos médicos*, 1.ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de e TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade e objeção de consciência religiosa. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, p.121-139, 2005.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SOUZA, James J. Marins de. Risco de desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo v. 6, 1993.
- SOUZA, Néri Tadeu Câmara. Responsabilidade civil no erro médico: Filosofia y Derecho. Disponível em: <<http://www.filosofiyderecho.com/cedj/numero0/erro2.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2003.
- TEIXEIRA, Úrsula Ribeiro de Figueiredo; FIGUEIREDO, Vinícius Ribeiro de. Jurisprudência selecionada. In: FIGUEIREDO, Sálvio Teixeira (Coord.). *Direito & Medicina: aspectos jurídicos da Medicina*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 408-409.
- TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 2, p. 41-75, abr./jun. 2000.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. A responsabilidade civil por erro médico. In: FIGUEIREDO, Sálvio Teixeira (Coord.). *Direito & Medicina: aspectos jurídicos da Medicina*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 123.



## **A APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO E DO ARTIGO 14º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR SOBRE A ATIVIDADE HOSPITALAR**

**Ernesto BELTRAMI FILHO\***

### **RESUMO**

Este trabalho visa discutir a aplicação da teoria do risco e do artigo 14º do Código de Defesa do Consumidor sobre a atividade hospitalar. Na análise do autor, a aplicação da norma que dispõe sobre referida teoria deve levar em conta se a atividade profissional impõe risco a outrem e, se decorre de norma específica à área da saúde.

### **ABSTRACT**

The present study aims to discuss the application of the Risk Theory and the 14<sup>th</sup> article of the Consumer Rights Code regarding hospital activities. Under the author analysis, the application of the rules which deal with the Risk Theory, must consider if the professional activity implies risk to other ones and also if the application of these rules emanate from a specific regulation of the health field

### **I - INTRODUÇÃO**

No que compete exclusivamente ao presente estudo, procuro debater a responsabilidade civil das instituições hospitalares, e a aplicação dos princípios da teoria do risco segundo o Código de Defesa do Consumidor.

O que se tem observado, após o advento do Código de Defesa do Consumidor é a aplicação quase que irrestrita da teoria do risco sobre as empresas fornecedoras de serviço, já que o artigo 14 dispõe que "...O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores...".

Este breve estudo visa demonstrar que, para aplicação do referido dispositivo consumerista, deve ser verificado se a atividade fim, por si só, impõe risco a integridade física da pessoa.

Ainda na análise do autor, para a aplicação da teoria do risco da atividade, não basta o artigo em análise dizer que o fornecedor de serviço responde independentemente da existência de culpa (dispositivo genérico), já que se faz necessária lei específica à atividade desenvolvida, e que esta disponha sobre a responsabilidade independentemente de culpa, a exemplo do que se verifica na Lei 2681/12 (transporte de pessoas e coisas), Lei 6543/77 (responsabilidade civil por danos nucleares), etc.

Segundo o autor, há distinção entre risco do procedimento, e atividade de risco, e, portanto devem ser tratados de forma diversa.

O direito médico na verdade desafia os tribunais brasileiros, já que ao apreciar o caso concreto e aplicar o direito, deve ser considerado o imponderável, bem como que cada indivíduo se traduz num universo individual, livre, soberano sobre si mesmo e criador de realidades pessoais.

\* Advogado, Catedrático da Academia Nac. de Seguros e Previdência.

Tudo isto, que seguramente exerce influência sobre o prognóstico, diagnóstico e terapia adotada.

## II – ASPECTOS GERAIS

As atividades profissionais carregam em si responsabilidade, e segundo a doutrina de José de Aguiar Dias, “Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade. Isso talvez dificulte o problema de fixar o seu conceito, que varia tanto como os aspectos que pode abranger, conforme as teorias filosófico-jurídicas.”

Várias são, pois, as significações. Os que se fundam na doutrina do livre- arbítrio, pondera o emitente Pontes de Miranda, sustentam uma aceção que repugna à ciência. Outros se baseiam na distinção, aliás bem vaga e imprecisa, entre psicologia normal e patológica. Resta rigorosamente sociológica, a noção da responsabilidade como aspecto da realidade social. Decorre dos fatos sociais, é o fato social. Os julgamentos de responsabilidade (por exemplo: a condenação do assassino ou do ladrão, do membro da família que a desonrou) são “reflexos individuais, psicológicos, do fato exterior social, objetivo, que é a *relação de responsabilidade*. Das relações de responsabilidade, a investigação científica chega ao conceito de *personalidade*. Com efeito, não se concebem nem a sanção, nem a indenização, nem a recompensa, sem o indivíduo que as deva receber, como seu ponto de aplicação, ou seja, o sujeito passivo, ou paciente”<sup>1</sup>

O mestre Washington de Barros Monteiro na sua magistral obra afirma que “Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos. Assim dispõe o Código Civil no art. 1.056.”<sup>2</sup>

Por sua vez, o prestigiado Wilson Melo da Silva, nos ensina “Emmanuel Levy, estribado na culpa (pelo menos nominalmente), esclarece que há obrigação de indenizar sempre que alguém é enganado na confiança que, para agir, necessita de ter sempre em seus semelhantes. De um modo geral, consoante esse autor, são responsáveis para conosco, na medida em que temos a necessidade de ter confiança neles, todos aqueles que, por uma traição a isso, nos levaram a danos. E, inversamente, na medida em que somos obrigados a confiar em nós mesmos para agir, nós não podemos ser considerados responsáveis para com terceiros.”<sup>3</sup>

Não se pode negar que determinadas atividades profissionais, pela sua natureza, carregam maior ou menor potencialidade de risco, a tal ponto de existirem normas especiais, que tornam expressa a aplicação do princípio da responsabilidade objetiva, a exemplo da Responsabilidade Civil das Estradas de Ferro, Responsabilidade Civil por danos nucleares, etc.

Algumas atividades profissionais estão em evidência no cenário do Poder Judiciário ante a evolução do direito, em especial do instituto da responsabilidade civil, notadamente porque a parte lesada tem buscado o legítimo interesse da tutela jurisdicional.

A atividade médica e hospitalar são exemplos de destaque no cenário do Poder Judiciário, universitário, jornalístico, etc., notadamente pela complexidade e especificidade que envolve.

A atividade que me refiro e que interessa ao presente estudo é a que exerce os hospitais, já que o cidadão no mundo moderno conhece o seu direito de reclamar quando da ocorrência de má prestação de serviço, tendo como grande marco inicial a constituição federal de 1988 e, pouco tempo depois, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), e mais recentemente, o artigo 927 do Código Civil em especial, notadamente o seu parágrafo único como se verá mais adiante.

Outras atividades, todavia, por não acarretarem grande risco aos direitos alheios, são tratados segundo o regramento probatório, o qual prevê, para a assunção da responsabilidade, a existência do dano, a verificação do nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o evento danoso.

Enquanto a teoria objetiva é baseada no risco e não no dano (presume-se culpado o devedor), na subjetiva deve ser demonstrada como dito acima, mesmo tratando-se de profissionais liberais, segundo dispõe o Código de Defesa do Consumidor, artigo 14º § 4º mais adiante apresentada.

Portanto, o Brasil adota o regime da responsabilidade civil decorrente da norma geral (Código Civil) e, ao mesmo tempo, o direito excepcional editado por diversas normas específicas (Código de Defesa do Consumidor, Código Brasileiro de Aeronáutica, etc.)

A relação começa desde antes da concepção final do contrato, o que se denomina de período pré-contratual, a qual deve ser norteada pelos princípios da boa-fé e lealdade.

<sup>1</sup> MIRANDA, Pontes de, Tratado de Direito privado, 2ª edição, RJ 1966

<sup>2</sup> MONTEIRO, Washington de Barros, Direito das Obrigações, 18ª edição

<sup>3</sup> SILVA, Wilson Melo, Responsabilidade sem culpa, 2ª edição

Isto significa dizer, que as partes contratantes devem agir de forma incensurável e segundo as regras dos usos e costumes, sob pena de rompimento por quaisquer delas.

Interessa ao presente estudo evidenciar que, segundo Laudelino Freire o erro profissional ou de ofício “Aquele que se comete na matéria que se professa ou no cargo que se exerce, por engano, descuido, ignorância ou inaptidão.”<sup>4</sup>

E arremata o mestre Cunha Gonçalves “Juízo incorreto acerca de uma coisa, de um fato, ou de uma pessoa, derivado da ignorância ou do imperfeito conhecimento da realidade das circunstâncias concretas ou dos princípios jurídicos aplicáveis.”.

No sistema civil brasileiro, o erro profissional incide sobre dois campos distintos de responsabilidade: a objetiva e a subjetiva ou extracontratual.

Segundo o Professor Moacyr de Oliveira “Em certos contratos *intuitu personae*, à base de confiança e idoneidade profissional, de que é exemplo o mandato, a lei civil recomenda o uso de diligência habitual em sua execução, como se o negócio fora do próprio mandatário (art. 1300). (...) “O grau de diligência de que há de responder o prestador determina-se pela relação contratual, tendo em conta o grau de cultura, os conhecimentos técnicos necessários para executar o trabalho e os dotes e qualidades do devedor, que o patrão conhece ou fosse obrigado a conhecer”<sup>5</sup>

### III- RESPONSABILIDADE OBJETIVA E DA ATIVIDADE DE RISCO

Pela teoria da responsabilidade objetiva, ou sem culpa, assim denominada por muitos doutrinadores, o fator culpa não se mostra relevante, já que o agente causador do dano é obrigado a indenizar somente pela causação do prejuízo, sem se perquirir sobre a sua responsabilidade.

Basta à demonstração da relação de causalidade entre o dano e seu causador, e a conseqüente obrigação de indenizar, cuja aplicação se observa sobre diversas atividades profissionais.

Como visto sucintamente acima, existem atividades que pela sua natureza carregam para si maior potencialidade de risco de dano outrem, ou ainda “...quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (§ único, art. 927 Código Civil).

No Brasil contemporâneo existem diversas normas que aplicam o princípio da responsabilidade objetiva, como se vê do Decreto 2.681/1912 (responsabilidade civil das estradas de ferro), Lei nº 6.453/77 (responsabilidade Civil por danos nucleares), Código Brasileiro de Aeronáutico, etc.

Com muita percepção o professor e jurista, J. J. Calmon de Passos afirma que “Os proveitos e vantagens do mundo tecnológico são postos num dos pratos da balança. No outro, a necessidade de o vitimado em benefício de todos poder responsabilizar alguém, em que pese o coletivo da culpa. O desafio é como equilibra-los. Nessas circunstâncias, fala-se em responsabilidade objetiva e elabora-se a teoria do risco, dando-se ênfase à mera relação de causalidade, abstraindo-se, inclusive, tanto da ilicitude do ato quanto da existência de culpa”.<sup>6</sup>

O Código Civil de 2002, que passou a vigorar em 10 de janeiro de 2003, ensina através do artigo 927 § único, que haverá obrigação de reparar o dano, *independentemente* de culpa, na linha da responsabilidade objetiva, nos casos especificados em lei ou, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, *risco para os direitos de outrem*.

Quanto a primeira hipótese, basta ao visualizar os casos de responsabilidade objetiva na legislação especial ou extravagante (Responsabilidade Civil das Estradas de Ferro, (Decreto 2.681/12), Responsabilidade Civil por danos nucleares, ou na própria Constituição Federal. Por isto, a responsabilidade objetiva também é chamada de responsabilidade pelo risco (teoria do risco).

O Código de Defesa Consumidor adota a teoria do risco, mas ao mesmo tempo admite a exceção quando o ato comissivo ou omissivo for praticado por profissionais liberais (art. 14 § 4º).

O artigo 12 contido no Código de Defesa do Consumidor adota a teoria da responsabilidade independentemente de culpa, quando se tratar de fabricante, produtor, construtor nacional ou estrangeiro, e o importador por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos dentre outras hipóteses.

Assim, o fornecedor de serviços, responde independentemente da existência de culpa pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos:

<sup>4</sup> FREIRE, Laudelino, Grande e Novíssimo dicionário da língua portuguesa, 1954

<sup>5</sup> OLIVEIRA, Moacyr de, Enciclopédia Saraiva do Direito, nº 32, pg. 528.

<sup>6</sup> PASSOS, José Joaquim Calon de, O Imoral das indenizações por dano moral.

“Art. 14 - O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”

Como dito anteriormente, a doutrina reconhece que recairá sobre o operador da instalação nuclear a responsabilidade civil pela reparação de dano, e independentemente da existência de culpa, nos termos da Lei nº 6.453/77.

Lembro ainda do Decreto nº 2.681/12 (Responsabilidade Civil das Estradas de Ferro), o qual largamente subsidia por analogia o transporte rodoviário de mercadoria, o qual no seu artigo 1º adota a teoria da responsabilidade sem culpa:

“Art. 1º - As estradas de ferro serão responsáveis pela perda total ou parcial, furto ou avaria das mercadorias que receberem para transportar.

Será sempre presumida a culpa e contra esta presunção só se admitirá algumas das seguintes provas:”

Também o Decreto 6.453/77 que dispõe sobre responsabilidade Civil por danos nucleares claramente aplica a teoria do risco da atividade:

Art. 4º - Será exclusiva do operador da instalação nuclear, nos termos desta Lei, independentemente da existência de culpa, a responsabilidade civil pela reparação de dano nuclear causado por acidente nuclear:

A Constituição Federal artigo 37º § 6º adota também aplica a responsabilidade objetiva, sendo desnecessária a demonstração da culpa do Estado:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos

responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Os perigos advindos da vida moderna, a multiplicidade de acidentes e a crescente impossibilidade de provar a causa dos sinistros e a culpa do autor do ato ilícito acarretaram o surgimento da teoria do risco ou da responsabilidade objetiva, a demonstrar que o Direito é “..uma ciência nascida da vida e feita para disciplinar a própria vida”<sup>7</sup>.

O Código Civil antigo em seu artigo 1.545, outrossim, fazia alusão a responsabilidade civil dos médicos, dentre outros profissionais liberais, notadamente na modalidade culposa;

“Art. 1.545 - Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento.”

Com o advento do Código Civil, que passou a vigorar no dia 12/01/2003, a responsabilidade civil do médico e da instituição da saúde encontra-se delineada nos artigos 948 a 951, notadamente este último que diz:

“Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.”

Como se verifica no dispositivo acima, para a assunção da responsabilidade civil do médico, deve ser provado que o ato lesivo decorreu por negligência, imprudência ou imperícia, e durante o exercício da atividade, aplicando-se ainda os artigos 948 a 950, na hipótese de restar demonstrada a sua culpa, os quais dizem o seguinte:

“Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.”

<sup>7</sup> LIMA, Alvino, Culpa e Risco, 1ª ed., 2ª tir., RT, 1963, pg. 42.3

“Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.”

“Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.”

Portanto, e sem esforço, segundo a doutrina expressa na obra coordenada por Ricardo Fiúza, o dever de reparar “.....surge, em regra geral, de atos ilícitos, diante dos quais é necessária a demonstração da culpa, em sentido largo, do lesante...”<sup>8</sup>

Silvio Venosa, ao estudar a nova ordem civil aponta que “há importante inovação no novo Código Civil, presente no parágrafo único do artigo 927. Por esse dispositivo, a responsabilidade objetiva aplica-se, além dos casos descritos em lei, também “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Por esse dispositivo o magistrado poderá definir como objetiva, ou seja, independente de culpa, a responsabilidade do causador do dano no caso concreto. Esse alargamento da noção de responsabilidade constitui, na verdade, a maior inovação do novo código em matéria de responsabilidade”<sup>9</sup>

Com o devido respeito ao comentário acima, mas a outorga de poder ao Juiz para que possa definir se sobre determinada atividade profissional deve ser aplicada a teoria do risco, poderá desvirtuar a real intenção fundamental que originou a teoria da responsabilidade objetiva, notadamente a despeito da teoria do risco criado e da atividade exercida.

No mundo jurídico atual, a aplicação do princípio da responsabilidade objetiva sobre determinadas atividades profissionais são alvos de profundos estudos e sob a batuta de honrosos doutrinadores, notadamente após o advento do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

#### IV – DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO E DO ARTIGO 14º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR SOBRE A ATIVIDADE HOSPITALAR

Muito se fala sobre a aplicação do princípio da responsabilidade objetiva sobre diversas atividades profissionais, mas para tanto, não se pode esquecer que deve aferido se a atividade por si só representa risco à coletividade e ao particular, como ‘*conditio sine qua non*’ para conferir referido princípio.

Para a aplicação da teoria do risco dispensa-se o elemento culpa para a assunção da responsabilidade, razão pela qual chamar-se também “responsabilidade sem culpa”.

Pela teoria do risco como dito acima “não se cogita da intenção ou modo de atuação do agente, mas apenas a relação de causalidade entre a ação lesiva e o dano.”<sup>10</sup>

Determinados riscos são inerentes a atividade empresarial, a exemplo do que ocorre com transporte de coisas e pessoas, onde se baseia no princípio da “equidade” “quem lucra com uma situação responde pelo risco ou desvantagens dela decorrentes”<sup>11</sup>, na medida em que cria risco de dano para terceiros.

O Código Civil atual mantém a aplicação deste conceito, e sobre as pessoas jurídicas e/ou empregadores, quando aponta que estes assumem a responsabilidade independentemente da culpa:

“Art. 927 – Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”

A despeito da teoria do risco, duas situações são verificadas. A primeira, a responsabilidade civil poderá ser reconhecida, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei. A segunda, a responsabilidade civil poderá ser reconhecida, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

<sup>8</sup> FIUZA, Ricardo, Novo Código Civil Comentado, 1ª edição, 2003.

<sup>9</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. “A responsabilidade objetiva no novo código civil”. [www.societario.com.br/demarest](http://www.societario.com.br/demarest).

<sup>10</sup> BITTAR, Carlos Alberto, Responsabilidade civil nas atividades nucleares, RT 1985.

<sup>11</sup> Enciclopédia Saraiva do Direito

Para aplicação da teoria culpa presumida, deve ser observado se a atividade pela sua natureza implica riscos e perigo, de tal forma que, caso, não seja perigosa ou não implicar riscos aos direitos de outrem, será aplicada a responsabilização subjetiva, que não dispensa a comprovação de culpa.

Dentro deste aspecto um ponto que se mostra relevante são as atividades que tem um risco inerente, ou seja, o risco está tão intimamente ligado a ela que, a atividade, por si só, já representa perigo<sup>12</sup>.

Ao presente trabalho deve ser lembrada a teoria do risco criado, segundo o qual Caio Mario ao citar Sergio Cavalieri Filho é "...aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo se houver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo"<sup>13</sup>.

Neste compasso, entendo que a atividade hospitalar já por aí não representa riscos à coletividade ou ao particular, porquanto são representadas pelos profissionais da medicina que devem precipuamente empregar toda a diligência necessária através dos seus conhecimentos técnico-científicos, observando ainda as determinações éticas.

Tal princípio se verifica no Código de Ética Médica "Art. 2º. O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional."

Acolher tese diversa é impor sobre o profissional da medicina e conseqüentemente as instituições de saúde, a obrigação da infalibilidade, que não se pode aceitar, porquanto nem mesmo exame pré-operatório existe na atualidade, que de alguma forma possa aferir o grau de intolerância do paciente.

Como lembrado anteriormente, verifica-se a responsabilidade independentemente da culpa nos casos especificados em lei e, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Não é o caso dos hospitais, pois inexistente norma específica que assente a sua responsabilidade objetiva diante da atividade que normalmente desenvolve, tampouco a sua atividade pela sua natureza, implica risco aos direitos das pessoas.

Nem mesmo se pretenda aplicar a teoria do 'risco criado', segundo esmerada doutrina acima, já que também ela admite a exclusão da responsabilidade quando "...se houver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo", ao contrário das exceções previstas pelos incisos I e II do § 3º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

As medidas idôneas referidas acima, evidentemente representam todas as ações necessárias e conhecidas para se chegar ao resultado esperado, em especial a aplicação do conhecimento e da técnica durante a prestação de serviço hospitalar.

Silvio de Salvo Venozza sobre a teoria do risco criado afirma:

"Ao analisar a teoria do risco, mais exatamente do chamado risco criado, nesta fase de responsabilidade civil de pós-modernidade, o que se leva em conta é a potencialidade de ocasionar danos; noção introduzida pelo Código Civil de 1942 (art. 2050). Leva-se em conta o perigo da atividade do causador do dano por sua natureza..."<sup>14</sup>.

A aplicação da teoria do risco criado, somente se dará quando a atividade por si só causar dano a outrem. Situação esta que não se verifica na quando natureza da atividade hospitalar.

Já por esta razão, entendo que não se aplica a teoria do risco sobre a atividade hospitalar.

Mesmo quanto a aplicação do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, e para fins da assunção da responsabilidade objetiva, deverá ser verificado obrigatoriamente se a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, em risco para os direitos de outrem, e, ainda, "causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade (Enunciado 38º - aprovado pelo CJF 11 a 13.09.2002), como, por exemplo, nos casos de fabricação e comercialização de fogos de artifício, transporte de produtos inflamáveis, etc.).

Feitas estas breves considerações, basicamente tem-se o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor e o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, fazem alusão a aplicação da teoria do risco (responsabilidade independentemente da culpa) sobre o fornecedor de serviço:

<sup>12</sup> DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. Comentários ao novo código civil, Vol. XIII, p. 148.

<sup>13</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil.. ed. Forense, 1992, p.24. Apud Cavalieri Filho, Sérgio, ob. cit., p.148.

<sup>14</sup> VENOZA, Silvio de Salvo. Responsabilidade civil, 4ª edição, São Paulo, 2004, página 17, Atlas.

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Diz o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor que o fornecedor responde independentemente da existência de culpa, enquanto o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil que, a obrigação de reparação se dará independentemente de culpa nos casos prescritos em lei ou, quando a atividade do profissional implicar riscos a outrem.

O artigo 14 da norma consumerista apesar de aplicar a teoria do risco, o faz de forma genérica, irrestrita e independentemente da atividade que o fornecedor de serviço exerce. Distanciada assim da teoria do risco, segundo a qual somente se verifica quando a lei especificar ou, quando a atividade pela sua natureza implica riscos e perigo a outrem.

Não se pode esquecer, que a norma ordinária deve atender não só os preceitos constitucionais, mas também a doutrina, sob pena de perverter a melhor exegese e permitir interpretações inúmeras em detrimento da efetiva prestação jurisdicional e equilíbrio processual.

Para a assunção da responsabilidade objetiva, deve ser aferida se a atividade fim do hospital impõe risco e perigo a outrem, o que não se pode confundir com risco do procedimento médico. São coisas distintas.

Creio que a atividade hospitalar por si só não impõe risco aos direitos de outrem, já que foge dos requisitos fundamentais que devem ser observados ao aplicar a responsabilidade objetiva, como se vê através do transporte de pessoas e coisas (Lei nº 2681/12), responsabilidade Civil por danos nucleares (Lei nº 6.453/77), transporte de produtos perigosos (Decretos. nº 96.044/88 e 98.973/90), fabricação de fogos de artifícios, Código de Mineração, Código Brasileiro de Aeronáutica, e outras.

Por outro lado, para a melhor compreensão do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, quanto à aplicação da teoria do risco, reporto-me as palavras acima, já que é necessário aferir se a atividade pela sua natureza impõe risco e perigo a outrem.

Mas mesmo quando o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil discorre que a haverá responsabilidade independentemente de culpa para os casos prescritos em lei, esta somente se for específica à atividade profissional, não bastando a existência do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, já que é genérica e não especial.

Ou seja, quando o artigo 927 do Código Civil discorre que “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei...”, não está se referindo a norma genérica como se vê do art. 14 do CDC, mas sim a regra especial como exemplificado anteriormente (transporte de pessoas e coisas - Lei nº 2681/12, responsabilidade Civil por danos nucleares - Lei nº 6.453/77, transporte de produtos perigosos - Decreto nº 96.044/88 e Decreto nº 98.973/90, fabricação de fogos de artifícios), Código Brasileiro de Aeronáutica, e outras.

Na fala do mestre Silvio Venosa, se a intenção do art. 927 do CC era tão somente permitir ao Magistrado “...definir como objetiva, (...) a responsabilidade do causador do dano no caso concreto.”, efetivamente o texto não mostra a nitidez necessária para tanto.

Somente nos casos especificados em lei é que haverá a obrigação de reparar o dano, de maneira que é necessária a existência de norma específica à atividade profissional, a exemplo das que já existem no Brasil, e que perfeitamente atendem a melhor exegese do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil.

Este dispositivo assegura que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, na linha da responsabilidade objetiva:

- a) nos casos especificados em lei; ou,
- b) quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Quanto à primeira situação do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, basta ao interprete procurar os casos de responsabilidade objetiva na legislação especial ou infraconstitucional, ou mesmo a na Constituição Federal, como, por exemplo, Responsabilidade Civil das Estradas de Ferro, (Decreto 2.681/1912), Responsabilidade Civil por danos nucleares (Lei nº 6.453, de 17 de outubro de 1977 e Dec. 911/1993), Responsabilidade Civil do Estado no âmbito do art. 37, §6º da Constituição Federal, etc.

A despeito da segunda situação acima posta, vale dizer que o objetivo social de uma empresa em confronto com a forma do exercício desse objetivo é que sinaliza se a atividade é perigosa e/ou cria dano de qualquer outra espécie.

Portanto, a segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil na verdade contém uma cláusula geral de teoria do risco e que se baseia na periculosidade, a qual deve ser conferida objetivamente, pela sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, e não em virtude do comportamento negligente ou imprudente de quem agiu.

Entendo assim que, a periculosidade deve ser um predicado preexistente da atividade, intrínseca e não eliminável.

A atividade normalmente desenvolvida pelo hospital não acarreta dano, mas sim a má prática médica, e assim considerada, se desatendidos os preceitos técnicos e científicos.

Sob a ótica penal, vale conferir o pensamento do professor Luiz Flávio Gomes, profere conceito didático sobre o assunto e sob a ótica penal:

“A teoria da imputação objetiva consiste basicamente no seguinte: só pode ser responsabilizado penalmente por um fato (leia-se: a um sujeito só pode ser imputado o fato), se ele criou ou incrementou um risco proibido relevante e, ademais, se o resultado jurídico decorreu desse risco (isto é: se a lesão ou o perigo concreto de lesão ao bem jurídico decorreu desse risco).<sup>15</sup>

Portanto, creio que artigo 927 deve ser interpretado restritivamente e se aplica apenas àquelas atividades cujos processos de produção e serviços sejam perigosos em si, e somente nestas hipóteses será aplicada a teoria do risco, enquanto os demais casos continuarão a ser regidos pela teoria da culpa.

## V – DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO E DA NECESSIDADE APURAÇÃO DA CULPA

Como se sabe, diversas atividades pressupõem uma relação, cuja obrigação pode ser de meio ou de resultado.

Nas obrigações de resultado espera-se um resultado ajustado e/ou contratado, enquanto nas obrigações de meio o profissional somente se obriga utilizar a técnica conhecida, e norteado pela prudência e diligência normal, com a finalidade de chegar ao resultado, a exemplo dos médicos, que assumem a obrigação de meio, a qual está calcada na

conduta vigilante a partir do primeiro contato e até o final do tratamento e/ou terapia.

Este tema é muito importante, já que está intimamente ligado a atividade fim do profissional, cuja promessa (obrigação de resultado) não atendida conduz inexoravelmente a condenação judicial, enquanto o observador ou o juiz, no âmbito de obrigação de meio somente verificará se foram adotadas as técnicas e diligências com a finalidade de chegar ao resultado

Assim sendo, tomo a liberdade de conduzir este breve estudo a despeito da atividade que exerce o profissional da saúde, frente à aplicação do princípio da obrigação de meio ou de resultado, que no mundo contemporâneo traz tantas e tantas discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Assim sendo, a responsabilidade médico-paciente pressupõe uma relação, cuja obrigação ao meu sentir é de meio, já que o profissional ao ser contratado não está obrigado a curá-lo, mas sim, prestar-lhe toda a assistência e diligência necessária através dos seus conhecimentos técnico-científicos.

A responsabilidade civil dos médicos é tema que no Brasil é discutida quanto a aplicação da sua constituição fundamental, ou seja, se se traduz numa obrigação de resultado ou de meio, já que as conseqüências jurídicas são distintas como se verá adiante.

Vale lembrar, que se por um lado o médico se compromete assistir da melhor maneira possível o paciente, e este por sua vez, deve se comprometer a cumprir todas as recomendações passadas, com a finalidade de alcançar o melhor resultado possível.

Tratando-se de profissional da medicina a qual naturalmente não carrega para si a garantia da cura, fácil entender que a sua atividade é de meio e não de resultado, já que deve agir com prudência, e empregar diligência durante a prestação do serviço e aplicação da terapia, segundo mencionado o artigo 2º do Código de Ética Médica anteriormente transcrito.

O doutrinador Washington de Barros Monteiro ensina que, “Nas obrigações de meio, o devedor obriga-se a empregar diligência, a conduzir-se com prudência, para atingir a meta colimada pelo ato. Dessa índole é, exemplificadamente, obrigação assumida pelo médico, que se compromete a cuidar do enfermo; da mesma natureza,

<sup>15</sup> Apostila de Direito Penal, p. 72 do Curso Jurídico Preparatório p/ Concursos Públicos. Instituto de Ensino Luiz Flávio Gomes

obrigação do advogado, a quem se confia o patrocínio de uma causa.”<sup>16</sup>

Tanto é assim, que até mesmo a vigorosa norma especial, representada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) assegura a aplicação do princípio da obrigação de meio, já que a responsabilidade somente decorre quando verificada a culpa:

“Art. 14 - O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

Desta forma, nas obrigações de meio, como a que se impõe sobre o médico, para a caracterização da sua responsabilidade, é necessário que o paciente demonstre eficaz e robustamente, não só o resultado danoso, mas essencialmente que este tenha decorrido da ação ou omissão do profissional.

E mais, deve ser demonstrado que o dano tenha ocorrido por imperícia (falta de prática ou ausência de conhecimento que se mostram necessários para a prática da profissão), imprudência (descuido) ou, negligência (inobservância do dever).

Somente se pode admitir a aplicação da obrigação de resultado sobre a atividade médica, mesmo em relação a determinados especialistas (anestesiista, cirurgião plástico, etc.), se de alguma forma o profissional obrigou-se ao êxito.

Segundo a professora Hildergard Taggesell Giostri, a obrigação de resultado do “...profissional médico pode se auto-inserir em uma obrigação de resultado, no momento em que se compromete, ou se propõe, a atingir um determinado resultado. (...), será necessário que ele houvesse assumido, por vontade própria, a obrigação de alcançar um resultado pré-determinado.”<sup>17</sup>

Portanto, o que define a aplicação da obrigação de meio ou de resultado, não é a atividade profissional da pessoa, mas sim a promessa do resultado desejado, já que não se pode negar que o médico não está obrigado a curar, mas sim a utilizar todos os conhecimentos técnicos e científicos aceitos pela comunidade e órgãos

regulamentadores, e sempre com diligência e ética necessárias.

Inexistindo contrato que expressa a obrigação de resultado, fácil depreender que somente através da demonstração da culpa a vítima será indenizada, mormente em se tratando de profissional liberal, cuja norma especial inadmita a aplicação dos princípios da culpa presumida e da responsabilidade objetiva, nos termos do seu artigo 14º § 4º do Código de Defesa do Consumidor acima mencionado.

Nesta esteira, portanto, devem ser utilizados todos os meios necessários para alcançar o melhor resultado, sem, contudo estar obrigado ao êxito, como inclusive se verifica através do entendimento proferidos pelos tribunais brasileiros.

Isto posto, ao analisar a aplicação da teoria do risco (responsabilidade independentemente da culpa) sobre a instituição hospitalar, e a melhor exegese do artigo 14 do CDC, o Superior Tribunal de Justiça houve por bem não admitir a sua aplicação da forma indiscriminadamente como se tem observado, já que “...o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc. e não aos serviços técnico-profissionais dos médicos que ali atuam...”

“Ementa: Civil. Indenização. Morte. Culpa. Médicos. Afastamento. Condenação. Hospital. Responsabilidade objetiva. Impossibilidade

A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, depende da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Neste sentido são as normas dos arts. 159, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 – STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto).

Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente.

<sup>16</sup> MONTEIRO, Washington de Barros, Direito das Obrigações, 18ª edição.

<sup>17</sup> GIOSTRI, Hildergard Taggesell Responsabilidade Médica, 1ª ed., pág.144

O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa). Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido. (...)

Neste contexto, a conclusão única é de que na responsabilização do hospital por ato praticado por médico, não tem aplicabilidade a teoria objetiva, pois o que se põe a exame é o trabalho do facultativo, com incidência inclusive, da norma do § 4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.”<sup>18</sup>

Nessa mesma linha, o Ministro Ruy Rosado Aguiar se posiciona, conforme trabalho que apresentou no IV Congresso Internacional sobre Danos, Realizado em Buenos Aires, Argentina em 1995:

“...o hospital não responde objetivamente, mesmo depois da vigência do Código de Defesa do Consumidor, quando se trata de indenizar danos produzidos por médico integrante de seus quadros, pois é preciso provar a culpa deste para somente depois se ter como presumida a culpa do hospital.” (fls. 729)

Consta do referido trabalho, ao se referir a obra de Rui Stoco que:

“Cabe, finalmente, obter a total ausência de sentido lógico-jurídico se, em uma atividade de natureza contratual em que se assegura apenas meios adequados, ficar comprovado que o médico não atuou com culpa e, ainda assim, responsabilizar o hospital por dano sofrido pelo paciente, tão-somente em razão de sua responsabilidade objetiva e apenas em razão do vínculo empregatício entre um e outro.

Percebe-se, porque importante, que o caput do art. 14 do CDC condicionou a responsabilização do

fornecedor de serviços à existência de “defeitos relativos à prestação de serviços”.

Tal expressão, embora em contradição com o princípio adotado no próprio artigo da lei, induz culpa, máxime quando se trate de atividade médica, cuja contratação assegura meios e não resultado (salvo com relação às cirurgias estéticas e não reparadoras), de modo que o resultado não querido não pode ser rotulado de “defeito”. Este só se configura quando a lesão ao paciente resultar de procedimento totalmente desviado dos padrões e, portanto, com culpa evidente do seu causador” (fls. 729)

O Tribunal de Justiça de São Paulo também partilha do entendimento acima, já que reconhece a necessidade de verificar a culpa ou dolo do médico:

“Responsabilidade civil. Erro médico. Ação movida contra sociedade civil prestadora de serviços de medicina. Inaplicabilidade das normas do artigo 6º, VIII, e do § 3º, do artigo 14, ambos do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

Apuração da responsabilidade que exige prova da culpa ou dolo, nos termos do § 4º, do aludido artigo 14, tanto quanto ocorre quando proposta contra a pessoa física do profissional liberal a demanda Apelos do réu e de seu denunciado à lide providos para julgar improcedente a ação, prejudicado o recurso adesivo do autor, que visava ampliar a condenação.”<sup>19</sup>

O mestre Miguel Kfoury Neto, citando Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin afirma, quando discute o Código de Defesa do Consumidor:

“em todo o seu sistema, prevê uma única exceção ao princípio da responsabilização objetiva para os acidentes de consumo: os serviços prestados por profissionais liberais – dentre eles o médico – para os quais se manteve o sistema tradicional baseado na culpa”<sup>20</sup>.

Outra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo também caminha no sentido de não admitir a aplicação da teoria do risco sobre a atividade hospitalar:

<sup>18</sup> REsp nº 258.389-SP. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Quarta Turma.

<sup>19</sup> Apel. Cível 120.438-4. 9ª Câmara de Direito Privado. Relator: Marco César.

<sup>20</sup> Responsabilidade Civil do Médico. 3 ed. São Paulo: RT, 1998, p. 179.

“O Autor e vítima buscou indenização, junto ao hospital, sustentando que, nos termos do art. 14 § 3º do CDC, não teria a obrigação de provar a culpa do médico, funcionário do nosocômio, pelo dano que sofrera. Colhe-se da ementa:

“Responsabilidade Civil. Hospital. Ajuizamento com base no Código de Defesa do Consumidor. Responsabilização Objetiva. Inadmissibilidade. Hipótese de exercício de profissão liberal, na medida em que o que se põe em exame é o próprio trabalho médico. Necessidade de prova de que o réu agiu com culpa ou dolo. Art. 14 § 3º, do referido Código. Recurso não provido”<sup>21</sup>.

Nem mesmo na ocorrência de suicídio do paciente a entidade hospitalar poderá ser responsabilizada sem perquirir a culpa dos médicos:

“Tribunal de Justiça de São Paulo

Indenização. Danos materiais e morais. Paciente internado em hospital psiquiátrico em estado de depressão grave - Internação suicida consumada. Aplicação do tratamento adequado a essa situação. Culpa da ré não Demonstrada. Ação improcedente. Recurso da ré provido e prejudicado o dos autores. Os autores internaram a filha no hospital da ré para evitar que ela consumasse uma intenção suicida manifestada. A obrigação da ré, sendo de meio, era o de manifestar o tratamento adequado para que ocorresse esse resultado, e não o de evitar a ocorrência do fato, pois que, conforme a literatura médica, a observação constante por enfermeiros especiais e contenções físicas não evitarão um suicida determinado.

Não ficou demonstrado que pelo estado de saúde da paciente e ré, através de seus prepostos, ministrou tratamento inadequado ou deixou de aplicar os cuidados e diligências necessárias de vigilância que as circunstâncias exigiam.”<sup>22</sup>

Portanto, mesmo depois da vigência do Código de Defesa do Consumidor, o hospital não responde objetivamente nos casos de indenização por danos produzidos por médico. Em princípio, o dever de indenizar do hospital só acontece quando provada a culpa ou o dolo do médico que eventualmente causou o dano.

Ruy Stocco afirma que, se a responsabilidade pelo dano causado ao paciente é imputado ao hospital por conta do exercício de sua atividade específica, então incidirá o § 4º, do art. 14 do CDC que estabelece que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa” e, portanto, só através da comprovação de culpa é que se poderá responsabilizar o hospital e o médico pelo resultado danoso.

Outras decisões também se manifestam a despeito da melhor exegese do dispositivo consumerista em estudo:

“Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Apelação Cível nº 70002977056. Relator Des. Paulo Antônio Kretzmann

Responsabilidade civil. Cirurgia. Responsabilidade do anestesista e do hospital. Complicações no curso da cirurgia e no pós operatório. Prova pericial que atestou a inexistência de erro médico. Nexo causal não configurado.

1 - Apresenta-se improcedente o pleito que busca responsabilizar o hospital e o médico anestesista, por seqüelas decorrentes de convulsões e estado comatoso, após a realização de cirurgia, quando não houve comprovação de ser inadequado o procedimento adotado. De outra banda, não se relegue ao óbvio que, nos moldes do artigo 1.545 do Código Civil, verifica-se a responsabilidade civil do médico quando, por imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento.

O artigo 14, § 4º, do CDC, traduz uma exceção à responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços, já que determina que a responsabilidade pessoal do profissional liberal seja apurada mediante a verificação de culpa.

Nexo causal não configurado a ensejar a obrigação de ressarcir os danos postulados na inicial. Ação julgada improcedente. Apelo improvido.”<sup>23</sup>

“Tribunal de Alçada de Minas Gerais

Acórdão: 0360533-8 Apelação (Cv) Cível Ano: 2002. Comarca: Brasópolis. Órgão Julg.: Segunda Câmara Cível. Relator: Juiz Alberto Aluizio Pacheco de Andrade.

<sup>21</sup> Responsabilidade Civil do Médico. 3 ed. São Paulo: RT, 1998, p. 180(22 Ap. Cível nº 98.050-4. São Bernardo do Campo - 9ª Câmara de Direito

<sup>22</sup> Ap. Cível nº 98.050-4. São Bernardo do Campo - 9ª Câmara de Direito Privado(17.10.00).

<sup>23</sup> Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70002977056. Relator Des. Paulo Antônio Kretzmann

Ementa: Indenização. Danos morais e materiais. Responsabilidade civil. Erro médico. Não ocorrência. Anestesia. Exame pré-operatório realizado. Ação improcedente. Código de Defesa do Consumidor. Art. 6º, inc. VIII. Inaplicabilidade. A responsabilidade civil dos médicos somente decorre de culpa provada, tendo em vista ter sido adotado o sistema de responsabilidade subjetiva pelo Código Civil, de forma que, não resultando provadas a imprudência, imperícia ou negligência, nem o erro grosseiro, fica afastada a obrigação de indenizar. Recurso não provido.”<sup>24</sup>

Pelo entendimento acima, portanto, não se pode aplicar indiscriminadamente a teoria do risco sobre a atividade hospitalar, já que é necessário provar a culpa do médico.

Aplica-se assim, a teoria da responsabilidade subjetiva, segundo a qual deve ser comprovada a culpa, adotado pelo Código Civil, o que não significa que não podem ser invertidos os ônus da prova, já que não decorre somente da hipossuficiência financeira, mas também hipossuficiência técnica, diante da extrema especificidade do tema de fundo.

## VI – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo essencialmente traz alguns elementos de como deve ser entendido o Biodireito, e sob o fundamento da dignidade da pessoa humana previsto pelo artigo 1º, III, da Constituição Federal brasileira.

A Professora Sílvia Mota conceitua biodireito como um “termo que designa a instituição do mais recente ramo do direito que estuda as normas reguladoras da conduta humana frente às novidades apresentadas pela medicina e exploradas pela biotecnologia, numa visão que engloba o resultado presente e futuro, na preservação da dignidade humana”.

E prossegue a professora, “Exige, portanto, o biodireito, na execução das novas leis, que se desvencilhem os magistrados dos tradicionais ditames que se prendem, unicamente, ao poder imperativo da racionalidade e da experiência, acrescentando-se a esses domínios, as condições sociais, econômicas, éticas e morais que envolvem as relações fáticas.”<sup>25</sup>

Na linha do exposto, portanto, e como dito pelo autor anteriormente, não se pode confundir atividade de

risco com o risco do procedimento médico, já que a primeira hipótese deve prever se a atividade pela sua natureza impõe risco e perigo a outrem, enquanto a segunda hipótese decorre do risco conhecido e previsto pela literatura médica, sem qualquer influência da entidade hospitalar que precipite o dano. Somente quando verificada a má prática profissional ou o dolo deverá o autor do dano suportar os ônus decorrentes.

Como dito anteriormente, a atividade hospitalar não cria risco, já que age de acordo com os procedimentos conhecidos pela literatura médica, Organização Mundial de Saúde, Conselho Federal de Medicina, etc. E portanto, para a aplicação do princípio do risco criado, deverá ser aferido se a entidade hospitalar agiu em desacordo com as normas, procedimentos e terapias legalmente conhecidas e autorizadas.

Apesar do disposto pelo mestre Sílvia de Salvo Venozza, mas grande parte, se não todas as atividades profissionais podem, potencialmente causar dano a outrem, em nem por isto se aplica a teoria do risco criado.

Na verdade, não se pode fazer tábula rasa ao aplicar a teoria do risco criado e o § único do artigo 927 do Código Civil, já que este deve ser interpretado restritivamente e levar em conta as atividades cujo processo de serviço seja perigoso em si.

Todos nós sabemos da relevância e importância da atividade médica hospitalar, já que tratam do bem maior, que é a vida e a saúde, mas nem por isto se pode olvidar de aplicar a melhor exegese normativa e doutrinária, sob pena de desatender os princípios da ampla defesa e devido processo legal previstos pela Constituição Federal.

O biodireito na verdade desafia os tribunais brasileiros na atualidade, já que ao apreciarem o caso concreto e para a melhor aplicação do direito, devem levar em conta o imponderável, e que cada indivíduo se traduz num universo individual, independente e criador de suas próprias realidades, e que, portanto exercem influência sobre os efeitos das terapias e diagnósticos.

## VII – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MIRANDA,, Pontes de, Tratado de Direito privado, 2ª edição, RJ 1966

MONTEIRO, Washington de Barros, Direito das Obrigações, 18ª edição.

<sup>24</sup> Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Acórdão: 0360533-8. Relator: Juiz Alberto Aluizio Pacheco de Andrade

<sup>25</sup> www.silviamota.com.br/biobio/artigos/verbetebiodireito

- SILVA, Wilson Melo, Responsabilidade sem culpa, 2ª edição.
- FREIRE, Laudelino, Grande e Novíssimo dicionário da língua portuguesa, 1954
- OLIVEIRA, Moacyr de, Enciclopédia Saraiva do Direito, nº 32, pg. 528
- PASSOS, José Joaquim Calon de, O Imoral das indenizações por dano moral.
- LIMA, Alvino, Culpa e Risco, 1ª ed., 2ª tir., RT, 1963, pg. 42.3
- FIUZA, Ricardo, Novo Código Civil Comentado, 1ª edição, 2003.
- VENOSA. Silvio de Salvo. “A responsabilidade objetiva no novo código civil”. [www.societario.com.br/demarest](http://www.societario.com.br/demarest).
- BITAR, Carlos Alberto, Responsabilidade civil nas atividades nucleares, RT 1985.
- DIREITO, Enciclopédia Saraiva do.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. Comentários ao novo código civil, Vol XIII. p.148.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 3. ed. Forense, 1992, p.24
- REsp nº 258.389-SP. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Quarta Turma.
- VENOSA. Silvio de Salvo. Ob. Cit. “A responsabilidade objetiva no novo código civil”
- MÉDICO, Responsabilidade civil do. 3 ed. São Paulo: RT, 1998, p. 179
- MONTEIRO, Washington de Barros, Direito das Obrigações, 18ª edição



NOBRE, Marcos et alii. **O que é pesquisa em Direito?** . São Paulo: Quartier Latin, 2005.

Trata-se de um simpósio realizado na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, a partir de um texto de Marcos Nobre (Filosofia-Unicamp), “Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil”, publicado na revista *Novos Estudos do Cebrap*, em julho de 2003. No texto, Marcos Nobre, refletindo sobre a pesquisa em Direito em nosso país, explica os motivos que permitem “entender porque o Direito como disciplina acadêmica não tem conseguido acompanhar o vertiginoso crescimento qualitativo da pesquisa científica em ciências humanas no Brasil, nos últimos trinta anos”. Em um debate sobre Sociologia e Direito, no XIº Congresso Brasileiro de Sociologia, em setembro de 2003, indaga: Como foi possível que nos últimos quarenta anos a Sociologia tenha ignorado o Direito, se os clássicos da Sociologia (Marx, Durkheim e Weber) se preocuparam com o Direito e famosos juristas brasileiros (Vitor Nunes Leal, Raymundo Faoro) se preocuparam com a Sociologia? Para ele há dois fatores fundamentais: a baixa credibilidade das instituições jurídicas, já que as vertentes marxistas, dominantes na Sociologia, consideravam o Direito como fenômeno superestrutural, e, portanto secundário, e a implantação do ensino jurídico brasileiro que não acompanhou o salto qualitativo que fez a Sociologia, pois o Direito se isolou em relação às demais ciências humanas, não seguindo o rigor científico que elas procuraram seguir. Em resumo, sua hipótese fundamental para os questionamentos levantados é a de que esse “atraso relativo” do Direito em relação às outras ciências humanas se deveu a uma combinação de dois fatores: o isolamento em relação a outras disciplinas das ciências humanas, pois o Direito, devido ao seu princípio de antiguidade, colocava-se como uma “ciência rainha” e uma total confusão existente

no Brasil entre prática jurídica, teoria jurídica e ensino jurídico.

No livro, Marcos Nobre apresenta, de um modo sutil, mas direto, as tensões existentes na base do debate sobre o formalismo jurídico. Dialogando com Tercio Sampaio Ferraz (Direito- Usp), Judith Martins Costa (Direito-UFRGS), Carlos Ari Sundfeld (Direito- PUCSP), Ronaldo Porto Macedo (Direito USP e GV), Luis Virgilio Afonso e Silva (Direito GV) Sergio Adorno (Sociologia - USP), Pêrsio Arida (Economia - PUC Rio) e outros, procurou enfrentar a distinção entre “técnica jurídica” e “ciência do direito”, diretamente relacionada à distinção entre “doutrina” e “dogmática”, a relação entre a dogmática jurídica e a pesquisa, entre o Direito e as Ciências Humanas, o Direito e a Economia e as especificidades em pesquisa nas diversas áreas do Direito.

É um livro recomendado a todos os professores das Faculdades de Direito que participam de grupos de pesquisa, preocupados com a indissociabilidade entre ensino e pesquisa, fundamento de uma verdadeira Universidade. A pluralidade dos pontos de vista dos colaboradores e as abordagens teóricas apresentadas enriquecem sobremaneira a discussão da pesquisa em Direito em nossos cursos.

Arnaldo Lemos Filho  
Docente de Sociologia Jurídica da  
Faculdade de Direito da PUC Campinas



# PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS

## **GRÃO-CHANCELER**

Dom Bruno Gamberini

## **MAGNÍFICO REITOR**

Prof. Pe. Wilson Denadai

## **VICE-REITORA**

Prof<sup>ª</sup> Angela de Mendonça Engelbrecht

## **PRÓ-REITORIA DE GRADUAÇÃO**

Prof. Germano Rigacci Júnior

## **PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO**

Prof<sup>ª</sup> Vera Engler Cury

## **PRÓ-REITORIA DE EXTENSÃO E ASSUNTOS COMUNITÁRIOS**

Prof. Paulo de Tarso Barbosa Duarte

## **PRÓ-REITORIA DE ADMINISTRAÇÃO**

Prof. Marco Antonio Carnio

## **CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS**

### **Diretor**

Prof. Pe. Paulo Sérgio Lopes Gonçalves

### **Diretor Adjunto**

Prof. André Nicolau Heinemann Filho

## **FACULDADE DE DIREITO**

### **Diretor**

Prof. Luís Arlindo Feriani

PUC  
CAMPINAS  
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA