

ANO II – Nº. 04



JUS SCRIPTUM

**Boletim do Núcleo de Estudantes Luso-brasileiros da
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**



JULHO/AGOSTO/SETEMBRO

2006

Jus Scriptum





jusscriptum.pt

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

EDIÇÃO ESPECIAL DOS VOLUMES 1 A 5

Lisboa – Portugal

Periodicidade Trimestral

ISSN 1645-9024

Diretor da Revista – Editor-In-Chief
Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

André Brito, Presidente do NELB
Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum
Paulo Rodrigues, Diretor Científico do NELB
Laura Viana, Diretora Científica interina do NELB
Thiago Santos Rocha, Observador Externo

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

André Saddy
Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense

Edvaldo Brito
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Eduardo Vera-Cruz Pinto
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Fernanda Martins
Universidade do Vale do Itajaí

Francisco Rezek
Francisco Resek Sociedade de Advogados

Janaina Matida
Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado

Lilian Márcia Balmant Emerique
Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

Luciana Costa da Fonseca
Universidade Federal do Pará

Maria Cristina Carmignani
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Maria João Estorninho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Rosado Pereira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Vaz Freire
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Pedro Romano Martinez
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Rute Saraiva
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sergio Torres Teixeira
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco

Susana Antas Videira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Corpo de Avaliadores – Review Board

Camila Franco Henriques
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes

Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcelos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Silvia Gabriel Teixeira

REVISTA JURÍDICA
NELB
Jus
Scriptum

NELB
Núcleo de Estudo
Luso-Brasileiro


FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

Ano 2 • Volume 2 • Número 4
Jul-Set 2006 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

NELB – Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro
Fundado em 07/06/2001
Diretoria do Biênio 2005/06

Isabela Pessanha Chagas, Presidente
Wilson Furtado, Vice-Presidente
Daniela Bandeira de Freitas, Secretária-Geral
Lavinia Cavalcanti Lima Cunha, Diretora Científica
Fabiano Machado, Diretor Social
Helena Maria Vilanova Pacheco, Diretora Financeira

Conselho Editorial:
Adriano Marteleto Godinho
Aiston Henrique de Souza
Ana Cláudia Redecker

Conselho Deliberativo:
Alexandra Barbosa Campos
Gabriela Paes de Carvalho Rocha
Dra. Josyleny Menezes C. Barros

Colaboradores:
Álvaro Regueira
Bruno Pereira

Correspondência: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade, Cidade Universitária - CP 1649014 - Lisboa - Portugal



INDICE

APRESENTAÇÃO _____	4
CLÁUSULAS GERAIS E SEGURANÇA JURÍDICA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 – Prof. Dr. José de Oliveira Ascensão _____	5
DIREITO DOS ESTRANGEIROS – Uma perspectiva de direito internacional privado – Prof. Luis Lima Pinheiro _____	14
O CONFLITO DE INTERESSES DO ADMINISTRADOR NA GESTÃO DAS SOCIEDADES LIMITADAS EMPRESÁRIAS REGULADAS PELA LEI Nº 10.406, DE 11 DE JANEIRO DE 2002 – CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO – Ana Cláudia Redecker _____	24
BREVES NOTAS SOBRE OS PROCESSOS DE HARMONIZAÇÃO, UNIFORMIZAÇÃO E UNIFICAÇÃO DO DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL – Aliete Rodrigues Marinho _____	32
A CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA PARA AS VÍTIMAS DE DELITOS: APRESENTAÇÃO DOS RESULTADOS DE INVESTIGAÇÃO DE CAMPO – Lavínia Cavalcanti Lima Cunha _____	39

APRESENTAÇÃO

O Jus Scriptum trata-se do Boletim oficial do NELB - Núcleo de Estudantes Luso-brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, que visa o estudo do Direito brasileiro e português, através da publicação de artigos dos docentes e discentes da Faculdade de Direito de Lisboa.

Criado com êxito há dois anos, seu quarto número prova o interesse na produção científica, o desenvolvimento e as conquistas dos estudantes luso-brasileiros, o que é recompensado pelo reconhecimento que vem recebendo no cenário acadêmico luso-brasileiro.

À frente do Jus Scriptum há um ano, ficamos felizes pelos resultados alcançados, assim como em apresentar neste número o resultado escrito das conferências dos Professores Doutores José de Oliveira Ascensão e Luís de Lima Pinheiro no Seminário Luso-brasileiro organizado pelo NELB em Maio de 2006, assim como artigos dos associados Aliete Rodrigues Marinho, Ana Cláudia Redecker e Lavínia Cavalcanti Lima Cunha, que abrangem matérias dos mais diversos ramos do Direito e de relevância jurídica incalculável.

Lavínia Cavalcanti Lima Cunha
Directora Científica do NELB

CLÁUSULAS GERAIS E SEGURANÇA JURÍDICA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002*

José de Oliveira Ascensão

Prof. Catedrático da Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa

SUMÁRIO: 1. A mudança de paradigma; 2. A perspectiva histórica; 3. As cláusulas gerais no novo Código Civil; 4. O que entender por cláusula geral; 5. O risco da insegurança jurídica; 6. O papel central do intérprete; 7. A racionalização das cláusulas gerais; 8. Concretização: a boa-fé; 9. Boa-fé e confiança; 10. Confiança e aparência; 11. O “abuso do direito”; 12. A fundamentação material como pressuposto da segurança jurídica.

1. A mudança de paradigma

O Direito Civil é o Direito comum do homem comum¹. Um Código Civil contém o enquadramento essencial da vida deste. Um novo código traz necessariamente a necessidade de reestruturação de paradigmas da ordem jurídica.

O Código de 2002 (ou NCC, novo Código Civil) pretende uma mudança maior no ordenamento jurídico brasileiro. Apresenta-se como um Código ético, porque aberto aos valores; e acentua o predomínio do que se chama as cláusulas gerais, como a boa-fé, a função social, o abuso do direito...

A diferença foi sentida em relação ao Código de 1916. Este era essencialmente taxativo, fechado num legalismo um tanto cerrado, pelo que o recurso a cláusulas gerais foi saudado. Permita-se-nos também uma meditação sobre as implicações destas.

2. A perspectiva histórica

* Este texto corresponde à palestra que proferimos no Seminário do Núcleo de Estudantes luso-brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em Maio de 2006.

¹ Desenvolvemos este entendimento no nosso *Direito Civil – Teoria Geral – I – Introdução: As Pessoas, Os Bens*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2003, n.º 5.

A perspectiva histórica é aqui indispensável. Devemos tomar como ponto de referência o séc. XVIII, pois é ele que marca a viragem para o mundo contemporâneo, no bem e no mal.

Vamos partir de uma observação de fato do ordenamento brasileiro, que não teremos possibilidade de desenvolver nesta oportunidade: a de que *a lei válida e vigente não é frequentemente a lei em vigor*. Isso é patente, não só pela escassa consonância da vida de largas camadas da população com as previsões da ordem jurídica, como pela própria análise dos rumos da jurisprudência. As causas desse estado de coisas são muitas, algumas das quais não estão a nosso ver devidamente assinaladas: seja o caso do jusracionalismo, vigente ao tempo da independência do Brasil, que se baseava na perenidade de uma lei criada pela Razão, que deveria ser posta a vigorar em todos os tempos e em todos os lugares. Era então o último grito da modernidade².

É certo que não obstante continuou a haver cláusulas gerais. Já o Código Comercial dava abertura à boa-fé. Mas o contributo por estas trazido foi modesto, talvez pelo receio dos juristas, dentro da formação dominante, que a utilização destas aumentasse a insegurança jurídica num ordenamento já carecido de certeza.

Esta realidade comunica-se ao julgador. A observação da jurisprudência mostra uma discrepância freqüente entre o que a lei estabelece, à luz de todas as formas de interpretação admissíveis, e o que vem a ser efetivamente decidido.

O grande passo poderia ter sido dado com o **Código Civil de 1916**. Mas este, não obstante todo o seu mérito intrínseco, é basicamente uma emanção do positivismo. Nessa linha, limita o espaço de manobra do julgador, talvez para obviar à desarmonia com a prática já

² Pelo que conheço, ao tempo da independência havia muito mais legislação específica para o Brasil que para a generalidade dos territórios em situação semelhante. Mas estava desde logo caracterizada a desarmonia entre a ordem normativa e a realidade que deveria reger. Cfr. o estudo recente sobre os antecedentes da situação brasileira de Rodrigo Reis Mazzei, *Apresentação* aos “Comentários ao Código Civil Brasileiro”, Parte Geral, I, coord. J. M. Arruda Alvim e Thereza Alvim, Forense, 2005, IX-CXLVI. No mesmo volume veja-se ainda Eduardo Augusto Cambler, *Introdução à Parte Geral*, 3-35.

criada. Prescreve com intencional rigidez as soluções a adotar.

A desadequação das leis não desapareceu e a evolução da sociedade não parou. Por isso, a fratura entre o comando legal, o comando judicial e a vida jurídica alargou-se, com grave prejuízo da segurança jurídica.

Podemos dizer que neste aspecto o Código de 1916 foi contraproducente. Em tempos de positivismo, a lei é exaltada no plano das afirmações políticas e amesquinhada no plano da realização efetiva.

A **Constituição de 1988**, da qual se extraíram grandes princípios como a sociabilidade, a razoabilidade e a proporcionalidade³, abriu caminho para uma revisão das bases do Direito Privado. Essa revisão começou a fazer-se sectorialmente: assim, o Código do Consumidor dá ampla abertura a cláusulas gerais. Isso gerou porém uma incongruência na ordem jurídica, pela dificuldade de incrustar essas manifestações sectoriais numa disciplina-base adversa. A prática, não obstante a vigência da Constituição, não estava apetrechada nem tinha apetência para acolher uma interpretação e aplicação do Direito fundada em cláusulas gerais.

3. As cláusulas gerais no novo Código Civil

O grande passo é dado pelo Código de 2002. Apresenta-se como um diploma fundado na eticidade. Em consequência, acentua o caráter valorativo. O código está permeado de noções como:

1) a *boa-fé*, que o percorre transversalmente, em quase todas as direções possíveis;

2) a *função social*, que o código, numa importante inovação, estende ao contrato (art. 421);

3) o *abuso do direito*, que é caracterizado como o exercício contrário ao fim econômico e social do direito, à boa-fé e aos bons costumes (art. 187);

³ A razoabilidade e a proporcionalidade, embora não previstas expressamente pela Constituição, têm sido objeto de larga elaboração no Direito Constitucional: cfr. por último Hugo Vinícius Castro Jiménez, *A globalização e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*, in Rev. ESMape, 10/22 (05), 191-211. Preconiza-se a aplicação direta no Direito Privado: cfr. Rafael Carvalho Rezende Oliveira, *Aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no Direito Civil*, in Rev. EMERJ, 9-33 (06), 177-197. A ser assim, seriam novas cláusulas gerais, a acrescer às constantes da lei civil.

4) a *probidade*, que é associada à boa-fé na disposição do art. 422, sobre a conclusão e execução do contrato;

5) a *onerosidade excessiva* (art. 478) e a *desproporção manifesta* (art. 317);

6) a *ordem pública*, a que o art. 2035 recorre nomeadamente para qualificar os preceitos sobre a função social da propriedade e dos contratos. Surge também, associada aos bons costumes, no art. 122, relativamente à ilicitude das condições.

E surgem ainda outras referências valorativas, como a *veracidade* no contrato de seguro (art. 765)⁴. Acrescem novas previsões que requerem valoração, como no enriquecimento sem causa (arts. 884 a 886).

4. O que entender por cláusula geral

Será neste sentido amplo que falamos em cláusulas gerais. Mas há que vencer uma dificuldade terminológica. As *cláusulas gerais* não se identificam evidentemente com as *cláusulas negociais gerais*, ou condições gerais dos contratos⁵. Também se não confundem com as *cláusulas abusivas*, cuja problemática foi desenvolvida sobretudo no âmbito do Direito do Consumidor.

Mais grave é a dificuldade conceitual, consistente na distinção precisa de figuras afins, como *princípios*, ou *conceitos indeterminados*, ou padrões (*standarts*), ou *valores*.

Não podemos aprofundar estas categorias. Pelo que nos bastaremos com acentuar o efeito fundamental que dimana deste recurso àquilo a que genericamente chamaremos “cláusulas gerais”.

O código deixa freqüentemente a decisão jurídica dependente, não de uma descrição taxativa da situação a que corresponde a estatuição jurídica, mas de uma valoração por parte do intérprete.

⁴ Ou, fora do NCC, a *deslealdade*, na concorrência desleal.

⁵ Sobre estas e o seu relacionamento com a boa-fé, cfr. o nosso *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé*, in Revista Forense, vol. 352, 103-114.

A cláusula geral não permite por si chegar à solução material da situação. Neste sentido – e só neste sentido – a cláusula geral é formal⁶.

Tomemos a cláusula geral paradigmática – a *boa-fé*. É a ela que se faz recurso mais generalizado na ordem jurídica.

Quando o art. 422 dispõe que os contratantes são obrigados a guardar, quer na conclusão quer na execução dos contratos, o princípio da *boa-fé*, ficamos sem saber o que é que as partes têm efetivamente de fazer. A lei não o diz.

Não o diz, mas dá-nos um instrumento para chegar lá. Esse instrumento é a cláusula geral da *boa-fé*.

Passa assim a ser atribuída ao intérprete uma posição mais responsabilizante na interpretação e aplicação do Direito. Não lhe basta recorrer a receitas já prontas, catalogadas na lei: exige-se-lhe um esforço suplementar para determinar previamente quais seriam as condutas conformes à *boa-fé*, perante as circunstâncias do caso concreto.

Essa atividade é sempre valorativa. Há que fazer uma valoração à luz do critério dado, pois só essa permitirá apurar qual a conduta objetivamente reclamada por aquele tipo na situação concreta.

Isto não significa, evidentemente, que da lei deixem de constar soluções taxativas para muitas situações. Significa apenas que em grandes zonas a solução deverá ser encontrada pela mediação dum critério valorativo. O que traz potencialidades acrescidas de atingir a Justiça, porque dá muito maior adequação perante o caso concreto. É também um exercício mais ético, porque mediante cláusulas gerais se permite que os grandes valores éticos penetrem e conformem efetivamente a vida jurídica.

5. O risco da insegurança jurídica

A aproximação da Justiça, aqui como em muitas outras situações, faz-se à custa de um aumento da insegurança. Torna-se difícil para a pessoa comum, e até

para o operador do Direito, prever qual será a solução dum caso concreto. As variações entre os juízos individuais aumentam e as possibilidades de erro são muito maiores.

Terá então o NCC seguido um caminho correto? Numa vida jurídica caracterizada por um acentuado desprendimento da lei, quase um desprestígio prático desta, a mudança operada na ordem normativa não irá afinal agravar os males presentes, entregando a solução ao arbítrio do julgador – o que é o contrário, não só da segurança, como da própria Justiça que se aspira alcançar?

A objeção é séria. Quem não respeita comandos taxativos da lei ficará encantado com as cláusulas gerais, porque lhe dão uma cobertura para o arbítrio. O vício ficará assim entronizado. Já não serão precisos Escola do Direito Livre ou Direito Alternativo, porque as cláusulas gerais acobertariam tudo. Pode progredir a jurisprudência emocional ou engajada, agora sacralizada até com o aval do Código Civil.

Não há dúvida que noções como *boa-fé* se prestam a uma pluralidade de entendimentos. Pelo que acabam por valer para tudo, deixando a ordem jurídica desarmada.

Nesta linha, é frequente ouvir qualificar no Brasil o que é valorativo como “subjetivo”, porque varia consoante o entendimento de cada um.

6. O papel central do intérprete

É neste ponto que começa a nossa crítica. Discordamos radicalmente. Valorativo não equivale a subjetivo. É outra matéria que não poderá ser aprofundada nesta ocasião.

O sistema para que o Código tende é um sistema mais aperfeiçoado, porque menos simplista.

Este sistema aperfeiçoado não funciona só por si, porque nem tudo está na lei. Há um elemento essencial para a sua operacionalidade e que não cabe à lei dá-la: é o **intérprete**.

O sistema supõe um *medium* para se realizar. Não de um juiz que seja entendido como “a boca que fala as palavras da lei”.

⁶ No mesmo sentido em que se diz que é formal o imperativo categórico de Kant no domínio da ética.

É a altura de observar que o Código Civil, com uma frequência extrema, aponta o juiz como o protagonista da situação. “O juiz decidirá” é fórmula recorrente. O entendimento imediato de tal fórmula seria o de se prever um efeito jurídico que só poderia ser obtido em juízo. Efetivamente, assim acontece em vários casos.

Mas semelhante entendimento não é válido em todos os casos. A fórmula carece de ser esclarecida por interpretação. O Direito é uma ordem da vida e não uma ordem de foro. Não há nada que leve a presumir que o NCC pretendeu operar uma jurisdicionalização da vida corrente.

Tomemos como exemplo o art. 156 § único. Refere-se ao *estado de perigo* e dispõe: “Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias”.

Devidamente interpretado, *o sentido do preceito é o de dar abertura à equidade na solução do caso*⁷. Mas significará também que a decisão, nesta hipótese, tenha necessariamente de ser judicial?

De modo nenhum. A palavra cabe antes de mais às partes, que devem procurar a solução equitativa. Só se nisso se não entenderem é que o caso será submetido a juízo, se houver iniciativa de alguma das partes nesse sentido.

De todo o modo, há um ponto em que todos estão de acordo: é aos órgãos judiciais que é reservado em última análise resolver com força vinculativa os litígios jurídicos, fixando a solução dos casos concretos. Isto justificará que se protagonize no juiz o destinatário da norma jurídica, quando na realidade ela se dirige a toda a comunidade. Podemos assim conciliar as posições, dizendo que o Código Civil terá querido sublinhar esta acrescida responsabilidade do juiz, num Direito que se quer ético e que recorre com igual intensidade a regras e a cláusulas gerais.

7. A racionalização das cláusulas gerais

Um Direito fundado em cláusulas gerais pressupõe a capacidade valorativa, e portanto desde logo a sensibilidade ética dos intérpretes.

Mas pressupõe, com igual força, um *momento racional*, que permita a compreensão do sentido das cláusulas gerais.

Em todo o mundo, a certeza do Direito tende a esboçar-se quando se pratica um jogo impreciso de cláusulas gerais. Antes de mais no plano constitucional, se se recorrer indiscriminadamente a cláusulas como dignidade humana, proporcionalidade, justiça, *due process of law*, solidariedade, operacionalidade...

A alternativa não está em desistir. Está em levar a mudança até ao fim, **fixando racionalmente o sentido de cada cláusula que se invocar**.

As cláusulas gerais devem ser entendidas substancialmente e não formalmente⁸. Cada uma tem um conteúdo essencial que é necessário captar devidamente. Nenhuma pode ser reduzida, por artifícios verbais, a um significado valorativamente neutro.

Só a fixação precisa e essencial do conteúdo de cada cláusula evita que esta se torne num mero artefacto lingüístico, acabando por ficar divorciada do conteúdo ético que a lei pretende infundir à ordem jurídica.

O exercício de cláusulas gerais não se pode transformar numa esgrima de conceitos indefinidos ou num apelo a emoções. Deve ser aprofundado e racionalizado, porque só assim permite atingir a Justiça sem pôr em causa a segurança.

O intérprete tem de saber manejar as grandes categorias que se lhe deparam para fazer um uso racional e certo delas. Porque só a racionalidade da decisão, seja ou não fundada em cláusulas gerais, *explica a ordem jurídica vigente e o sistema de recursos*. Ao juiz não se pergunta qual o seu sentimento ou as suas preferências, pede-se a solução correta do caso. E a decisão judicial é controlável por via de recurso, não porque se suponha que o juiz *ad quem* tenha uma vontade mais poderosa que o juiz *a quo*, mas porque se crê que a experiência e o processo de seleção deste permitirão controlar os

⁷ Tal como o art. 572 CC, por exemplo. Ou o art. 317: “poderá o juiz corrigi-lo”.

⁸ Num sentido diferente do que usamos *supra*, n.º 4, quando dissemos que a cláusula geral seria formal por não dar por si a descrição material das soluções.

fundamentos da decisão, aumentando a probabilidade de uma solução definitiva correta. A fundamentação racional e controlável da decisão é assim pressuposto indeclinável do sistema judiciário vigente.

8. Concretização: a boa-fé

Pode ser que estas considerações se afigurem a quem as ouve demasiado abstratas.

Vamos por isso procurar concretizar. Mas só o poderemos fazer exemplificativamente, porque uma análise mais completa das cláusulas dava e sobrava para um curso completo.

Comecemos pela cláusula-raínha, que é a boa-fé. Já dissemos que a boa-fé é invocada a todos os propósitos no debate jurídico. Vale para tudo, seja qual for a situação que se debata. Mas *se a boa-fé vale para tudo, então não vale para nada*. Tornou-se uma referência ritual, como a que se faz no final das alegações: ritualmente, *pede-se Justiça!*

São outras as exigências do correto manejo das cláusulas gerais, nomeadamente da boa-fé. Esta tem um conteúdo preciso, e só por ele ganha significado.

Há antes de mais que distinguir a boa-fé objetiva da boa-fé subjetiva.

A boa-fé subjetiva é um estado de espírito. Poderá ser psicológica ou ética: bastar-se com o conhecimento do agente ou valorar a situação de desconhecimento para apurar se é eticamente justificada. Em qualquer caso, consiste num estado, a valorar ou não. Não é um critério que permita determinar quais as condutas que o agente deve adotar. Como tal, não é uma cláusula geral.

Voltemo-nos então para a boa-fé objetiva. Esta é efetivamente um critério valorativo de condutas: é uma cláusula geral.

Simplemente, da boa-fé têm-se feito todas as utilizações, plausíveis ou nem tanto, transformando-a no fundamento sempre disponível para os objetivos imediatistas que se prossigam. Assim, afirma-se que:

1) o incumprimento da obrigação é contrário à boa-fé

2) a cláusula abusiva é proibida por ser contrária à boa-fé

3) a boa-fé se funda na confiança que deve reinar nas relações sociais, e assim por diante ⁹.

A nosso parecer, há uma carência de precisão. Para cada cláusula geral se deve determinar o campo específico de aplicação, para que aí exprima o conteúdo valorativo que lhe está ínsito.

A boa-fé objetiva manifesta-se pela demarcação de regras de conduta. Haverá uma idéia básica de correção na maneira de se comportar nas relações sociais. Ir além disso na invocação da boa-fé, só confunde.

Dizer que *o não cumprimento da obrigação é ilícito porque é contrário à boa-fé* é ocioso: é ilícito porque a lei o estabelece. A boa-fé não intervém na qualificação final mas sim nos pressupostos, permitindo apurar em casos duvidosos (particularmente nos de cumprimento defeituoso) se a execução da obrigação foi ou não conforme à boa-fé.

A *cláusula abusiva* é proibida, nos termos do Código do Consumidor, mas não por contrariedade a boa-fé (não obstante esta também ser mencionada no miscelânico preceito do art. 51 inc. IV daquele código). O que está em causa é o desequilíbrio ou desproporção que a cláusula cria nas posições das partes. Esse desequilíbrio fere a justiça: é esta que está particularmente implicada.

Mais precisamente, a modalidade de justiça que aqui se manifesta é a *equidade*, também referida no mesmo inc. IV do art. 51. A equidade prevalece como

⁹ Noutras ordens jurídicas, a possibilidade de resolução ou modificação do contrato em consequência de onerosidade excessiva superveniente por alteração das circunstâncias é colocada sob a égide da boa-fé: cfr. o nosso *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil (brasileiro)*, in Revista CEJ do Conselho da Justiça Federal – Brasília, n.º 25, ano VIII, Abr-Jun/2004, 59-69; in Revista do Tribunal Regional Federal da 5.ª Região, Recife – PE, n.º 56, Abr-Jun/2004, 43-73; in *Questões Controvertidas no novo Código Civil*, Editora Método, São Paulo, 2004, 167-190; e in “Faculdade de Direito: Debate dois anos do Código Civil”, UNIVERSITAS/JUS, Revista da Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília, UNICEUB, Brasília, n.º 11, 2004, 81-103. A posição é equivocada. O mal não está em exigir o cumprimento, porque se houver direito a exigência é correta; está a montante, na onerosidade excessiva provocada pela alteração extraordinária das circunstâncias, que a ordem jurídica não aceita.

emanação especificada da Justiça, por ser mais rica, visto permitir a consideração de todas as circunstâncias do caso concreto. Só funciona porém onde for chamada pela natureza das coisas ou por lei – como é o caso.

Isto revela-nos outro desvio: é o de se invocar uma cláusula geral para esconder uma realidade diferente. No caso, invocar a boa-fé para esconder a justiça. Na realidade, as disposições em que se assenta na Justiça ou no equilíbrio contratual nada ganham com ser ocultadas sob o manto da boa-fé: é irrelevante haver ou não má-fé, o que é decisivo é o desequilíbrio objectivo ou desproporção, que é injusto ¹⁰.

O manuseio correto das cláusulas gerais exige a determinação da figura que está essencialmente em causa, e afasta a repetição de fórmulas ou conceitos que não desempenham afinal função nenhuma ¹¹.

9. Boa-fé e confiança

Resta a *confiança*, que exige uma consideração mais detida. A confiança não é por si objeto de consagração legislativa geral no Direito brasileiro.

Que sentido tem dizer-se que a boa-fé se funda na confiança que deve vigorar nas relações sociais? ¹² Só o poderemos saber se tivermos a noção do que representa esta última figura.

¹⁰ Teresa Negreiros, *Teoria do Contrato*, Renovar, 2002, na seqüência de Antônio Junqueira de Azevedo, desenvolve os princípios da boa-fé, do equilíbrio econômico e da função social. O equilíbrio econômico respeitaria à justiça no contrato (págs. 154 e segs.) e não à boa-fé.

¹¹ Ainda outra exemplo: os deveres acessórios que surgiriam, com fundamento na boa-fé, na fase de negociação do contrato. Fala-se em deveres de proteção. No caso de uma pessoa ficar lesionada no estabelecimento comercial de outrem, o titular tem o dever de indemnizar? Afirmou-se que sim, sempre com fundamento na boa-fé. Não o cremos. Se se admitir o dever de indemnizar o fundamento não poderá ser a boa-fé, porque não houve nenhum dever de conduta do titular do estabelecimento que tivesse sido infringido. Particularmente sobre o pré-contrato, cfr. José Augusto Delgado, *A ética e a boa-fé no novo Código Civil*, em “Novo Código Civil. Questões Controvertidas”, I, coord. Mário Luiz Delgado / Jones Figüêredo Alves, Método (São Paulo), 2003, 169 e segs.

¹² Ou que determinada solução é exigida pela confiança que está ínsita na noção de Estado de Direito, como se repete insistentemente no Direito Constitucional.

A confiança ganhou muito relevo nas ordens jurídicas germânicas, que são muito mais sensíveis às necessidades do tráfego.

Em si, a confiança tem cariz subjetivo: é um estado de espírito.

A confiança é também apontada como critério quando se demarcam as posições a observar nas relações sociais. É necessário, diz-se, preservar a confiança das partes.

Mas afigurando-nos bem, vemos que à confiança se atribuem dois tipos de intervenções:

– pré-legislativa

Interviria no momento da feitura da norma; ou quando muito estaria ínsita nesta, como o objetivo que o legislador se propõe alcançar

– relacional

Referir-se-ia a uma situação histórica, em que a atuação dum pessoa teria criado efetivamente um estado de espírito de confiança noutra: indicando-se habitualmente requisitos adicionais de relevância.

A situação pré-legislativa não nos interessa. Tem relevância na interpretação da regra jurídica, mas não implica que historicamente se tenha ou não criado em alguém um estado de confiança.

Quanto à pretensa fundamentação da boa-fé na confiança, é vazia. Só teria significado se fizesse depender os efeitos da regra que faz recurso à boa-fé da verificação dum confiança criada. É desajustado pretendê-lo: os deveres acessórios das partes na negociação do contrato podem ser fundados na boa-fé, mas nascem quer as partes tenham confiança uma na outra quer não tenham nenhuma. São grandezas que se não tocam. Assim comprovamos que juntar boa-fé com confiança só confunde.

Do mesmo modo, que tem que ver a confiança com a boa-fé que a lei impõe na execução do contrato? Os contraentes podem não ter a menor confiança um no outro. Nem por isso deixam de ficar ligados por deveres oriundos da boa-fé. Quem não tiver confiado não está em pior situação que os restantes.

10. Confiança e aparência

Quanto à confiança por si, merece algumas observações complementares.

Como dissemos, a confiança não é especificamente proclamada como princípio da ordem jurídica brasileira. Mas pode ser trabalhada a partir de casos concretos que dela possam ser emanção, embora não haja base para lhe dar uma extensão universal.

Se considerarmos que a confiança supõe um estado subjetivo do agente ¹³, temos de admitir imediatamente que isso não basta para admitir uma cláusula geral vinculante, em que possa nomeadamente ser posta em causa a situação de terceiros.

Por isso os autores que recorrem à confiança adicionam para a sua relevância outros pressupostos, que são essencialmente quatro:

– a confiança deve fundar-se na conduta de outrem

– a confiança criada deve ser justificada

– o agente deve ter feito o chamado “investimento de confiança”

– o terceiro tem afinal um comportamento que frustra a confiança criada e as providências nela fundadas.

Ocorrendo assim, explicar-se-ia que se procurasse remédio jurídico para o “investimento de confiança” feito em vão.

Isto permite uma conclusão esclarecedora. Boa-fé e confiança não são cumulativas, são complementares. A boa-fé exprime-se pela geração dum regime objetivo no caso concreto, independentemente do estado de espírito do agente. A confiança resolve-se em implicações que recaem sobre um sujeito que, pela sua conduta, provocou em outrem uma confiança justificada e uma atuação conforme com essa confiança, se o comportamento posterior do primeiro vier a desmentir o que resultava do comportamento anterior.

Outros autores vão porém muito mais longe. Falam numa *confiança objetiva*, que justificaria do mesmo modo efeitos jurídicos.

Somos contrários a esta extensão, que confunde situações em vez de as esclarecer.

A confiança é por natureza um estado subjetivo. Falar em confiança objetiva é uma contradição. Quem assim procede chama afinal confiança a uma realidade diferente: a **aparência** jurídica.

Em certos setores mais objetivos do Direito, a lei não se detém a apurar o estado de espírito do agente. Determina os efeitos da criação dum situação de aparência para as outras pessoas, seja qual for a realidade e tenham estas confiado ou não ¹⁴.

Há então a relevância jurídica da aparência; ou se quisermos da mera aparência, ou da aparência desvinculada de assentar num estado subjetivo de confiança. A aparência surge também como cláusula geral no sentido em que usamos a expressão, pois obriga a uma valoração da situação criada; mas é setorial. É uma cláusula diferente da confiança. Nada se ganha em confundir realidades diversas, com pressupostos e regime diversos também.

11. O “abuso do direito”

Nesta exemplificação da problemática criada pela racionalização do conteúdo das cláusulas gerais, damos ainda como exemplo o abuso do direito.

O art. 187 NCC formalizaria o abuso do direito na ordem jurídica brasileira. Noutra ocasião tivemos oportunidade de analisar criticamente o conteúdo que se lhe atribui ¹⁵. Neste momento ocupa-nos apenas a extensão a conferir à categoria.

¹⁴ Particularmente em domínios ligados à celeridade da vida de negócios, que não se querem presa da demonstração de estados subjetivos, como os títulos de crédito, os negócios em bolsa, negócios ligados à vida de sociedades anónimas e outros análogos.

¹⁵ O “abuso do direito”, respeita ao exercício dos direitos e não à formação dos contratos: cfr. o nosso *A desconstrução do “abuso do direito”*, in III Jornada de Direito Civil, Conselho de Justiça Federal (2005), 31-51; in Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, n.º 66, Jan-Mar/06, 60-82; e in Novo Código Civil – Questões Controvertidas, coord. Figueirêdo Jones / M. L. Delgado, vol. 4 (2005), Método, 33-54. Versa o tema, apontando aspectos relevantes mas sem chegar a posição muito definida Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 4.ª ed., Revista dos Tribunais, 2002, 4.1.2.a. Observe-se apenas que a qualificação como *abuso do direito*, embora generalizada, não consta da lei.

¹³ A principal obra em língua portuguesa sobre esta matéria é de Manuel Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, 2001, que funda este entendimento.

A própria expressão “abuso do direito”, por ser indefinida, convida a fazer dela as mais indiscriminadas aplicações.

Assim, fala-se por vezes em abuso do direito quando alguém age *contra direito*, ou *sem ter o direito*. Mas não vale a pena desinquietar esta categoria quando estão em causa fenômenos precisamente demarcados. Tem de haver alguma característica que tenha levado à especificação da figura.

Depois, devemos estar prevenidos contra a armadilha terminológica, que levaria a encontrar “abuso do direito” todas as vezes que a lei em situações singulares emprega a palavra *abuso*: abuso de posição dominante, cláusula abusiva, abuso de representação, deliberação abusiva de sociedade comercial... O uso de palavra tão comum não basta para indiciar um instituto único. Na realidade, trata-se nesses casos de institutos próprios, com o seu regime específico, e não de afloramentos de um imaginário instituto geral do abuso do direito.

Concretamente, a lei refere o abuso ao *exercício do direito*. Manifesta-se a tendência de o estender porém a todas as situações em que se exercem posições jurídicas, mesmo que não haja direitos constituídos: por exemplo, quando se negocia ou celebra um contrato. É reprovável fazê-lo, a nosso ver. Criar um superinstituto ainda mais vasto, em situações tão diferentes, leva a um afundamento na vacuidade. Aquelas situações têm um regime diferenciado e forçar um regime comum com fundamento no art. 187 traz dificuldades insuperáveis. Devemos procurar atribuir a cada cláusula geral um conteúdo próprio, em vez de dissolvê-las numa imensidão em que todas se confundiriam.

A própria delimitação operada pelo art. 187 NCC, agrupando fim econômico e social, boa-fé e bons costumes, é passível de crítica. Nada se ganha com amalgamar figuras tão diferentes, a que correspondem pressupostos e regimes diferentes. O abuso do direito só tem interesse se encontrarmos para a categoria um âmbito específico. Se assim não for, o “instituto” degrada-se em mera tabuleta, que engloba sem utilidade realidades irreduzíveis entre si.

O verdadeiro conteúdo do abuso do direito são os **atos emulativos**, que se encontram na origem histórica do instituto – como concluímos no estudo atrás referido. São aqueles atos que estão formalmente incluídos no conteúdo do direito mas que se exercem apenas ou primariamente para prejudicar outrem, não para proveito próprio do agente. Esses atos suscitam uma problemática específica, que proveitosamente deve ser aprofundada. Já de uma pretensa categoria universal do abuso do direito só resulta confusão lingüística, sem nenhum contributo para a vida jurídica.

Diríamos então que todo o direito é atribuído para que o titular possa dele beneficiar. Se usar formalmente dele, mas com a finalidade de prejudicar outrem, comete o que se chama abuso do direito, pois extrapola da função que o direito subjetivo desempenha na ordem jurídica.

12. A fundamentação material como pressuposto da segurança jurídica

Destes exemplos resulta algo que nos parece importante sublinhar. *Cada cláusula geral tem o seu domínio próprio*. Há antes de mais que demarcar esse domínio, sem sobreposições perturbadoras. Uma vez este fixado, haverá então que aprofundar qual o seu conteúdo real, e portanto qual a carga valorativa que contém. Só assim a cláusula poderá ser aplicada com êxito, num procedimento que é racionalmente fundamentado e por isso racionalmente controlável.

Mas além disso, a análise sectorial que realizamos a propósito de várias cláusulas gerais revelou-nos outro aspecto, da maior importância.

Dado o carácter valorativo de condutas humanas de várias cláusulas gerais, é frequente que surjam situações que, em abstrato, poderiam ser enquadradas por mais de uma cláusula geral.

A atitude correta, num caso desses, está em fazer prevalecer a cláusula mais precisa, em prejuízo da mais genérica.

O grande perigo das cláusulas gerais está em perderem-se na vacuidade. Podem ganhar uma extensão

tal que não permita mais que dela se retirem com segurança soluções eficazes.

É o que se passa antes de mais com a boa-fé; representa o preço do papel cimeiro que esta alcançou no direito atual. Em caso de sobreposição há que preferir cláusulas gerais que, porque menos extensas, tenham um conteúdo mais rico, e portanto sejam susceptíveis de melhor valorar os casos concretos ¹⁶.

Assim, se se admitir o princípio da confiança, o *venire contra factum proprium* ou comportamento contraditório é de referir ao princípio da confiança e não ao da boa-fé. O princípio da confiança desenvolve os requisitos específicos da situação e é mais preciso que o da boa-fé, cuja vastidão implica perda de compreensão.

Assim e só assim se alcançam os objetivos da lei: dar segurança substantiva, em vez da mera segurança formal obtida por soluções legais taxativas. O jogo adequado das cláusulas gerais outorga densidade à ordem jurídica, permitindo-lhe chegar em quase todos os casos a soluções corretas, porque eticamente fundadas, por vias valorativas racionalmente controláveis ¹⁷.

O intérprete precisa assim de estar familiarizado com as cláusulas gerais. Deve moldar-se ao tipo de raciocínio que implicam para saber jogar corretamente com elas ¹⁸. Só num ordenamento com tais protagonistas será possível afastar, quer o formalismo, quer o arbítrio.

É este o repto que o Código Civil lança ao Direito brasileiro. É uma porta estreita; mas é também a única que pode levar ao salto qualitativo que o novo Código Civil tornou imperativo.

Afinal, não encontramos uma situação muito diferente da dos restantes Direitos evoluídos contemporâneos, mesmo que os antecedentes não tenham sido idênticos. Mas exige uma opção decidida por um caminho inovador e não uma mera contemporização com métodos ultrapassados. **Supõe uma nova pedagogia da justiça material.** Ninguém está em tão boas condições para a realizar como o juiz, na sua busca perseverante da justiça na decisão de casos concretos.

¹⁶ Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I, tomo I, 3.ª ed., 2005, n.º 117 I, observa que “pela sua vacuidade, nem seria possível retirar da boa-fé seja o que for”. Prefere todavia integrar na boa-fé institutos como o abuso do direito, nos quais nós encontramos antes um núcleo valorativo que conduziria à autonomização.

¹⁷ Colocado perante a mesma dialética do formalismo ou da arbitrariedade, Gustavo Tepedino apela sobretudo, segundo a sua orientação geral, para uma densificação a partir dos princípios constitucionais; cfr. nomeadamente a sua “Introdução” a *A Parte Geral do novo Código Civil*, Renovar, 2003 (de que é coordenador), págs. XX e XXXI-XXXII. Paulo Nalin, que se ocupou repetidamente com o tema, vai mais longe, e fala do trânsito *da segurança na lei para a segurança no juiz*, fundando-se no *status* constitucional deste: *Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil*, in *Rev. Trimestral de Direito Civil*, ano 6, vol. 23 (2005), 74-75. Cfr. ainda, do mesmo, *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno*, Juruá, 2002, com relevo para a questão da confiança (n.º 5.4).

¹⁸ Isto implica a ruptura com a própria *imagem social do jurista*, que é expressivamente retratada na novela televisiva brasileira. O advogado da novela é aquele que, perante uma questão, recita de cor o artigo aplicável, com numeração e tudo. O intérprete do Código atual é quem tem capacidade para, analisando no

enquadramento legal os dados da questão, chegar à solução correta com base numa valoração.

DIREITO DOS ESTRANGEIROS

– Uma perspectiva de direito internacional privado*

Luís de Lima Pinheiro

Professor da Faculdade de Direito de Lisboa

SUMÁRIO: *I. Noção de Direito dos Estrangeiros. II. Fontes do Direito dos Estrangeiros. III. Direito dos Estrangeiros relevante para o Direito Internacional Privado. IV. Princípio da equiparação. V. Princípio da retaliação. Inconstitucionalidade do art. 14.º/2 CC. VI. Regime privilegiado dos cidadãos dos países de língua portuguesa. Bibliografia.*

I. Noção de Direito dos Estrangeiros

O Direito dos Estrangeiros é tradicionalmente entendido como o conjunto de normas e princípios que definem a condição jurídica dos estrangeiros. Com mais rigor, pode dizer-se que o Direito dos Estrangeiros é o Direito material especial que tem por objecto a situação jurídica dos estrangeiros.

Historicamente o Direito dos Estrangeiros surge com um carácter discriminatório: os estrangeiros são colocados numa posição de desvantagem perante os nacionais.

Mas seria errado supor que todas as normas de Direito dos Estrangeiros estabelecem limitações ou condicionamentos ao gozo de direitos pelos estrangeiros. Casos há em que o regime especial a que são submetidos é mais favorável do que o vigente para os nacionais.

Tal pode resultar tanto do Direito Internacional Público geral, como de disposições internas. Por exemplo, quanto ao direito de indemnização dos estrangeiros titulares de bens nacionalizados a L n.º 80/77 estabeleceu um regime especial, desenvolvido por diversos diplomas

(¹), que se mostrou mais favorável que o aplicável aos nacionais.

II. Fontes do Direito dos Estrangeiros

O Direito dos Estrangeiros vigente na ordem jurídica portuguesa tem fontes supraestaduais e internas.

Desde logo, os estrangeiros gozam da protecção concedida pelo *Direito Internacional Público geral* (²).

O Direito Internacional Público geral obriga a que a condição jurídica dos estrangeiros seja compatível com a dignidade da pessoa humana.

Isto tem como corolários relevantes para o Direito privado:

- o reconhecimento da personalidade jurídica dos indivíduos (regra enunciada no art. 6.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem);

- o mínimo de tutela dos seus direitos pessoais e patrimoniais;

- a não discriminação injustificada dos estrangeiros relativamente aos nacionais;

- a não discriminação injustificada entre estrangeiros – (princípio enunciado no art. 2.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem).

Em matéria de investimento internacional assume grande importância prática o regime internacional de protecção do estrangeiro perante a expropriação dos seus bens patrimoniais (³).

Este regime releva, em princípio, no contencioso interestadual, em que o Estado, *maxime* o Estado da nacionalidade do lesado, no quadro da protecção diplomática do seu nacional, faz valer a responsabilidade internacional do Estado causador da lesão.

No entanto, a partir do momento em que se admite o acesso de particulares a jurisdições fundadas no Direito Internacional que podem aplicar este Direito independentemente da mediação de um sistema estadual – como é o caso da arbitragem CIRDI – parece defensável

* - Texto que serviu de base à comunicação apresentada no Seminário Luso-Brasileiro 2006, organizado pelo Núcleo de Estudantes Luso-Brasileiros da Faculdade de Direito de Lisboa, em Maio de 2006.

¹ - Resol. n.º 51-B/77, de 28/2; DL n.º 195/79, de 29/6; DL n.º 31/80, de 6/3. Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO – *Nacionalizações e Inconstitucionalidade*, 1988, 545 e segs.

² - Ver JORGE MIRANDA [2004: 140 e segs.] e FAUSTO DE QUADROS [126 e segs.].

³ - Ver FAUSTO DE QUADROS [187 e segs.] e LIMA PINHEIRO [1998: 784 e segs. e 802 e seg.].

que este regime se torna, nestes casos, *directa e imediatamente aplicável aos particulares envolvidos* ⁽⁴⁾.

Quanto ao *Direito Internacional Público convencional*, há a assinalar, quanto aos *tratados multilaterais*, a Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951) e diversos instrumentos em matéria de Direito do Trabalho, designadamente as Convenções da OIT n.ºs 19 (1925), 97 (1949) e 143 (1975) e a Convenção Europeia Relativa ao Estatuto Jurídico do Trabalhador Migrante (Estrasburgo, 1977) ⁽⁵⁾.

Importa ainda referir a incidência que as convenções em matéria de direitos fundamentais podem ter sobre o Direito dos Estrangeiros ⁽⁶⁾. Os Estados não são obrigados a permitir a entrada de estrangeiros no seu território. Mas a partir do momento em que admitam a entrada de estrangeiros ficam obrigados não só ao mínimo de tutela imposto pelo Direito Internacional Público geral mas também a assegurar os direitos consagrados nos instrumentos internacionais a que estejam vinculados.

Estas convenções não constituem, porém, fonte do Direito dos Estrangeiros, uma vez que têm por objecto a protecção de direitos fundamentais tanto de nacionais como de estrangeiros.

Os *tratados bilaterais* são uma importante fonte de Direito dos Estrangeiros.

Há a referir, por um lado, o Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta entre Portugal e o Brasil (2000), que entrou em vigor em 5/9/2001, e os Acordos celebrados com Cabo Verde e a Guiné-Bissau sobre o Estatuto das Pessoas e o Regime dos seus Bens (1976). Estes instrumentos são adiante examinados. Embora com interesse diminuto para o Direito Internacional Privado, podem ainda mencionar-se os Acordos Gerais sobre Migração celebrados com Cabo Verde (1976), S. Tomé e Príncipe (1978) e Guiné-Bissau (1979) e o Acordo sobre Migração Temporária celebrado com a Ucrânia (2003).

Por outro lado, Portugal celebrou um número elevado de acordos sobre a promoção e a protecção recíproca de investimentos, que tendem para uma certa uniformização. Geralmente estes tratados contêm as

cláusulas de tratamento nacional e de nação mais favorecida e estabelecem garantias para os investidores, designadamente com respeito à expropriação e às transferências de valores relacionadas com os investimentos.

Pela cláusula de tratamento nacional (igualdade de tratamento ou assimilação) cada um dos Estados contratantes obriga-se a conceder aos investidores da outra Parte um tratamento não menos favorável do que o concedido aos seus próprios investidores. Trata-se por conseguinte, de uma cláusula de não discriminação negativa dos estrangeiros em razão da sua qualidade. As normas de Direito dos Estrangeiros que estabeleçam limitações ou condicionamentos ao gozo de direitos por estrangeiros não devem ser aplicadas aos investidores da outra Parte contratante ⁽⁷⁾.

Pela cláusula de nação mais favorecida cada um dos Estados contratantes obriga-se a conceder aos investidores da outra Parte o tratamento mais favorável que seja concedido a investidores de terceiros Estados.

Em matéria de expropriação tem-se consagrado que os investimentos só podem ser objecto de expropriação ou nacionalização por força da lei, no interesse público, sem carácter discriminatório e mediante pronta indemnização. Determina-se ainda que a indemnização deverá corresponder ao valor de mercado que os investimentos expropriados tinham à data imediatamente anterior ao momento em que a expropriação se tornar do conhecimento público e que deverá ser “pronta, efectiva, adequada e livremente transferível”. Segue-se, deste modo, a chamada “fórmula de Hull”, que confere o direito a uma indemnização pronta, integral e efectiva ⁽⁸⁾.

O *Direito Comunitário* também tem uma incidência importante sobre o Direito dos Estrangeiros, uma vez que o Tratado que institui a Comunidade Europeia consagra o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade dentro do seu âmbito de aplicação (art. 12.º) ⁽⁹⁾. O âmbito de aplicação do Tratado é

⁴ - Ver LIMA PINHEIRO [2002: 237 e segs.].

⁵ - Ver LIMA PINHEIRO [2002: 204 e seg.].

⁶ - Cf. BATIFFOL/LAGARDE [I 240 e segs.].

⁷ - Ver ainda BATIFFOL/LAGARDE [I 310 e segs.].

⁸ - Ver FAUSTO DE QUADROS [18 e seg., 308 e segs., 314 e segs., 357 e segs. e 362 e segs.] e LIMA PINHEIRO [1998: 785 e n. 228].

⁹ - Ver RIGAUX [1992: 346 e segs.] e BATIFFOL/LAGARDE [I 318 e segs.].

entendido em sentido amplo, abrangendo as normas nacionais que tenham uma incidência directa ou indirecta sobre as liberdades comunitárias⁽¹⁰⁾. O princípio da não discriminação é concretizado em sede das liberdades de circulação de pessoas, estabelecimento e prestação de serviços.

A liberdade de circulação de pessoas tem óbvia incidência sobre o regime administrativo da entrada, permanência e saída de estrangeiros. No contexto desta liberdade, o princípio da não discriminação assume algum significado para o Direito privado, designadamente no que toca ao princípio da igualdade de tratamento dos trabalhadores nacionais de outros Estados-Membros da União Europeia⁽¹¹⁾.

As concretizações do princípio da não discriminação em matéria de direito de estabelecimento e de liberdade de prestação de serviços concernem em primeira linha ao Direito Económico, mas não deixam de ter incidência em situações “privadas” e, ainda que muito limitadamente, sobre o Direito privado dos Estados-Membros.

Quanto ao direito de estabelecimento, o art. 43.º/2 do Tratado determina que a “liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às actividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades (...), nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais, sem prejuízo do disposto no capítulo relativo aos capitais”.

Tem-se entendido que a proibição de discriminação não se refere unicamente a regras específicas concernentes ao exercício de actividades profissionais, mas também às que excluem, limitam ou fazem depender de determinados requisitos o exercício de direitos normalmente ligados a uma actividade independente, como, por exemplo, a celebração de contratos de prestação de serviços e de locação e a

aquisição e utilização de direitos reais e de direitos de propriedade intelectual⁽¹²⁾.

Acrescente-se que a supressão de medidas discriminatória não é total, visto que o art. 46.º/1 ressalva “a aplicabilidade das disposições legislativas, regulamentares e administrativas, que prevejam um regime especial para estrangeiros e sejam justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública.”

No que se refere à liberdade de prestação de serviços, o art. 49.º do Tratado determina que “as restrições à livre prestação de serviços na Comunidade são proibidas em relação aos nacionais de Estados-Membros estabelecidos num Estado da Comunidade que não seja o do destinatário da prestação” e o art. 50.º/3 estabelece que sem “prejuízo do disposto no capítulo relativo ao direito de estabelecimento, o prestador de serviços pode, para a execução da prestação, exercer, a título temporário, a sua actividade no Estado onde a prestação é realizada, nas mesmas condições que esse Estado impõe aos seus próprios nacionais”⁽¹³⁾.

Segundo o entendimento consagrado pela jurisprudência comunitária, findo o período de transição estabelecido para a adopção de directivas para a realização do direito de estabelecimento e da liberdade de prestação de serviços os arts. 43.º e 49.º produzem efeito directo na ordem interna dos Estados-Membros e podem, por isso, ser invocados pelos particulares⁽¹⁴⁾.

Enfim, temos as *fontes internas*, que, como veremos em seguida, assumem especial relevância para o Direito Internacional Privado.

III. Direito dos Estrangeiros relevante para o Direito Internacional Privado

¹⁰ - Ver Michael WILDERSPIN e Xavier LEWIS – “Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres”, *R. crit.* 91 (2002) 1-37 e 289-313, 6 e segs. Ver ainda MARIA LUÍSA DUARTE - *A Liberdade de Circulação de Pessoas e a Ordem Pública no Direito Comunitário*, Coimbra, 1992, 184 e segs., e Takis TRIDIMAS – *The General Principles of EC Law*, Oxford, 1999, 81 e segs.

¹¹ - Ver LIMA PINHEIRO [2002: 149 e segs.].

¹² - Cf. Título III do Programa Geral para a Eliminação de Restrições à Liberdade de Estabelecimento, do Conselho (1961). Ver ainda João MOTA DE CAMPOS – *Manual de Direito Comunitário*, Lisboa, 2000, 556.

¹³ - Além disso o art. 54.º determina que enquanto “não forem suprimidas as restrições à livre prestação de serviços, cada Estado aplicá-las-á, sem qualquer distinção em razão da nacionalidade ou da residência, a todos os prestadores de serviços referidos no primeiro parágrafo do art. 49.º”.

¹⁴ - Cf. MOTA DE CAMPOS, op. cit. 557 e seg.

Encontramos normas de Direito dos Estrangeiros nos mais variados ramos do Direito público e do Direito privado, designadamente, no Direito Constitucional, no Direito Civil, no Direito do Trabalho, no Direito Penal, no Direito Administrativo e no Direito da Economia. Ao Direito Internacional Privado só interessam os princípios gerais sobre a condição jurídica dos estrangeiros e as normas com incidência nas situações “privadas”.

Podemos então distinguir entre:

- princípios gerais sobre a condição jurídica dos estrangeiros que constam do art. 15.º CRP e do art. 14.º/1 e /2 CC e

- normas materiais que estabelecem um tratamento diferenciado para os estrangeiros, sejam eles pessoas singulares ou colectivas.

Estas normas são Direito material especial que limita ou complementa o sistema de Direito de Conflitos e que, em certos casos, constitui um instrumento de intervenção económica do Estado nas relações “privadas” internacionais.

Vejamos qual o conteúdo possível destas normas.

Primeiro, estas normas podem estabelecer *limites à personalidade jurídica e à capacidade genérica de gozo*.

Historicamente estes limites existiram. São hoje inadmissíveis, quanto às pessoas singulares, à face do Direito Internacional Público. Só são admissíveis limites deste tipo relativamente às pessoas colectivas. No entanto, geralmente, estes limites são referidos às pessoas colectivas de estatuto pessoal estrangeiro e não às pessoas colectivas estrangeiras. No Direito português vigente não há limites à personalidade jurídica ou à capacidade genérica de gozo de pessoas colectivas estrangeiras.

Em segundo lugar, as normas de Direito dos Estrangeiros podem estabelecer *limites à capacidade específica de gozo*.

Por exemplo, o DL n.º 280/2001, de 23/10, estabelece que os tripulantes de embarcações nacionais devem ter nacionalidade portuguesa, ou de um país membro da União Europeia, e que o comandante deve ter a nacionalidade portuguesa, salvo nos casos devidamente autorizados pelo Instituto Marítimo-Portuário e

fundamentados em razões de carência de mão-de-obra no sector (art. 61.º) ⁽¹⁵⁾.

São hoje raras as normas de Direito privado “tradicional” que estabelecem incapacidades específicas de gozo para os estrangeiros.

Já são fáceis de encontrar exemplos de normas que condicionam o gozo de certos direitos à reciprocidade. É o caso do art. 64.º do Código do Direito de Autor e do art. 3.º/3 do Código da Propriedade Industrial.

Também há normas de Direito da Economia com incidência sobre relações privadas que limitam a capacidade específica de gozo de estrangeiros. Contam-se aqui as normas que vedam aos estrangeiros o direito de estabelecimento ou que limitam as aquisições por estrangeiros nas privatizações do sector empresarial do Estado.

Entre nós vigora hoje o princípio da liberdade de estabelecimento tanto para nacionais como para estrangeiros, quer por força do Direito Comunitário, no que toca aos indivíduos nacionais de outros Estados-Membros e a sociedades comunitárias, quer por força do Direito interno, para os outros estrangeiros (DL n.º 214/86, de 2/8).

Enfim temos normas que estabelecem *outras formas de tratamento diferenciado de estrangeiros*.

É o caso das normas que estabeleçam um regime especial para relações privadas em atenção à nacionalidade estrangeira de um dos sujeitos. Por exemplo, o Código do Trabalho determina que o contrato de trabalho celebrado com um cidadão estrangeiro, para a prestação de trabalho em território português, está sujeito a forma escrita e às formalidades reguladas em legislação especial (arts. 88.º/1 e 103.º/1/d) ⁽¹⁶⁾.

¹⁵ - Outro exemplo era, na vigência do DL n.º 97/77, de 17/3, os estrangeiros não poderem ocupar mais do que 10% dos postos de trabalho nas empresas que exercem actividade no território português (art. 2.º). Mas este diploma foi revogado pelo DL n.º 20/98, de 12/5.

¹⁶ - Ver arts. 158.º e seg. da L. n.º 35/2004, de 29/7, que regulamenta o C. Trab. O n.º 2 do art. 88.º do mesmo diploma, porém, exceptua os “contratos de trabalho com cidadãos nacionais dos países membros do Espaço Económico Europeu e dos países que consagrem a igualdade de tratamento com os cidadãos nacionais, em matéria de livre exercício de actividades profissionais”. Não se vislumbra a razão de ser desta excepção, nem a relação entre a forma do contrato de trabalho de estrangeiro e o livre exercício de actividades profissionais.

IV. Princípio da equiparação

Quanto à definição da situação jurídico-privada dos estrangeiros pelo Direito interno, os dois principais sistemas são o da reciprocidade e o da equiparação.

De acordo com o *sistema da reciprocidade* os estrangeiros não poderão gozar, no Estado local, dos direitos privados que, em igualdade de circunstâncias, não forem reconhecidos pelo Estado da sua nacionalidade aos nacionais do Estado local.

Segundo o *sistema da equiparação* da qualidade de estrangeiro não decorre por si, automaticamente, qualquer restrição à capacidade de gozo de direitos privados⁽¹⁷⁾.

O art. 15.º CRP consagra o sistema da equiparação em relação à generalidade dos direitos, com excepção dos direitos políticos e do exercício das funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico.

Com efeito, determina o n.º 1 do art. 15.º “Os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português”.

Nos termos do n.º 2 “Exceptuam-se do disposto no número anterior os direitos políticos, o exercício das funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico e os direitos e deveres reservados pela Constituição e pela lei exclusivamente aos cidadãos portugueses.”

A equiparação em matéria de direitos civis já se encontrava estabelecida no n.º 1 do art. 14.º CC, mas, como veremos, o n.º 2 deste artigo limita-a através de um princípio de retaliação.

De onde decorre que, em matéria de direitos privados, os estrangeiros só verão a sua capacidade de gozo limitada pelas normas de Direito dos estrangeiros que reservem uma determinada categoria de direitos aos portugueses.

Sendo a equiparação a regra, todas as excepções têm de ser *justificadas*, por forma a respeitarem os princípios da igualdade e da proporcionalidade, e

limitadas ⁽¹⁸⁾, por forma a não invertermem o princípio da equiparação ⁽¹⁹⁾. Estas excepções só podem ser estabelecidas através de lei formal da AR ou do Governo, quando autorizado pela AR (art. 165.º/1/b)⁽²⁰⁾.

Em qualquer caso, os estrangeiros não podem ser privados do gozo de certos direitos. É o que decorre expressamente da Constituição relativamente a certos direitos dos trabalhadores (art. 59.º/1)⁽²¹⁾. É também o que se verifica com os direitos, liberdades e garantias pessoais, consagrados no Cap. I do Título II da Parte I da Constituição, por se tratar de direitos de todos os seres humanos, de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana ⁽²²⁾. O mesmo se diga de direitos fundamentais de natureza análoga (cf. art. 17.º CRP) que

¹⁸ - Cf. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA [Art. 15.º an. IV] e JORGE MIRANDA [2004: 150]. O TC, no ac. n.º 54/87, de 10/2 [DR n.º 63, de 17/3/1987, p. 1070], afirmou que a reserva de certos direitos exclusivamente a cidadãos portugueses não pode ser feita de forma arbitrária, desnecessária ou desproporcionada.

¹⁹ - Cf. JORGE MIRANDA [2004: 150]. Segundo VIEIRA DE ANDRADE – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa*, Coimbra, 1983, 184, as leis que reservem direitos aos cidadãos portugueses são leis restritivas para efeitos do art. 18.º. O autor mantém esta posição na 3.ª ed., de 2004, 130 e segs. O mesmo entendimento foi seguido no Parecer PGR n.º 6/94, de 27/10/94 [in *Pareceres da PGR*, vol. I, 259] e pelo TC no ac. n.º 345/2002, de 10/10 [DR n.º 234, de 10/10/2002 p. 6745]. Mas esta opinião não parece corresponder ao sentido ao art. 15.º que é o de admitir que o legislador reserve determinada categoria de direitos aos portugueses quando entenda que tal é justificado por qualquer finalidade político-jurídica compatível com a Constituição e não, necessariamente, quando tal for imposto por outras normas constitucionais.

²⁰ - Cf. Ac. n.º 255/2002 do TC [DR n.º 155, de 8/7/2002, 5237], GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA [Art. 15.º an. IV] e JORGE MIRANDA [2004: 150].

²¹ - MOURA RAMOS [1984 n.º 2] defende que também estão nesta situação os direitos, liberdades e garantias insusceptíveis de suspensão em caso de estado de sítio.

²² - A Lei n.º 134/99, de 28/8, por forma algo surpreendente, veio equiparar a diferença de tratamento em razão da nacionalidade à discriminação racial. Esta lei proíbe qualquer diferença de tratamento “que tenha por objectivo ou produza como resultado a anulação ou restrição do reconhecimento, fruição ou exercício, em condições de igualdade, de direitos, liberdades e garantias ou de direitos económicos, sociais e culturais” (art. 3.º/1). Entre as práticas discriminatórias enuncia o “impedimento ou limitação ao acesso e exercício normal de uma actividade económica” (art. 4.º/1/d) o que leva a questionar se é intenção do legislador revogar todas as normas de Direito dos estrangeiros vigentes nesta matéria. A resposta é aparentemente negativa, porque a presente lei não prejudica as disposições de lei (formal) que restrinjam o reconhecimento de certos direitos a determinadas pessoas (art. 3.º/3). Por outro lado, nada impede que, no futuro, a lei formal venha a estabelecer, dentro dos limites fixados pela constituição, normas de Direito dos estrangeiros que derroguem o disposto na Lei n.º 134/99.

¹⁷ - Ver comentário ao art. 1.º do Anteprojecto de 1951.

sejam indissociáveis de princípios gerais com projecção imediata nos direitos, liberdades e garantias, como é o caso do direito de acesso ao Direito (art. 20.º/1 e /2 CRP), do direito de resistência (art. 21.º CRP), do direito a indemnização por prejuízos causados por acções ou omissões de entidades públicas (art. 22.º CRP) e do direito de queixa ao Provedor de Justiça (art. 23.º).

Se a lei pode, em termos absolutos, reservar aos portugueses o gozo de determinada categoria de direitos privados, também o pode fazer em termos relativos, através de cláusulas de reciprocidade⁽²³⁾. É o que se verifica, por exemplo, em matéria de propriedade industrial, nos termos do art. 3.º/3 do respectivo Código.

Mas seria inconstitucional uma lei que estabelecesse a reciprocidade com respeito à generalidade dos direitos privados, pois inverteria o princípio da equiparação.

Se os estrangeiros não podem ser privados de certo direito fundamental, também não pode sujeitar-se o gozo desse direito a uma cláusula de reciprocidade. É por isso inconstitucional a L n.º 34/2004, de 29/7, quando só reconhece o direito a protecção jurídica a estrangeiros não residentes num Estado-Membro da União Europeia “na medida em que ele seja atribuído aos portugueses pelas leis dos respectivos Estados” (art. 7.º/2)⁽²⁴⁾. Com efeito o direito à protecção jurídica é um corolário do direito de acesso ao Direito tal como se encontra consagrado no art. 20.º/1 e /2 CRP.

O princípio da equiparação não significa uma assimilação dos estrangeiros aos nacionais, pelos quais os primeiros teriam os mesmos direitos privados que os segundos⁽²⁵⁾. Assim, por exemplo, do princípio da equiparação não decorre que os espanhóis gozem em Portugal dos mesmos direitos de personalidade que os portugueses, porque a lei aplicável aos direitos de

personalidade dos espanhóis é, em princípio, a lei espanhola⁽²⁶⁾.

Ao nível do Direito de Conflitos, equiparar um português a um espanhol em matéria de estatuto pessoal traduz-se na aplicação, a cada um deles, da lei da nacionalidade, e na atribuição dos direitos concedidos por esta lei.

O art. 15.º só se refere aos estrangeiros e apátridas que residam ou se encontrem em Portugal, no pressuposto que só relativamente a estes se colocam problemas de gozo de direitos perante a ordem jurídica portuguesa. Mas não é assim, pelo menos no domínio dos direitos privados. O problema também se pode colocar relativamente a um estrangeiro ou apátrida que não resida nem se encontre em Portugal. Parece claro que o princípio da equiparação vale igualmente para este caso, sendo o art. 15.º CRP aplicável por analogia⁽²⁷⁾.

V. Princípio da retaliação. Inconstitucionalidade do art. 14.º/2 CC

O n.º 2 do art. 14.º CC consagra um princípio de retaliação: não são “reconhecidos aos estrangeiros os direitos que, sendo atribuídos pelo respectivo Estado aos seus nacionais, o não sejam aos portugueses em igualdade de circunstâncias”.

Segundo o comentário ao Anteprojecto de 1951, da autoria de FERRER CORREIA, consagra-se aqui uma “reciprocidade legislativa ou de facto”. Mas, em rigor, trata-se de algo de distinto da reciprocidade. O n.º 2 do art. 14.º actua quando no país de origem do estrangeiro os estrangeiros em geral ou os portugueses em particular são vítimas de discriminação. Quando se verifique esta discriminação o preceito retalia mediante a exclusão do gozo do direito por parte do estrangeiro. Consagra-se, pois, um princípio da retaliação⁽²⁸⁾.

²³ - Cf. Parecer PGR n.º 65/82, de 22/7 [BMJ 325: 294] e JORGE MIRANDA [op. cit. 149].

²⁴ - Ver, em relação à legislação anterior, Acs. TC n.º 316/95, de 20/6/95 [Acórdãos do Tribunal Constitucional 31 (1995) 491] e n.º 365/2000, de 5/7/2000 [BMJ 499: 40].

²⁵ - Cf. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1970: 29], BAPTISTA MACHADO [1982: 19] e JORGE MIRANDA [2004: 155].

²⁶ - Há um núcleo fundamental de direitos de personalidade que decorre do próprio Direito Internacional Público geral e da Constituição portuguesa, mas para além disso pode haver diferenças importantes entre o sistema português e sistemas estrangeiros.

²⁷ - No mesmo sentido, MARQUES DOS SANTOS – “Quem manda mais...”, 48.

²⁸ - Cf. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [op. cit. 25 e segs.].

A entrada em vigor da Constituição de 1976 não terá desencadeado a inconstitucionalidade do art. 14.º/2 CC?

A este respeito defrontam-se duas teses.

A tese da constitucionalidade é defendida por JORGE MIRANDA com base num argumento de maioria de razão ⁽²⁹⁾: se a lei pode reservar exclusivamente a portugueses certos direitos, também pode não conceder a estrangeiros direitos civis que o respectivo Estado não conceda aos portugueses. Só não seria assim se a aplicação da “regra da reciprocidade” levasse à inversão do princípio da equiparação, o que não seria o caso. No mesmo sentido se veio pronunciar FERRER CORREIA ⁽³⁰⁾.

A tese da inconstitucionalidade conta com os sufrágios de CASTRO MENDES e ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO ⁽³¹⁾. A minha adesão a esta tese decorre do anteriormente exposto com respeito à reciprocidade.

A admissibilidade de uma cláusula geral de retaliação, que abrange a generalidade dos direitos privados, significaria estabelecer, neste domínio, um sistema de retaliação em contradição com o princípio consagrado no art. 15.º CRP. O n.º 2 do art. 15.º, consagrando uma restrição a um direito fundamental, deve ser interpretado restritivamente: quaisquer restrições à capacidade de gozo dos estrangeiros têm de ser estabelecidas para categorias bem delimitadas de direitos, em atenção à sua natureza.

Por acréscimo, a diferença de tratamento entre estrangeiros a que levaria essa cláusula de retaliação, se não é incompatível como o Direito Internacional Público, já o seria perante o princípio da igualdade consagrado no art. 13.º CRP. Este princípio só admite uma distinção entre estrangeiros que tenha fundamento material bastante, o que não parece ser o caso.

VI. Regime privilegiado dos cidadãos dos países de língua portuguesa

O n.º 3 do art. 15.º CRP permite uma discriminação positiva dos estrangeiros originários de países de língua portuguesa, i.e., que estes estrangeiros possam gozar de direitos que são vedados a outros estrangeiros.

Até à revisão constitucional de 2001, esta discriminação positiva dependia da celebração de convenções internacionais com os Estados da nacionalidade dos estrangeiros em causa. Os seus beneficiários eram, por isso, os brasileiros, nos termos da Convenção de Brasília sobre a Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses (1971) e os caboverdianos e guineenses nos termos dos Acordos Especiais Reguladores do Estatuto de Pessoas e Bens celebrados com Cabo Verde e com a Guiné-Bissau.

A revisão constitucional de 2001, além de alargar o âmbito dos direitos políticos de que podem gozar os estrangeiros originários de países de língua portuguesa, suprimiu a expressão “mediante convenção internacional”, acrescentando, por outro lado, a expressão “nos termos da lei”.

O art. 15.º/3 passou assim, a ter a seguinte redação: “Aos cidadãos dos Estados de língua portuguesa com residência permanente em Portugal são reconhecidos, nos termos da lei e em condições de reciprocidade, direitos não conferidos a estrangeiros, salvo o acesso aos cargos de Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Primeiro-Ministro, Presidentes dos tribunais supremos e o serviço nas Forças Armadas e na carreira diplomática.”

Perante os trabalhos preparatórios da revisão constitucional, não é líquido que o legislador constitucional tenha tido plena consciência do alcance da supressão da referência à convenção internacional, e não é claro o sentido do aditamento da expressão “nos termos da lei” ⁽³²⁾.

²⁹ - 2004: 155. Aparentemente no mesmo sentido CARLOS FERNANDES – *Lições de Direito Internacional Privado*, vol. I, Coimbra, 1994, 120.

³⁰ - 2000: 78.

³¹ - Cf. CASTRO MENDES – *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. I, Lisboa, 1978, 253 e seg. No mesmo sentido CARVALHO FERNANDES – *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, 3.ª ed., Lisboa, 2001, 237.

³² - Ver designadamente a Acta da Comissão Eventual para a Revisão Constitucional de 26/6/2001. Ver ainda JORGE MIRANDA [2004: 151 e n. 1].

Mas como a interpretação tem como ponto de partida e limite o sentido literal, parece inevitável reconhecer que a atribuição a estrangeiros originários dos Estados de língua portuguesa de direitos vedados a outros estrangeiros deixa de depender da celebração de convenções internacionais com estes Estados.

Por outro lado, a expressão “nos termos da lei” poderia querer significar que a atribuição destes direitos fica dependente da lei ordinária. Mas esta interpretação não se ajusta nem ao novo texto do art. 15.º/3, em que se lê “são reconhecidos (...) direitos”, em lugar de “podem ser atribuídos (...) direitos”, que constava da redacção anterior, nem à intenção do legislador constitucional, evidenciada pelos trabalhos preparatórios, de fazer depender o gozo dos direitos em causa apenas da reciprocidade por parte do Estado da nacionalidade dos estrangeiros em causa.

Segundo outra interpretação possível, pertencerá à lei ordinária regular a forma por que se processa o reconhecimento, i.e., os procedimentos de que depende o reconhecimento, aos estrangeiros originários de Estados de língua portuguesa, dos direitos não conferidos a outros estrangeiros. A seguir-se esta interpretação, o art. 15.º/3 CRP carece, para ser aplicado, de regulamentação pela lei ordinária. A favor deste entendimento pesam duas considerações. Por um lado, importa conferir um sentido útil à expressão “nos termos da lei”. Por outro, seria de todo inconveniente que determinados direitos (designadamente direitos políticos) pudessem ser exercidos sem uma verificação prévia das condições de reconhecimento, por decisão administrativa tomada pela autoridade competente.

Em sentido contrário, porém, pode argumentar-se que nem no texto constitucional nem nos trabalhos preparatórios se encontra qualquer referência à necessidade de um procedimento prévio para o reconhecimento dos referidos direitos. Acresce que, se a aplicação do art. 15.º/3 CRP dependesse sempre de regulamentação pela lei ordinária, verificar-se-ia um recuo em relação à situação anterior no que toca aos caboverdianos e guineenses, que beneficiam do disposto nos Acordos Especiais Reguladores do Estatuto de Pessoas e Bens celebrados com Cabo Verde e com a

Guiné-Bissau, sem que exista qualquer regulamentação pela lei ordinária.

Sopesados os diferentes argumentos, inclino-me no sentido de entender que só será necessária uma regulamentação do art. 15.º/3 CRP pela lei ordinária quando não exista uma convenção internacional celebrada com o Estado da nacionalidade dos estrangeiros em causa ou quando esta convenção careça de medidas de execução no Direito interno dos Estados contratantes (como é o caso do Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta celebrado com o Brasil).

Qual o significado deste estatuto privilegiado dos estrangeiros originários de países de língua portuguesa?

Quanto aos direitos privados, este estatuto não significa que os estrangeiros originários de países de língua portuguesa, com residência permanente em Portugal, tenham os mesmos direitos que os portugueses. Significa antes a inaplicabilidade a estes estrangeiros das normas de Direito dos Estrangeiros que estabeleçam limitações à sua capacidade de gozo. De harmonia com o sublinhado com respeito ao princípio da equiparação, o art. 15.º/3 em nada prejudica que os direitos privados dos nacionais de outros países de língua portuguesa que residam em Portugal sejam diferentes dos direitos privados dos portugueses, por ser diferente a lei aplicável segundo o Direito de Conflitos.

Examinemos agora, com brevidade, as convenções internacionais relevantes no quadro definido pelo art. 15.º/3 da Constituição.

A *Convenção de Brasília sobre a Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses* (1971) determinava, nos seus arts. 1.º e 5.º, que podia ser concedido, por acto individual, um estatuto de igualdade com os respectivos nacionais aos brasileiros residentes em Portugal e aos portugueses residentes no Brasil.

Este estatuto de igualdade significava principalmente a inaplicabilidade aos brasileiros que residam em Portugal das limitações à sua capacidade de gozo decorrentes das normas de Direito dos Estrangeiros em vigor na nossa ordem jurídica e vice-versa⁽³³⁾.

³³ - Cf. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1973: 7]. Ver arts. 15.º e 25.º do DL n.º 126/72, de 22/4.

O estatuto de igualdade subdividia-se em estatuto geral de igualdade, que não incluía os direitos políticos e deveres correspondentes, e estatuto especial de igualdade de direitos políticos. O estatuto geral de igualdade pressupunha residência permanente no país em que é requerido. O estatuto especial de igualdade de direitos políticos pressupunha residência permanente durante cinco anos (art. 7.º).

A Convenção de Brasília foi entretanto revogada pelo *Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta entre Portugal e o Brasil* (2000). Também este Tratado prevê, nos termos dos arts. 12.º e segs., a concessão por acto individual de um estatuto de igualdade, que pressupõe a residência habitual no país em que é requerido. O significado deste estatuto de igualdade é essencialmente o mesmo que perante a Convenção de Brasília.

Também este estatuto de igualdade admite dois graus, uma vez que o gozo de direitos políticos depende, à face deste Tratado, de um requerimento específico e de três anos de residência habitual no país em que é requerido (art. 17.º/1).

O DL n.º 154/2003, de 15/7, veio regulamentar a aplicação do Tratado, no que respeita ao regime processual de atribuição e registo do estatuto de igualdade aos cidadãos brasileiros residentes em Portugal bem como o reflexo em Portugal da atribuição do estatuto de igualdade a cidadãos portugueses residentes no Brasil.

Os *Acordos Especiais Reguladores do Estatuto de Pessoas e Bens celebrados com Cabo Verde e com a Guiné-Bissau* estabelecem a igualdade de tratamento, designadamente no que respeita ao exercício dos direitos civis e ao acesso e exercício de actividades económicas e profissões liberais⁽³⁴⁾.

Esta igualdade de tratamento também exprime uma ideia de inaplicabilidade das normas de Direito dos Estrangeiros que limitem a capacidade de gozo de direitos ou estabeleçam um regime mais gravoso para o seu exercício, sem prejuízo do funcionamento do Direito de Conflitos. Neste ponto, todavia, estes acordos prestam-se a mais equívocos, sugerindo, por vezes, mais uma assimilação, de acordo com um princípio de tratamento nacional, que uma não discriminação. Veja-se

designadamente o art. 3.º destes acordos quanto às sociedades civis e comerciais.

BIBLIOGRAFIA

- BATIFFOL, Henri e Paul LAGARDE
1993 – *Droit international privé*, vol. I, 8.ª ed., Paris.
- CANOTILHO, J. GOMES (org.) – *Direitos Humanos, Estrangeiros, Comunidades Migrantes e Minorias*, Oeiras, 2000
- CANOTILHO, J. GOMES e VITAL MOREIRA
1993 – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra, 1993.
- COLLAÇO, ISABEL DE MAGALHÃES
1970 – *Direito Internacional Privado. Sistema de normas de conflitos portuguesas. Direito dos estrangeiros* (Apontamentos das Lições 1969/1970), Lisboa, 1970.
1973 – *Direito Internacional Privado. Direito dos Estrangeiros. Da situação dos brasileiros* (Apontamentos das Lições 1972/1973), Lisboa.
- CORREIA, António FERRER
2000 – *Lições de Direito Internacional Privado I*, Coimbra.
- MACHADO, J. BAPTISTA
1982 – *Lições de Direito Internacional Privado*, (apontamentos das aulas teóricas do ano lectivo de 1971/1972 na Faculdade de Direito de Coimbra), 2.ª ed., Coimbra.
- MIRANDA, JORGE
2004 – *Manual de Direito Constitucional*, t. III, 5.ª ed., Coimbra.
- RAMOS, Rui MOURA
1984 – “Estrangeiro”, in *Enc. Polis*, vol. II.
1990/1993 – “La double nationalité et les liens spéciaux avec d’autres pays. Les développements et les perspectives au Portugal”, *RDE* 16/19 (1990/1993) 577-605.
1996 – “Nationalité, Plurinationalité et Supranationalité en Droit Portugais”, *Archiv des Völkerrechts* 34 (1996) 96-119.
- RIGAUX, François
1992 – “Droit international privé et droit communautaire”, in *Mélanges Yvon LOUSSOUARN*, 341-

³⁴ - Ver MOURA RAMOS [1996: 116 e segs.].

354.

PINHEIRO, Luís de LIMA

1998 – *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado*, Almedina, Lisboa.

2002 – *Direito Internacional Privado*, vol. II – *Direito de Conflitos. Parte Especial*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra.

QUADROS, FAUSTO DE

1998 – *A Protecção da Propriedade Privada pelo Direito Internacional Público*, Coimbra, 1998.

SANTOS, António MARQUES DOS

s.d. – “Quem manda mais - a residência ou a nacionalidade?”, in *Studia Iuridica* (BFDC) 68: 41-53.

**O CONFLITO DE INTERESSES DO
ADMINISTRADOR NA GESTÃO DAS
SOCIEDADES LIMITADAS EMPRESÁRIAS
REGULADAS PELA LEI Nº 10.406, DE 11 DE
JANEIRO DE 2002 – CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

Ana Cláudia Redecker *

SUMÁRIO: 1 - Considerações preliminares. 2 – Da administração da sociedade limitada. 3 - Delimitação do interesse da sociedade. 4 - Dos deveres de lealdade dos administradores. 5 - Estado atual da Problemática. 6 - Considerações finais.

1 - Considerações preliminares

As sociedades limitadas empresárias¹ têm uma vontade real, que ao(s) órgão(s) executivo(s), que integra(m) a sua estrutura, incumbe fazer o apuramento e expressar externamente. A administração social pode ser feita, tanto por órgão singular, quanto por órgão pluripessoal de gestão. E, quanto ao seu funcionamento, o órgão pluripessoal de gestão pode ou não ser colegial².

* Advogada, Professora de Direito Empresarial da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS) e do Centro Universitário Ritter dos Reis, Mestre em Direito com ênfase em Processo Civil pela PUC/RS e Doutoranda em Ciências Jurídico-Econômicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

¹ De acordo com o artigo 982 combinado com os artigos 983 e 985, todos do Código Civil Brasileiro (sempre que se indicarem artigos sem menção de diploma, ou, na forma abreviada CCB/02, eles reportam-se ao Código Civil Brasileiro) as sociedades limitadas empresárias possuem personalidade jurídica. A aquisição da personalidade jurídica representa no mundo jurídico uma nova pessoa jurídica (coletiva) com personalidade jurídica perfeitamente individualizada e autônoma das pessoas jurídicas (singulares ou coletivas) que a compõe, com autonomia patrimonial e suscetível de assumir responsabilidades próprias, quer enquanto titular de situações jurídicas ativas (credora), quer enquanto titular de situações jurídicas passivas (devedora).

² Pedro Maia, in *Função e Funcionamento do Conselho de Administração da Sociedade Anônima*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 20, salienta que, “(...) por vezes, se fala da colegialidade como se se tratasse de um sinónimo ou de uma consequência necessária da pluripessoalidade, sem evidenciar que uma e outra não se confundem, consistindo a colegialidade um dos modos possíveis de funcionamento de um órgão pluripessoal, pelo que só surge de uma autónoma opção do legislador. A pluripessoalidade respeita à composição do órgão – que, sendo este o caso, integra mais do que um membro -, ao

Este trabalho tem o seu âmbito material limitado à análise do conflito de interesse do administrador na gestão das sociedades limitadas empresárias cuja regência supletiva, nas omissões dos dispositivos do Capítulo IV (artigos 1.052 a 1.080), seja a dos dispositivos da sociedade simples³.

Os administradores, têm o dever de gerir no interesse da sociedade o que acarreta necessariamente, na obrigação de não exercer ou de omitir atos contrários àqueles interesses, portanto, tem o dever de não atuar em conflito de interesses com a sociedade face ao que prescreve o parágrafo único do artigo 1.017 do CCB/02 que rege o conflito de interesses dos administradores das sociedades limitadas, enquanto órgão singular e plural de gestão. Há conflito de interesses quando o administrador, tiver um interesse pessoal em oposição ao interesse da sociedade⁴. Enquanto o conflito permanecer no plano interno, psicológico do administrador, em nada afetando a sociedade, o direito não intervém. Há intervenção quando ocorrerem relações inter subjectivas, ou seja, quando as relações de conflito se entrelaçarem⁵.

Não há nenhuma regra geral que discipline o conflito de interesses ou que defina o interesse da sociedade no CCB/02. Tendo em consideração esta

passo que a colegialidade se prende com o modo de funcionamento desse órgão. A colegialidade pressupõe, obviamente, a pluripessoalidade – não se pode nunca falar de colegialidade de um órgão unipessoal -, mas esta não implica necessariamente aquela”.

³ Cfr. Artigo 1.053 do CCB/02. Sempre que se referir “sociedade limitada”, ou, simplesmente “limitada”, no singular ou plural, sem menção da regência supletiva, elas reportam-se à situação prevista no *caput* do artigo 1.053, objeto de análise deste artigo. O Capítulo I, que rege a sociedade simples (artigos 997 a 1.038) reveste-se de fundamental importância em razão de que, afora as sociedades anônimas [artigo 1.088, CCB/02 e Lei nº 6.404, de 15/12/1976, Lei das Sociedades Anônimas (na forma abreviada, LSA)], as sociedades em comandita por ações (artigo 1.090 e LSA) e as sociedades limitadas, em que o contrato social preveja a regência supletiva pelas normas da sociedade anônima (parágrafo único do artigo 1.053 do CCB/02), os demais tipos societários empresários são regulados subsidiariamente pelas disposições relativas à sociedade simples.

⁴ Utilizaremos a expressão “interesse da sociedade” -, ao invés de “interesse social” e “interesse societário” por que ela permite individualizar não só o conceito de “interesse”, como a entidade com personalidade jurídica perfeitamente assente e diferenciada dos demais entes, que em torno dela gravitam – a “sociedade”. (Cfr. ESTACA, José Nuno. *O interesse da Sociedade nas Deliberações Sociais*, Coimbra: Almedina, 2003, p.17)

⁵ Cfr. EIZIRIK, Nelson. *Temas de Direito Societário*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 96.

realidade, emergem de imediato algumas questões: Quem determina o interesse da sociedade? Qual a relevância de defini-lo? Qual o procedimento, quando o administrador estiver em estado de conflito de interesses com a sociedade?

Inicialmente abordar-se-á algumas particularidades do órgão de gestão da sociedade limitada. Na sequência, efetuar-se-á a delimitação do conceito de “interesse da sociedade” e analisar-se-ão os deveres de lealdade dos administradores. Por fim, abordar-se-á o conflito de interesses, para tanto, será situado o estado actual desta problemática, e, traçadas algumas considerações finais sobre a mesma.

Não serão objeto deste artigo os órgãos sociais da sociedade limitada⁶ (com exceção da administração), a problemática da responsabilidade civil dos administradores⁷, a sua controversa natureza jurídica⁸ e das deliberações sociais⁹, os deveres dos administradores¹⁰ (com exceção do dever de gerir com lealdade), nem o regime de impugnação das deliberações dos administradores¹¹, apesar da sua relevância jurídica.

⁶ Sobre a estrutura orgânica ver: BERTOLDI, Marcelo/RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*, 3ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006; BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*, 8ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2003; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Sociedades Limitadas: de acordo com o código civil de 2002*, São Paulo: Atlas, 2003.

⁷ Sobre responsabilidade civil dos administradores ver: CORDEIRO, António Menezes. *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lisboa: Lex, 1997; JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Coimbra: Almedina, 1995 reimpressão (1968).

⁸ Sobre o tema ver ESTACA, José Nuno Marques. *O interesse da Sociedade nas Deliberações Sociais*, Coimbra: Almedina, 2003, p.181 e ss; BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*, 8ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 415-416 (nota 6); FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Sociedades Limitadas: de acordo com o código civil de 2002*, São Paulo: Atlas, 2003, p. 187 e ss.

⁹ Sobre o tema ver: REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, São Paulo: Saraiva, 2003; TOMAZETTE, Marlon. *Direito Societário*, 2ª ed., São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

¹⁰ Sobre os deveres dos administradores ver: ALMEIDA, Amador Paes. *Manual das Sociedades Comerciais*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003; REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, São Paulo: Saraiva, 2003.

¹¹ Sobre o regime de impugnação das deliberações ver: RODRIGUES, Frederico Viana. Coordenador – *Direito de Empresa no Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2005.

2. Da administração da sociedade limitada

A sociedade limitada empresária tem necessariamente um órgão de gestão que a representa externamente, o qual exprime a vontade da pessoa jurídica, assumindo a respectiva gestão. Os suportes do órgão são pessoas físicas¹², podendo ser sócios ou não¹³, desde que conste, no contrato social, esta permissão. A legislação estabelece, ainda, que o administrador deve ter residência no País, não estar impedido por lei especial, ou condenadas por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato, contra a economia popular, a fé pública ou a propriedade ou a pena criminal que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos¹⁴.

As sociedades limitadas podem ser administradas por uma ou mais pessoas designadas no contrato social ou em ato separado¹⁵, mediante assinatura do termo de posse no livro de atas da administração. Investido no cargo mediante ato separado, caberá ao administrador, nos dez dias seguintes à sua investidura, fazer registrar a sua nomeação na Junta Comercial¹⁶.

¹² COZZA, Mário. *Novo Código Civil – Do Direito de Empresa (arts. 966 a 1.165)*, Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 120 e 59, respectivamente: “Evidentemente que não se quereria que o Legislador viesse a ferir a boa técnica legislativa com redundâncias desnecessárias, porém, certamente, poderia ter sido mais explícito no tocante à pessoa do administrador da sociedade limitada, assim como fez, por exemplo, com a sociedade em comandita simples, dizendo que os comanditados devem ser pessoas naturais (Nota 288), e que somente a estes cabe a administração da sociedade (Nota 290).” E, complementa, “(...) a Lei atribui a competência da administração somente a pessoas naturais.” Cfr. Artigo 997, VI do CCB/02. Nesse sentido ver: BERTOLDI, Marcelo/RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*, 3ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 187-188.

¹³ Cfr. “Artigo 1.061. Neste caso a designação de pessoa não-sócia para exercer as funções de administrador está condicionada a aprovação da unanimidade dos sócios, no caso de o capital social não estar integralizado, e, de dois terços, no mínimo, após a sua integralização.”

¹⁴ Cfr. Parágrafo 1º do artigo 1.011.

¹⁵ Cfr. Artigo 1.060.

¹⁶ Cfr. Artigo 1.062. O administrador responde pessoal e solidariamente com a sociedade por todos os atos por ele praticados antes de requerida a averbação na Junta Comercial (Artigo 1.012). É vedado, de forma expressa, que o administrador se faça substituir no exercício de suas funções (artigo 1.018). A sociedade, contudo, poderá constituir mandatários, representada pelos seus administradores, que o

A administração da sociedade limitada, nada dispondo no contrato social, compete separadamente a cada um dos administradores¹⁷, podendo praticar todos os atos pertinentes à gestão¹⁸. Neste caso, cada um dos administradores pode impugnar a operação pretendida por outro, ainda que a mesma já esteja em andamento. Quando a operação já estiver concluída, poderá ser impugnada, visando revertê-la. A decisão caberá aos sócios, por maioria de votos¹⁹, em reunião ou assembléia, conforme o caso²⁰. Se o administrador é sócio, apesar de não haver nenhum dispositivo nesse sentido, deve abster-se de participar da votação, “sob pena de se estar afastando da deliberação a ética e a imparcialidade (...).²¹”

Os sócios da sociedade limitada, podem adaptar o contrato social às exigências da modalidade operativa da sociedade, de acordo com a sua dimensão e as características do empreendimento. Assim, os sócios podem

“conceber os seus órgãos administrativos, desde a estipulação de que todos os sócios assumem a administração conjuntamente²², passando pela menção da existência de uma única pessoa no cargo de administrador, até à estipulação de conselhos de administração e diretorias compostas por diretores-presidentes, superintendentes, diretores técnicos, financeiros, etc.²³”.

farão nos limites de seus poderes, e de acordo com as normas contratuais ou estatutárias. Cfr. BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*, 8ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 108-109.

¹⁷ Cfr. Artigo 1.013 combinado com o artigo 997, VI.

¹⁸ Cfr. Artigo 1.015. O dispositivo ressalva o que não forma a essência do objeto social, ou seja, “a oneração ou a venda de bens imóveis, que depende do que a maioria dos sócios decidir”.

¹⁹ Cfr. Parágrafo 1º do artigo 1.013.

²⁰ Cfr. Artigo 1.072.

²¹ COZZA, Mário. *Novo Código Civil – Do Direito de Empresa (arts. 966 a 1.165)*, Porto Alegre: Síntese, 2002, pp. 77-78. O parágrafo 3º do artigo 1.010 não impõe ao sócio-administrador que não vote na deliberação, contudo, estabelece que responderá por perdas e danos caso a deliberação for tomada com a preponderância do seu voto, e se dela resultar prejuízo.

²² O contrato social prevendo “atos de competência conjunta dos administradores, torna-se necessário o concurso de todos, salvo nos casos urgentes em que a omissão ou retardo das providências possa ocasionar dano irreparável ou grave” (Artigo 1.014).

²³ BERTOLDI, Marcelo/RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*, 3ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 189.

O CCB/02 permite, desta forma, que os sócios mantenham o poder concentrado nas suas mãos, conferindo ao(s) órgão(s) de administração apenas a competência para traçar as políticas de execução das diretrizes por estes fixadas.

3. Delimitação do interesse da sociedade

A sociedade limitada nasce de uma manifestação de vontade, consolidada no contrato social, em que os futuros titulares das participações sociais (sócios) expressam a atividade econômica para a qual ela é constituída e em torno da qual, desenvolverá as suas atividades.²⁴ Não podemos ignorar, contudo, que a sociedade, a partir do registro no órgão competente, adquira personalidade jurídica e passe, numa perspectiva dinâmica, a desenvolver uma atividade, para a qual se requer uma organização, a fim de viabilizar a prossecução dos objetivos próprios, distintos daqueles que lhe deram vida, bem como, dos demais entes que com ela se relacionam.

Tullio Ascarelli²⁵ nega a existência de um interesse da sociedade que possa ser considerado superior ao interesse comum dos sócios²⁶. Segundo o Autor:

“(...) as companhias constituem não apenas a comunhão dos interesses, mas, pelo fato de serem voluntárias, também a comunhão dos fins. E é através da constituição contratual de um conjunto de objetivos que se constitui a comunhão de interesses da sociedade (...). O

²⁴ Cfr. ASCENSÃO, Jose de Oliveira. *Direito Comercial – Sociedades Comerciais – Parte Geral*, Volume IV, Lisboa, 2000, p. 72: “O princípio é assim o de que os sócios são autônomos na definição do interesse da sociedade, por não haver possibilidade de intervenção exterior.”

²⁵ ASCARELLI, Tullio. *Studi in tema di società*, Milano: Giuffrè, 1952, p. 46 e seguintes.

²⁶ Nesse sentido ver: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Interesse social: concepção clássica e moderna - O novo direito societário*, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 14; ALMEIDA, António Pereira de. A Relevância dos Vícios do Voto nas Deliberações Sociais. In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, IV Volume, Novos Estudos de Direito Privado, Coimbra: Almedina, 2003; ABREU, Jorge Coutinho de. *Da Empresariabilidade - As Empresas no Direito*, Coimbra: Almedina, 1999, p. 225 e ss.; ALBUQUERQUE, Pedro de. *Direito de Preferência dos Sócios em Aumentos de Capital nas Sociedades Anônimas e por Quotas*, Coimbra: Almedina, 1993, p. 340.

interesse social é entendido como o interesse comum dos sócios e com estes identificado.”

O interesse da sociedade é todo o interesse que possa ser incluído dentro do esquema causal do contrato de sociedade, seja o interesse na maximização dos lucros, seja o interesse da maximização da eficiência produtiva da empresa, ou outro; inversamente, constituirá interesse extra-social, todo o interesse estranho à causa do contrato social.

No entanto, percebe-se ao definir-se o interesse da sociedade, simplesmente como o interesse comum dos sócios, sem que se façam considerações e distinções, em que a questão do interesse da sociedade permanece carente de exatidão e de maior precisão conceitual; pois existem hipóteses, nas quais os sócios poderão deter interesses particulares convergentes, absolutamente estranhos à condução dos negócios sociais.

Nesse sentido, recorrendo à abordagem de Erasmo Valladão França²⁷: “os sócios, além dos seus interesses individuais, podem ter vários interesses comuns, não necessariamente ligados à sua posição de sócios. Numa sociedade familiar, por exemplo, os sócios podem ter interesses comuns enquanto membros de uma mesma família.”

Por razões como a exposta no trecho acima transcrito, a maior parte da doutrina acrescenta a idéia de que o interesse da sociedade é o interesse comum dos sócios enquanto sócios, e não enquanto indivíduos (*uti socii* e não *uti individui*).²⁸

Destarte, a administração da limitada arrima-se sobre duas colunas: a indisponibilidade ou supremacia do interesse societário e a vinculatividade contratual. Os administradores devem exercer a atividade tendente a

assegurar a realização do objeto social e o exercício produtivo da empresa.²⁹

O objeto delimita o campo de atividade da pessoa jurídica; a finalidade e o fim para o qual esta atividade deve ser dirigida³⁰. Com efeito, o fim social³¹ é que orienta a vida das sociedades comerciais e que torna compreensíveis e juridicamente valoráveis as suas ações³². Segundo Pedro Pais de Vasconcelos³³ “o objecto social concretiza o sentido do fim social” e, conforme José Nuno Marques Estaca³⁴

“o objecto social contribui decisivamente para a clarificação do próprio interesse da sociedade, na medida em que assume grande importância na delimitação do citado princípio de colaboração dos sócios, e, fundamentalmente, na resolução da questão da capacidade da sociedade, os quais são elementos extremamente relevantes para a prossecução do referido interesse da sociedade.”

4. Dos deveres de lealdade dos administradores

A boa fé e a tutela da confiança operam através de cláusulas gerais. Designadamente, temos a manifestação nos deveres de lealdade: entre sócios e entre estes e os administradores. A realidade societária exige que as pessoas possam confiar umas nas outras, pelo menos funcionalmente. Deste vetor derivam várias aplicações, v.g., a limitação da atuação dos administradores em conflito de interesses³⁵.

²⁷ In *Conflito de Interesses nas Assembléias de S.A.*, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 27.

²⁸ NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. Conflito de Interesses no Exercício do Direito de Voto nas Sociedades Anónimas (1.ª parte). *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 24, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Abr-Jun/2004, p. 153. As decisões proferidas por nossos Tribunais Superiores manifestam alinhamento à esta interpretação ver RT 615/162, e TJSP, 18.11.96 in EIZIRIK, Nelson. *Sociedades Anónimas – Jurisprudência*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 175.

²⁹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Sociedades Limitadas: de acordo com o código civil de 2002*, São Paulo: Atlas, 2003, p. 183.

³⁰ Cfr. FERRI, Giuseppe. *Manuale di Diritto Commerciale*, 5ª ed., Torino: UTET, 1983, p. 321.

³¹ A sociedade comercial tem como: fim imediato ou objecto – desempenho de uma actividade produtiva; fim mediato – a obtenção de lucros. (Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Comercial – Sociedades Comerciais – Parte Geral*, Volume IV, Lisboa, 2000, pp. 35 e 37).

³² VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 157.

³³ In *Teoria Geral do Direito Civi*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 158.

³⁴ In *O interesse da Sociedade nas Deliberações Sociais*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 103.

³⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito das Sociedades*, vol. I, *Das Sociedades em Geral*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 186.

Os deveres de lealdade são deveres específicos de conduta, pois resultam da uma obrigação legal que se equaciona em deveres não só para com a sociedade mas também para com os sócios³⁶.

Os deveres de lealdade entre sócios e entre estes e os administradores, segundo António Menezes Cordeiro³⁷, são uma manifestação geral do princípio da boa fé e da tutela da confiança. E complementa: “A realidade societária exige que as pessoas possam confiar umas nas outras, pelo menos funcionalmente”³⁸. Disto depende o bom funcionamento da sociedade e derivam várias implicações que irão condicionar a gestão dos administradores.

A materialização do dever de lealdade pode dar-se como um dever positivo ou como um dever negativo. Dever positivo consiste no fato do administrador estar obrigado a colaborar no prosseguimento do fim da sociedade através da adoção de comportamentos ativos; dever negativo, “concretiza-se na abstenção de comportamentos contrários ou nocivos à realização do fim social”³⁹. Partindo-se da premissa que o “dever de lealdade corresponde ao mandamento de *honeste agere*”⁴⁰, o administrador, enquanto tal, deve colocar-se na posição típica da sociedade a que pertence e, nessa condição, avaliar, qual ou quais são as expectativas que a sociedade razoavelmente pode ter em relação ao seu comportamento enquanto seu administrador, de acordo com a regra de ouro⁴¹ e o imperativo categórico⁴². Por conseguinte, uma

realidade é o interesse de cada administrador no seu modo individual e outra, o interesse desse mesmo administrador na sua posição de gestor, em relação societária, no âmbito da participação social porque esta situação, contém imanes em si, critérios ou padrões de comportamento que se extraem da ponderação da posição em que se encontra⁴³.

Em harmonia com o que já foi exposto, o administrador e a sociedade, tendo personalidades jurídicas e fins próprios, permite que, eventualmente os seus interesses colidam. Sempre que surja uma colisão de interesses entre a sociedade e o administrador, este não deve agir de modo a contrariar ou a atraiçoar o interesse da sociedade (principal diretriz de orientação do dever de lealdade do administrador), nem subordiná-lo ao seu interesse pessoal⁴⁴, da maioria ou de grupos, ou só os serve desde que compatíveis com o interesse da sociedade⁴⁵. A análise dos deveres de lealdade tipificados⁴⁶ na lei e dos atípicos, mas consagrados no costume da vida societária, auxiliam a entender, em geral, o dever de lealdade e a concretizá-lo, no caso⁴⁷. Já os tipos sociais de deslealdade, conforme prescreve Pedro

conteúdo axiológico do tipo, ela compreende que é dela esperável e exigível pela outra. Mesmo que, em concreto, esta expectativa não corresponda à posição efectivamente assumida pela outra parte, ela será preciosa (...).”

⁴² Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A Natureza das Coisas, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 756.

⁴³ Ver sobre o tema: VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A Natureza das Coisas, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Gomes da Silva*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 726-727, 743-744.

⁴⁴ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A Participação Social nas Sociedades Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 303.

⁴⁵ Cfr. ASCENSÃO, Jose de Oliveira. *Direito Comercial – Sociedades Comerciais – Parte Geral*, Volume IV, Lisboa, 2000, p. 443-444.

⁴⁶ Dentre os deveres de lealdade que estão tipificados o CCB/02, prescreve que o administrador não pode, sem o consentimento escrito dos sócios, aplicar créditos ou bens sociais em proveito próprio ou de terceiros (artigo 1.017). A LSA fixa nos artigos 154, parágrafo 2º e 155, incisos I a III, parágrafos 1º a 4º alguns deveres para os administradores, dentre eles: não deve usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo; adquirir, para revender com lucro, bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir; praticar ato de liberalidade à custa da companhia.

⁴⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A Participação Social nas Sociedades Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2005, pp. 311-312.

³⁶ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A Participação Social nas Sociedades Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 293: “(...) Em caso de violação do dever de lealdade, afiguram-se adequadas as pretensões de abstenção, a responsabilidade civil e a impugnação de deliberações.” Esclarece-se que, ao contrário do previsto no direito português para os órgãos de gestão colegiada, no direito societário brasileiro não é prevista a impugnação das deliberações dos administradores.

³⁷ In *Manual de Direito das Sociedades, vol. I, Das Sociedades em Geral*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 186

³⁸ CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito das Sociedades, vol. I, Das Sociedades em Geral*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 186

³⁹ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A Participação Social nas Sociedades Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 333.

⁴⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A Participação Social nas Sociedades Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 310

⁴¹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A Natureza das Coisas, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 742: “(...) A regra de ouro integrada pelos e nos *entia moralia*, vai conduzir a parte a agir, naquela posição ou naquele papel típico como, atento o

Pais de Vasconcelos⁴⁸, “não permitem uma subsunção do caso ao tipo, num modo silogístico. O seu *modus operandi* é diferente, parte da comparação entre o caso e o tipo para discernimento de semelhanças e diferenças, prossegue com a avaliação dessas semelhanças e diferenças perante um critério de lealdade devida, e culmina com a concretização da decisão ou da solução, no caso e nas suas circunstâncias, medeada pela natureza das coisas”⁴⁹.

5. Estado atual da problemática

Os atos dos administradores estão subordinados a um controle substancial de conformidade ao interesse da sociedade⁵⁰. Diante disso, pode-se verificar a existência de um princípio básico, qual seja: é ilegítimo o exercício de qualquer ato decorrente da condição de administrador que não tenha como objetivo o interesse da sociedade, mas que vise a beneficiar os seus interesses particulares, de determinado sócio ou grupo de sócios ou mesmo de terceiros em detrimento da sociedade.

Há conflito de interesses quando o administrador não for independente em relação à matéria em discussão, ou seja, quando o administrador tiver, sobre determinado assunto de uma deliberação, interesse pessoal e individual ou de terceiros (extra-social), que só pode ser satisfeito

com sacrifício dos interesses da sociedade e do negócio social⁵¹.

O parágrafo único do artigo 1.017⁵², que regula o conflito de interesses dos administradores das limitadas, prescreve que o administrador está impedido de votar nas deliberações em que tenha interesse, ficando sujeito às sanções decorrentes. Recomenda-se que, tão logo tenha sido identificado conflito de interesses em relação a um tema específico, o administrador informe o conselho de administração, se houver, ou a sociedade, e se abstenha de intervir na operação⁵³. Trata-se de uma decorrência do dever de lealdade⁵⁴.

6. Considerações finais

A sociedade limitada expressa-se no mundo jurídico como um sujeito autônomo, independente das pessoas dos sócios que a organizaram, e com um interesse próprio e superior ao destas. No decorrer da vida societária pode ter circunstâncias de comunhão de interesses e situações típicas de contraposição entre os interesses individuais dos sócios e o interesse da sociedade. O(s) administrador(es), por seu turno, também está(ão) vinculado(s) a prosseguir(em) o(s) interesse(s) da sociedade, dela fazendo parte como titular do(s) seu(s) órgão(s), sendo o exercício das suas atividades e o direito de voto, quando se tratar de órgão plural de gestão, balizado por aquele interesse, enquanto síntese do interesse dos sócios.

⁴⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A Participação Social nas Sociedades Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 311.

⁴⁹ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A Natureza das Coisas, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 736: “Em sentido objectivo-prático, a Natureza das Coisas significa um conjunto de características (em casos marginais uma só característica) que um objecto deve ter na perspectiva de um verdadeiro ou de um objectivo juízo de valor. Neste sentido, “coisas” não são quaisquer objectos sensorialmente apreensíveis, mas apenas pessoas, relações pessoais ou instituições sociais. Este sentido da Natureza das Coisas está ligado ao seu sentido teleológico, e tem aspectos teóricos e práticos, de ser e de dever-ser. É este, por exemplo, o sentido de instituição. O modo de ser de uma certa instituição, por exemplo, da instituição família, o seu sentido ético-jurídico, a normatividade que lhe está imanente, é a sua natureza em sentido objectivo-prático. É muito próximo deste o sentido dos *entia moralia* pufendorianos. Neste sentido, a Natureza das coisas não pode deixar de influenciar e condicionar, quer o Legislador, quer o Juiz na concretização, e sobretudo as próprias pessoas no seu agir ético e jurídico”.

⁵⁰ Tal obrigação deriva dos deveres de lealdade exigidos do administrador na sua atuação enquanto tal.

⁵¹ NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. Conflito de Interesses no Exercício do Direito de Voto nas Sociedades Anónimas (1.ª parte). *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. n. 24, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Abr-Jun/2004, p. 141.

⁵² Parágrafo único do artigo 1017. “Fica sujeito às sanções o administrador que, tendo em qualquer operação interesse contrário ao da sociedade, tome parte na correspondente deliberação”.

⁵³ Cfr. Código de Governança Corporativa do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa pesquisado na Internet em 06.08.2006

- <http://www.ibgc.org.br/ibConteudo.asp?IDArea=1102&IDp=3>. Nesse sentido ver: GARAY, Juan G./GARAY, Miren D. *Ley de Sociedades Anónimas – Explicada*, Madrid: Londonbil S.L., 2005, p. 138.

⁵⁴ Cfr. TOMAZETTE, Marlon. *Direito Societário*. 2ª ed., São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 395.

O interesse da sociedade⁵⁵ desempenha, assim, uma função de grande relevância, quando surjam conflitos entre os intervenientes. O interesse da sociedade ergue-se como critério de apreciação dos atos, e portanto da sua legalidade, ou seja, através dele o administrador deve apoiar-se para decidir a conduta que deve adotar.

Verificando encontrar-se em conflito de interesses, usualmente identificado com verdadeiras situações de colisão absoluta entre o interesse da sociedade, o seu interesse, o dos sócios ou de terceiros, o administrador deve abster-se de tomar parte da operação ou de votar na deliberação que vier a apreciá-la.

Na hipótese de o administrador vir a praticar ato que viole as estipulações do contrato social ou da lei, ou ainda, sabendo ou devendo saber que estava agindo em desacordo com a maioria, responderá perante terceiros e perante a própria sociedade pelos prejuízos que vier a causar⁵⁶.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Jorge Coutinho de. *Da Empresarialidade - As Empresas no Direito*, Coimbra: Almedina, 1999.

ALBUQUERQUE, Pedro de. *Direito de Preferência dos Sócios em Aumentos de Capital nas Sociedades Anónimas e por Quotas*, Coimbra: Almedina, 1993.

ALMEIDA, Amador Paes. *Manual das Sociedades Comerciais*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, António Pereira de. A Relevância dos Vícios do Voto nas Deliberações Sociais. *In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, IV Volume*, Novos Estudos de Direito Privado, Coimbra: Almedina, 2003.

ASCARELLI, Tullio. *Studi in tema di società*, Milano: Giuffrè, 1952.

⁵⁵Cfr ESTACA, José Nuno Marques. *O interesse da Sociedade nas Deliberações Sociais*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 165: “o interesse da sociedade não só não se confunde com os outros interesses, como a sua natureza é qualitativamente diferente, apresentando-se como realidade conceptual autónoma e transcendente aos restantes interesses, o que explica o seu objectivismo, abstraccionismo e imutabilidade; a segunda, é a de que não devem restar dúvidas sobre a sua considerável superioridade, para efeitos de ponderação face aos demais interesses, que naquele se pretendem, ainda que de forma reflexa ou indirecta, ver, de certa forma, contemplados”.

⁵⁶ Cfr. Artigo 1.016.

ASCENSÃO, Jose de Oliveira. *Direito Comercial – Sociedades Comerciais – Parte Geral*, Volume IV, Lisboa, 2000.

BERTOLDI, Marcelo/RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*, 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*, 8ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Código de Governança Corporativa do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa pesquisado na Internet em 06.08.2206

<http://www.ibgc.org.br/ibConteudo.asp?IDArea=1102&IDp=3>.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2005.

CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito das Sociedades, vol. I, Das Sociedades em Geral*, Coimbra: Almedina, 2004.

_____. *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lisboa: Lex, 1997.

COZZA, Mário. *Novo Código Civil – Do Direito de Empresa (arts. 966 a 1.165)*, Porto Alegre: Síntese, 2002.

EIZIRIK, Nelson. *Temas de Direito Societário*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Sociedades Anónimas – Jurisprudência*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ESTACA, José Nuno. *O interesse da Sociedade nas Deliberações Sociais*, Coimbra: Almedina, 2003.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Sociedades Limitadas: de acordo com o código civil de 2002*, São Paulo: Atlas, 2003.

FERRI, Giuseppe. *Manuale di Diritto Commerciale*, 5ª ed., Torino: UTET, 1983.

FRANÇA, Erasmo Valladão. *Conflito de Interesses nas Assembléias de S.A.*, São Paulo: Malheiros, 1993.

GARAY, Juan G./GARAY, Miren D. *Ley de Sociedades Anónimas – Explicada*, Madrid: Londonbil S.L., 2005.

JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Coimbra: Almedina, 1995 reimpressão (1968).

MAIA, Pedro. *Função e Funcionamento do Conselho de Administração da Sociedade Anónima*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. Conflito de Interesses no Exercício do Direito de Voto nas Sociedades Anónimas (1.ª parte). *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. n. 24, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Abr-Jun/2004.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Frederico Viana. Coordenador – *Direito de Empresa no Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Interesse social: concepção clássica e moderna. O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998.

TOMAZETTE, Marlon. *Direito Societário*. 2ª ed., São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Almedina, 2005.

_____. *A Participação Social nas Sociedades Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2005.

_____. *A Natureza das Coisas, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

**BREVES NOTAS SOBRE OS PROCESSOS DE
HARMONIZAÇÃO, UNIFORMIZAÇÃO E
UNIFICAÇÃO DO DIREITO DO COMÉRCIO
INTERNACIONAL**

Aliete Rodrigues Marinho¹

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O comércio internacional; 3. As técnicas de regulação; 4. Distinção entre harmonização, uniformização e unificação; 5. Considerações finais; 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A harmonização do direito do comércio internacional não é um fato novo, pois há muitos séculos registram-se intensas trocas comerciais entre os povos. Desde então vêm sendo criadas normas² reguladoras específicas e obrigatórias para as partes, sem que fossem produzidas por nenhum estado em particular, mas pelos próprios comerciantes, e aceitas através do contrato e do costume. Somente mais tarde tais normas foram incorporadas, ainda que de forma parcial e imperfeita³, pelos direitos interno e internacional.

Contudo, a globalização adicionou ao tráfico jurídico uma maior complexidade advinda da imensa variedade e heterogeneidade das legislações nacionais. Essa progressiva globalização das relações econômicas e financeiras pressupõe a aceitação dos impactos daí advindos, nas relações internas e externas, marcado pelo importante crescimento do espaço transnacional, com a desnacionalização das empresas e das relações comerciais e trocas internacionais.

O imenso desenvolvimento que tem tido o comércio internacional, contudo, se dá num contexto de imensas disparidades entre as legislações nacionais e entre os usos e costumes regionais, o que dificulta em muito a realização harmônica das trocas⁴.

O presente trabalho tem o escopo de analisar, ainda que brevemente, a forma como tais relações hoje são reguladas, e as principais tendências de transposição desse impasse.

2. O contrato comercial internacional

Inicialmente, importa introduzir dois importantes conceitos – o de comercialidade e o de internacionalidade, a fim de delimitar que situações estão incluídas no âmbito de regulação do comércio transnacional, já que os contratos são, na definição de SANTOS JUNIOR “o veículo fundamental do comércio internacional e o pólo de atracção do Direito do Comércio Internacional”⁵.

O critério da comercialidade visa distinguir as situações reguladas autonomamente pelo direito comercial internacional, e importa na determinação do regime jurídico aplicável ao contrato. Basicamente, ficam excluídos os contratos celebrados com consumidores e os contratos de direito público, quando atuando no *ius imperii*⁶. Desse modo, pode-se considerar como sendo comerciais aqueles celebrados entre operadores econômicos, com base no princípio da autonomia da vontade.⁷

Por outro lado, importa ainda saber quando tais relações dizem respeito ao comércio internacional. Tal critério é de extrema importância para a determinação do Direito aplicável, a partir da aplicação de critérios específicos. São internacionais os contratos que ‘ponham em jogo os interesses do comércio internacional’, embora

¹ Advogada, licenciada pela Universidade Federal do Paraná, pós-graduanda em Processo Civil pela Universidade Federal da Bahia e Mestranda em Ciências Jurídico-Internacionais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

² ROSSET, Arthur. *Unification, harmonization, restatement, codification and reform in International Commercial Law*. The American Journal of Comparative Law. Vol. XL, Summer 1992, n. 3, p. 683.

³ ROSSET, *ibidem.*, p. 685.

⁴ PINHEIRO, Luis de Lima. *Direito Comercial Internacional*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 50.

⁵ SANTOS JR., Eduardo dos. *Sobre o conceito de contrato internacional*. In: Estudos em Memória do Professor Doutor Antônio Marques dos Santos. Vol. I, Coimbra: Almedina, 2005, p. 162.

⁶ Sobre o contrato de estado e sua aceitação como comercial internacional, ver LIMA, Luis de Lima. *Os problemas do Direito aplicável aos contratos internacionais celebrados pela Administração Pública*. In: Direito e Justiça, n.13, 1999, p.34 e ss.

⁷ PINHEIRO, *Direito Comercial Internacional*, p. 65.

haja diferentes critérios de internacionalidade nas ordens jurídicas internas⁸. O critério mais relevante para os contratos comerciais é aquele que considera como internacional o contrato que ponha em jogo os interesses do comércio internacional, por ser flexível e abranger uma série de situações distintas⁹.

Desse modo, contrato internacional a ser regulado pelas técnicas que a seguir abordaremos, será aquele celebrado entre operadores econômicos, que ponham em causa interesses do comércio internacional.

3. A Regulação dos Contratos Internacionais

A regulação dos contratos internacionais pode dar-se tanto no plano interno quanto internacional ou transnacional. Classicamente, entretanto, tanto as fontes quanto as técnicas de regulação eram emanadas da ordem jurídica estatal, num contexto em que se entendia que a produção normativa e a aplicação do direito pressupunha o pulso do Estado. O plano internacional, contudo, tem ganho espaço, no sentido de ser aceita a ordem internacional ou transnacional¹⁰ a regular diretamente os contratos internacionais.

Os métodos de regulação, por sua vez, consistem no processo utilizado para regular o contrato, os quais podem ser conflitual ou material.

O método clássico é o conflitual, também dito indireto, que pode se dar no plano interno ou internacional. O primeiro passo é a descoberta do Direito aplicável à causa, através de normas de conflitos, a partir de

elementos de conexão relevantes¹¹. Contudo, cada Estado possui uma legislação nessa área, as quais acabam, quase sempre, por remeter a aplicação da lei ao Estado do foro.

Já o método direto ou material é feito através da regulação direta do contrato por fonte estatal ou internacional. Como dito acima, tais contratos estão submetidos ao princípio da autonomia da vontade, e como corolário desse princípio, entende-se que em geral, as partes devem poder escolher o direito aplicável à causa¹², excetuadas as questões de ordem pública.

As disparidades e complexidades nas legislações nacionais passaram a tornar-se uma grave barreira ao comércio internacional, na medida em que os contratantes muitas vezes desconhecem a legislação estrangeira, o que somado à dificuldade da língua, acaba por gerar desconfiança.

Como forma de vencer tais dificuldades, foram sendo criadas novas técnicas de regulação do contrato tanto internamente, através de normas internas especiais, que regulam diretamente o contrato internacional, quanto do espaço transnacional, de forma a conferir mais segurança, rapidez e sobretudo, previsibilidade ao sistema de trocas comerciais. Essas técnicas referem aos aspectos técnico-jurídicos da regulação dos contratos, independentemente dos métodos utilizados¹³.

Pode-se inicialmente falar da nova *lex mercatoria*¹⁴, que corresponde aos usos e costumes do

⁸ SANTOS JR., *op.cit.*, p. 171.

⁹ Nesse sentido, PINHEIRO entende que “Esta exigência de flexibilidade pode ser satisfeita pelo critério geral dos “interesses do comércio internacional”, quando entendido no sentido de uma ponderação de todos os elementos relevantes para determinar se uma relação da vida econômica deve ou não ser objecto do regime especial aplicável às situações transnacionais”. PINHEIRO, *Direito Comercial Internacional*, p. 77.

¹⁰ Por internacionalização, PINHEIRO (PINHEIRO, *op. cit.*, p.50) entende que “seja a aplicabilidade do Direito Internacional Público a título de lei reguladora do contrato seja, com mais rigor, a relevância do contrato perante a ordem jurídica internacional. Trata-se, portanto, de uma *internacionalpublicização*”. Já a transnacionalização significa a regulação dos contratos internacionais pelo direito transnacional autônomo em relação aos ordenamentos nacionais e supranacionais, a nova *lex mercatoria*.

¹¹ PINHEIRO, Luis de Lima. *Direito Internacional Privado*. Vol. I, Coimbra: Almedina, 2001, p.26.

¹² PINHEIRO, *Direito Comercial Internacional*, p.51.

¹³ No entender de PAULO BORBA CASELLA (in *Modalidades de Harmonização, Unificação e Uniformização do Direito – o Brasil e as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado*. In: Integração Jurídica Interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado e o direito brasileiro. Paulo B. Casella; Nadia de Araújo (coord.). São Paulo: LTr, 1998, p.83), “a distinção principal que caberia ter presente, para destacar o dado essencial das várias modalidades ou efeitos possíveis de harmonização, unificação e uniformização do direito, nesta classificação, é a ênfase quer no caráter vinculante quer no elemento de exercício da autonomia da vontade das partes contratantes.”

¹⁴ Para ROZAS (ROZAS, Jose Carlos Fernandez. (ed.). *Derecho del comercio internacional*. Madrid: Eurolex, 1996, p.45), a *lex mercatoria* consiste “num Derecho autônomo del comercio, nascido de las propias exigencias de éste, y que se ha desarrollado com independencia de los sistemas jurídicos nacionales. La aceptación de este Derecho autonomo del comercio internacional por los Estados capitalistas y socialistas há constituído hasta la fecha indubitablemente um factor de cooperación pacífica entre los Estados.” A literatura sobre a

comércio internacional, solidificada pela prática reiterada e assente na crença da obrigatoriedade de tais práticas, assim como os contratos-tipo e modelos de regulação. Ainda há divergência doutrinária quanto à natureza da *lex mercatoria*, porém em função do seu caráter consuetudinário, é um sistema aberto, de ‘*creeping codification*¹⁵’, que não possui organicidade ou completude. Essa é também a razão das críticas, posto que seu caráter fragmentário, heterogêneo e derivado da auto-regulação não fornece respostas a muitas das questões relativas ao comércio internacional. A maior crítica à *lex mercatoria* é que por tratar-se de princípios e regras gerais, é insuficiente para oferecer respostas e previsibilidade a um sem-número de questões em matéria contratual¹⁶.

Outra técnica de regulação consiste na produção de instrumentos internacionais que permitam a uniformização, ou quando menos, da harmonização do direito comércio internacional, a fim de ir paulatinamente eliminando barreiras impostas pelas disparidades dos direitos nacionais, dos usos regionais e da própria língua no cotidiano dos operadores comerciais do espaço transnacional. Esse processo se dá através da criação de direito material adequado à regulação do comércio internacional, e aplicável aos diferentes sistemas jurídicos existentes, de modo a regular diretamente a situação em litígio, sem a necessidade de utilização do método conflitual para perscrutar acerca do direito aplicável.

Assim, essas regras materiais podem ser tidas como “conjunto de regras aplicáveis aos contratos adaptadas às características do comércio atual, em

especial a prática comercial atual.”¹⁷. Elas destinam-se a auxiliar árbitros, advogados e partes a definirem em termos harmoniosos as bases contratuais do comércio internacional, a partir de normas materiais de aplicação direta, bem como serem incorporados aos termos do contrato, ou ainda servir de inspiração para elaboração de legislação nacional transnacional.

Por outro lado, nem todos os instrumentos a que referimos possuem força obrigatória. Alguns, como a Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional, de 1990¹⁸, é obrigatória às partes signatárias e determinam regras específicas e de aplicação obrigatória aos tribunais estaduais das partes signatárias, ou mesmo pelos tribunais arbitrais quando a Convenção seja escolhida pelas partes no contrato como sendo o ‘direito aplicável’ ao contrato¹⁹.

Já outras iniciativas, como o Direito Europeu dos Contratos, ou os Princípios do Unidroit, não possuem força normativa, ou seja, não são por si só vinculativos, uma vez que a metodologia da criação desses instrumentos foi a de harmonização/uniformização/unificação por meios não-legislativos. Foram justamente concebidos para terem uma aplicação ampla e flexível, e portanto, o engessamento dessa matéria em uma convenção internacional não seria adequado²⁰.

Em função da ampla aplicabilidade às situações práticas, tanto na formação do contrato quanto na solução de litígios dele decorrentes, tais instrumentos claramente extravasam a classificação de meros princípios orientadores, pois regulam concretamente e de forma específica a área contratual internacional. Também é certo que possuem âmbitos de aplicação determinados e ainda não abrangem toda a matéria contratual, bem como não se aplica a todos os contratos, mesmo tendo a abertura

nova *lex mercatoria* é bastante vasta. Para uma introdução ao tema, vide também BERGER, K.P. (ed.), *The Practice of Transnational Law*. The Hague: Kluwer Law International, 2001, p. 91; BONELL, M.J. *A new approach to international commercial contracts*. XV th International Congress of Comparative Law- Bristol, 1998, The Hague. Vide ainda a *Central- Transnational Law Data Base*, criada por Klaus Peter Berger como uma base de dados, onde compilou vários dos princípios, regras e institutos da *lex mercatoria* – www.tldb.de.

¹⁵ Cfr. BERGER, Klaus Peter. *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*. The Hague - London – Boston: Kluwer Law International, 1999.

¹⁶ GIARDINA, Andrea. *I Principi Unidroit qual elege regolatrice dei contratto internazionali*. In: *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit*. A cura de Michael Joachim Bonell e di Franco Bonelli. Giufè Editore, 1999, p. 57-70.

¹⁷ Cfr. Comentário ao Parágrafo 1 do Preâmbulo dos ‘Princípios relativos aos Contratos Internacionais’ do UNIDROIT – Instituto para Unificação do Direito Privado.

¹⁸ Portugal e Brasil ainda não ratificaram tal convenção.

¹⁹ Por conta da Convenção de Roma sobre o direito aplicável aos litígios, os países da União Européia, aderentes da Convenção, devem aplicar apenas direito de produção estatal.

²⁰ BONELL, J.M. *Unification of law by non-legislative means: the UNIDROIT draft principles for international commercial contracts*. The American journal of comparative law, Berkeley, vol.40, n.3, Summer 1992, p.617-633.

necessária a abranger o maior número possível de contratos.

A ausência de sanção deve-se ao fato de que não se teve como objetivo o estabelecimento de normas em sentido estrito - imperativas, mas sim de regras flexíveis que possam ser adotadas e não impostas, e que sejam a melhor solução à questão do contrato. Tal flexibilidade tem por escopo permitir a necessária adaptabilidade das regras à realidade comercial internacional, que encontra-se em período de desenvolvimento e transição. Essa preocupação revelou-se em face do engessamento dos instrumentos convencionais e mesmo os de Direito Internacional Privado, que acabam por tornar-se quase letra morta, em razão do seu excessivo formalismo e rigidez, ou mesmo alcançando pouca adesão por parte dos estados.

Para tanto, foram produzidos estudos comparativos dos principais sistemas jurídicos existentes, sendo que a maioria das soluções adotadas provém de tais sistemas jurídicos, ou quando não foi possível harmonizá-los, adotou-se a ‘melhor solução’ do ponto de vista do comércio internacional²¹. O fato de que a maioria das soluções adotadas já existia, permite às partes um prévio conhecimento, e uma prévia juridicidade das regras, o que afasta um estranhamento pelas partes ou árbitros na aplicação.

Outro argumento interessante é o de que a ausência de obrigatoriedade desses instrumentos faz com que sejam vistos pelas partes sem desconfianças, o que não ocorreria em relação aos ordenamentos nacionais de cada um, pois garante uma certa pressuposição de neutralidade e a certeza quanto ao conteúdo, inclusive para além da barreira da língua.

Sua natureza jurídica ainda é controversa, mas sem dúvida, não deixam de ser modelos de regulação²², eis que o papel a eles atribuído inclui o de atuar na interpretação e complementação dos contratos, ainda como cláusulas contratuais que fornecem modelos de auto-regulação pelas partes.

Esses instrumentos servem tanto de base para adoção pelos estados como legislação interna, como

função de informação pelas partes das questões contratuais relevantes; de referência material para incorporação ao contrato de suas regras²³; normas de interpretação e integração da legislação interna; normas aplicáveis ao fundo da causa na arbitragem transnacional. As críticas a esse método é que não são uma codificação e muitas matérias ligadas aos contratos não foram tratadas e nem todas são aplicáveis na prática, em razão da diversidade de sistemas legais.

4. Distinção entre Harmonização, Uniformização e Unificação

A adoção dessas diferentes técnicas de regulação apontam, no plano dos ordenamentos jurídicos, para uma tendência de regular as matérias do comércio internacional de forma coordenada. Tendo em vista que os Estados geralmente conferem pouca importância ao tema, não produzindo normas adequadas, nem tampouco esforçando-se na adesão e cumprimento das convenções existentes, há soluções intermediárias que variam em termos de grau e natureza.

A Harmonização

A harmonização é a mais branda forma de regulação coordenada do comércio internacional que visa contornar as disparidades entre as legislações nacionais pela adoção de regras ou princípios fundamentais comuns²⁴ ou pela harmonização das normas de conflito²⁵. Desse modo, essa técnica visa aproximar as normas de fonte interna na área do Direito de conflito ou de direito internacional privado, permanecendo intocadas as normas nacionais de direito material.

²¹ BONELL, *ibidem*, p. 619.

²² PINHEIRO, *Direito Comercial Internacional*, p.229.

²³ Referência material e possibilidade de ser indicada como *lex contractus*.

²⁴ PINHEIRO, Luis de Lima. *Direito Internacional Privado*. Vol. I, Coimbra: Almedina, 2001, p.58.

²⁵ CASELLA (CASELLA, Paulo Borba. *Modalidades de Harmonização, Unificação e Uniformização do Direito – o Brasil e as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado*, p.78) entende que o processo de harmonização “dirá respeito a normas de conflito ou normas de direito internacional privado, permanecendo intocadas as normas nacionais de direito material.”.

A utilidade dessa técnica reside no fato de que uma vez que sejam harmônicas as normas de conflito, atenuam-se os conflitos de leis, tanto os positivos quanto os negativos, permitindo encontrar o direito aplicável ao contrato de forma mais segura.

Ainda pesa em sua defesa o fato de que o processo de harmonização é, ao menos em tese, mais fácil que as tentativas de unificação e uniformização do direito, na medida em que a harmonização não elimina as diferenças entre os ordenamentos nacionais nem altera o normal funcionamento dos respectivos Direito de Conflitos. Exemplo desse processo são as Leis-Modelo, que constituem regras uniformes propostas para adoção no direito interno; as diretivas comunitárias, que embora sejam atos normativos comunitários, deixam aos Estados –membros a escolha dos meios e vinculam quanto aos fins, e outros modelos contratuais.

A crítica a tal processo é justamente seu alcance limitado, e sobretudo, a artificialidade da proposta²⁶, considerando-se que os sistemas conflituais não diferem apenas pela formulação das normas, mas também pelo alcance e interpretação das regras de conexão, dos mecanismos de correção frente à lei estrangeira e o próprio tratamento processual dispensado a tais normas.

A Uniformização

Pode-se dizer que o processo de uniformização é um passo à frente em relação ao de harmonização, porém menos extenso que o de unificação. Essa técnica pretende tornar a regulação da matéria mais efetiva e adequada, através da edição de regras materiais e conflituais, por meios vinculativos ou não, e que tanto podem ser adotadas por meio convencional, quanto incorporadas ao contrato, como podem ser utilizadas pelo tribunal arbitral, ou mesmo inspirar a criação de legislação interna.

Quando adotadas por meios vinculativos, ela pressupõe a assunção por parte dos Estados de compromissos quanto à aplicação de normas que tanto

regulam aspectos conflituais quanto diretamente a matéria substantiva, com dimensão variável quanto à combinação desses aspectos.²⁷ Exemplo ilustrativo dessa técnica é a Convenção de Viena de 1990 sobre os contratos de compra e venda internacional, cuja adoção demandou um longo tempo de negociação e discussão entre os estados participantes. Isso se dá pela dificuldade de conformar diferentes sistemas jurídicos e interesses, de forma que muitas das convenções até hoje elaboradas tiveram poucas ratificações²⁸, bem como pouca aplicação, frente à possibilidade quase generalizada²⁹ das partes escolherem o Direito aplicável à causa.

Em vista das dificuldades na adoção de convenções uniformizadoras, foram sendo forjados meios não-legislativos, os quais tem estado na ordem do dia de diversas organizações internacionais intergovernamentais³⁰ e privadas, com a função de dar tratamento adequado à legislação do comércio internacional, de modo a afastar a aplicação do método conflitual e da insegurança que causa aos seus operadores, como são exemplo os Princípios do Unidroit³¹ relativos aos contratos comerciais internacionais ou o Direito Europeu dos Contratos³².

A Unificação

²⁷ JUENGER, *ibidem*, p. 32.

²⁸ BONELL, J.M. *Unification of law by non-legislative means: the UNIDROIT draft principles for international commercial contracts*, p. 620.

²⁹ O Brasil, na lei de introdução ao Código Civil, não consagrou o princípio da autonomia da vontade, cujo resultado é a impossibilidade das partes, em tese, escolherem o direito aplicável à causa, devendo submeter-se à legislação conflitual. Em sentido contrário, entendo existir no ordenamento brasileiro esse permissivo e fazendo uma síntese da matéria, ver ARAÚJO, Nádia. *Contratos Internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

³⁰ São exemplos de organizações internacionais que trabalham pela uniformização do direito comercial internacional o UNIDROIT - Instituto para Unificação do Comércio Internacional; CNUDCI/UNICITRAL - Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional; CNUCED - Conferência das Nações Unidas para o comércio e o desenvolvimento; CCI - Câmara do Comércio Internacional.

³¹ UNIDROIT - Instituto para Unificação do Comércio Internacional - www.unidroit.org

³² Instituto criado por Ole Lando para uniformização e posterior unificação do direito europeu dos contratos.

²⁶ JUENGER, Friedrich K.; SIXTO, A. Sanchez Lorenzo. *Conflictualismo y lex mercatoria en el derecho internacional privado*. Revista Española de Derecho Internacional. Vol. LII, 2000, n.1 (enero-junio), Madrid: Boletín Oficial del Estado, p. 22.

O processo de unificação vai ainda mais longe, e pressupõe a assunção de um direito uniforme para uma determinada área ou bloco econômico, geralmente através de convenção, que determina a área a ser unificada e o âmbito da unificação. Com efeito, a unificação implica a substituição dos dispositivos nacionais anteriores por novas normas, previamente acordadas, tanto de caráter conflitual quanto material. Com isso, são eliminados os conflitos, uma vez que a mesma norma passa a ter vigência em diferentes Estados.

Esse mecanismo é mais utilizado e mesmo potencializado, como necessidade e como efeito, em contextos de integração econômica³³, onde os dados jurídico e político-institucional comparecem como ferramentas necessárias para impulsionar e dar estabilidade aos graus de integração alcançada. É necessário registrar, contudo, que mesmo nesses casos a norma de conflito conserva seu alcance, pois a unificação nunca é absoluta nem universal³⁴, mas limitada a determinadas áreas jurídicas.

5. Considerações finais

A questão do direito comercial internacional não se esgota na sua harmonização/uniformização/unificação, pois são apenas algumas das possíveis técnicas de regulação do comércio internacional, e até o momento apenas alguns aspectos dessa seara são cognoscíveis pela via do direito uniforme, razão pela qual o direito internacional comercial deve ser regulado por uma pluralidade de métodos e técnicas normativas, incluindo o método conflitual.

Por outro lado, a linha divisória entre as diferentes modalidades de harmonização/uniformização/unificação é mais clara na teoria do que na prática, e a própria proposta de estudo dessa matéria tem em vista não sua perfeição conceitual, mas sobretudo a construção de meios para o

desenvolvimento do comércio internacional, amealhando o “máximo de efeitos e resultados, com o mínimo de alterações”³⁵.

6. Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado – teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
BASEDOW, Jürgen. *Un droit commun des contracts pour lê Marché commun*. Revue Internationale de Droit Comparé, Paris, a.50 n.1(janv.-mars), 1998, p.7-28.

_____. *Wordwide Harmonization of Private Law and Regional Economic Integration – general report*. Revue de Droit Uniforme, Roma, vol. VIII n.1, 2003, p.31-49.

BERGER, Klaus Peter. *The principles of european contract law and the concept of the "creeping codification" of law*. European Review of private law, Dordrecht, v.9, n.1, 2001, p.21-34.

_____. *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*. The Hague - London – Boston: Kluwer Law International, 1999.

BONELL, J.M. *Unification of law by non-legislative means: the UNIDROIT draft principles for international commercial contracts*. The american journal of comparative law, Berkeley, vol.40, n.3, Summer 1992, p.617-633.

CASELLA, Paulo Borba. *Modalidades de Harmonização, Unificação e Uniformização do Direito – o Brasil e as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado*. In: *Integração Jurídica Interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado e o direito brasileiro*. Paulo B. Casella; Nadia de Araújo (coord.). São Paulo: LTr, 1998.

GIARDINA, Andrea. *I Principi Unidroit qual elege regolatrice dei contratto internazionali*. In: *Contrattti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit*. A cura de Michael Joachim Bonell e di Franco Bonelli. Giufè Editore, 1999, p. 57-70.

JUENGER, Friedrich K.; SIXTO, A. Sanchez Lorenzo. *Conflictualismo y lex mercatoria en el derecho*

³³ BASEDOW, Jürgen. *Wordwide Harmonization of Private Law and Regional Economic Integration – general report*. Revue de Droit Uniforme, Roma, vol. VIII n.1, p.31-49, 2003.

³⁴ Cfr. CASELLA, Paulo Borba. *Modalidades de Harmonização, Unificação e Uniformização do Direito – o Brasil e as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado*, p.78.

³⁵ CASELLA, *ibidem*, p. 80.

internacional privado. Revista Española de Derecho Internacional. Vol. LII, n.1 (enero-junio), Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2000.

PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Internacional Privado*. Vol.I, 2. reimp., Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *Direito Comercial Internacional*. Coimbra: Almedina, 2005.

ROSSET, Arthur. *Unification, harmonization, restatement, codification and reform in International Commercial Law*.

The American Journal of Comparative Law. Vol. XL, Summer 1992, n. 3, p. 683.

ROZAS, Jose Carlos Fernandes; LORENZO, S. Sánchez. *Derecho del Comercio Internacional*. Madrid: Eurolex, 1996, p. 35-52.

SANTOS JR., Eduardo dos. *Sobre o conceito de contrato internacional*. In: Estudos em Memória do Professor Doutor Antônio Marques dos Santos. Vol. I, Coimbra: Almedina, 2005, p.161-192.

A CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA PARA AS VÍTIMAS DE DELITOS: APRESENTAÇÃO DOS RESULTADOS DE INVESTIGAÇÃO DE CAMPO

Lavínia Cavalcanti Lima Cunha^{1 2}

Inobstante encontrarmos-nos na fase de redescobrimto da vítima^{3 4}, observa-se que esta ainda se

¹ Advogada, Licenciada pela Universidade Federal de Alagoas e Mestranda em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

² O estudo que se apresenta é parte do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em 2004 perante a Universidade Federal de Alagoas. O decurso do período entre a data da sua feitura e a presente data de publicação poderá provocar eventual desatualização legislativa e bibliográfica, o que no entanto não retira à investigação a finalidade com que surgiu nem prejudica os resultados empíricos obtidos e por estas razões merece interesse a sua divulgação.

³ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, in *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro, 1993, p. 570, fornece três conceitos distintos de vítima: “1. Vítima é o homem ou animal imolado em holocausto aos deuses. 2. Pessoa arbitrariamente condenada à morte, ou torturada, etc. 3. Pessoa ferida ou assassinada, ou que sucumbe a uma desgraça, ou morre em acidente, epidemia, etc”. O primeiro conceito fornecido remonta à história da humanidade e trata a vítima como uma oferenda aos deuses. A vítima, assim, referia-se a um sacrifício aos deuses. No segundo e terceiro conceitos a vítima é posicionada em seu papel atual, qual seja, como sujeito passivo de crimes: homicídio, tortura, lesão corporal etc. Por fim, essa definição é relevante por relacionar o termo vítima de forma implícita ao sofrimento. Para a Organização da Nações Unidas - ONU, no anexo da Declaração Universal dos Direitos das Vítimas – Resolução 40/34, “entende-se por “vítimas” as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido danos, inclusive lesões físicas ou mentais, sofrimento emocional, perda financeira ou diminuição substancial de seus direitos fundamentais, como conseqüências de ações ou omissões que violem a legislação penal vigente nos Estados-Membros, incluída a que prescreve o abuso de poder”.

A vítima, entretanto, não é apenas o sujeito passivo do delito penal. A vítima é a representação do sofrimento. Este sofrimento, por sua vez, foi gerado por alguma atitude prescrita em lei (fato típico), ou anti-social, ou, ainda, imoral, que em geral são atitudes injustas. O sofrimento, por sua vez, não se detém ao aspecto material, abrange, acima de tudo, o sentimento moral, para além de que a condição de vítima não acaba logo após o surgimento do sofrimento, mas se alastra por diversos outros momentos da vida, podendo, inclusive, durar sua vida inteira.

⁴ São três as fases históricas das vítimas: a primeira encontra-se no direito penal da antiguidade que por sua vez também se subdivide em três momentos diversos como distingue Walter Viera do Nascimento, in *História do Direito*. Rio de Janeiro. 1999, p. 87 e ss.: a vingança pessoal era o primeiro, onde regia a violência cega e excessiva, segundo a qual não se indagava acerca dos elementos subjetivos do crime e buscava-se a justiça pelas próprias mãos. Aqui, uma ofensa a um único indivíduo transformava-se numa ofensa ao grupo ou à tribo a que o

encontra esquecida, relegada e discriminada pela sociedade. O *leitmotiv* deste estudo foi, então, realizar pesquisa de campo para «dar ouvido» às vítimas; fazer suas opiniões serem respeitadas – em especial sobre a punição do criminoso que lhes satisfaz; saber se a legislação brasileira está protegendo seus interesses; se a prática criminal lhe dignifica o ser e se o Estado a ampara, pois, só assim, constatar-se-ia se a justiça está sendo perpetrada⁵.

indivíduo pertencia, decorrendo-se, em conseqüência, guerras eternas e ódios imortais. No segundo momento, a autoridade ou o chefe de uma célula social chamava a si o direito de punir, daí que a mera vingança pessoal deu lugar ao exercício de uma justiça privada. O terceiro momento, por seu turno, restou caracterizado pela procura do equilíbrio entre a ofensa e a repressão, mediante um sistema condicionado à regra de que ao mal praticado deveria corresponder um mal igual. Era a fase da Pena de Talião, na qual já predominava o princípio da justiça pública e, conseqüentemente, de intervenção de um terceiro imparcial. Neste momento histórico em Roma, os crimes passaram a ser classificados em dois grupos; o *crimina publica* – punidos no interesse da sociedade, e os *delicta privata* – punição através de penas pecuniárias, obtidas por intermédio da composição (*compositio*). Entretanto, se a vítima não concordasse com a *compositio*, poderia aplicar a Pena de Talião. Para a Vitimologia, porém, esses três momentos representam a fase do protagonismo da vítima ou de sua “idade de ouro”.

A segunda fase na história das vítimas é a fase de neutralização da mesma, haja vista o seu enfraquecimento e não envolvimento em quaisquer das questões ligadas ao crime. Essa fase iniciou-se na Idade Média, onde cabia à Igreja e aos reis a punição dos criminosos, entretanto, foi o surgimento do Estado Moderno que representou o golpe fatal para a «morte» das vítimas. O Direito Penal tornou-se matéria de ordem pública, ou seja, o crime passou a ser visto como contrariedade à lei, à ordem e ao Estado, que como protetor, cabia assegurar e restaurar a paz e a ordem. A vítima nessa segunda fase, então, é esquecida e neutralizada.

A terceira fase, porém, é a do seu redescobrimto, que se encontra marcado por duas causas: o holocausto e a reflexão de Benjamin Mendelson acerca do mesmo, que por essa razão é considerado o pai ou o sistematizador da Vitimologia. De acordo com Guaracy Moreira Filho, Mendelson teria pronunciado em sua famosa conferência na Universidade de Bucareste, em 1947, que a vitimologia seria “um horizonte novo na ciência biopsicossocial”, in *Vitimologia: O papel da vítima na gênese do delito*. São Paulo. 1999, p. 21.

⁵ Um dos fins mais almejados do homem é a justiça. Todavia, o conceito de justiça é algo muito discutido e remonta há 2.500 anos antes de Cristo, quando se tinha a idéia de justiça associada à de uma construção harmônica da natureza, a qual é presidida por uma divindade suprema, in Júlio César Tadeu Barbosa, in *O que é justiça*. São Paulo, 1984, p. 34. Platão afirmava que a idéia de justiça nascia junto com a idéia de sociedade, de tal forma que só se obtinha a justiça se cada indivíduo exercesse, na sociedade, atividade de acordo com suas aptidões – idéia de harmonia. Ulpiano, por seu turno, afirmava que a justiça era dar a cada um o que é seu. Com o surgimento do Cristianismo, a idéia de justiça ficou sendo relacionada a Deus, e conseqüentemente, só se realizava através de suas mãos. Para Ihering, a presença do sentimento de justiça dependia de dois critérios: a suscetibilidade e a energia de cada indivíduo, grupo

A pesquisa de campo ocorreu na cidade de Maceió, Estado de Alagoas – Brasil, sob a orientação do Professor Doutor Andréas Krell e da Professora Doutora Alline Pedra Jorge, entre os meses de dezembro de 2002 a agosto de 2003, financiada pelo PIBIC/CNPq.

Durante a investigação, foi entrevistado um total de 31 vítimas. 49% delas nas Delegacias; 32% no Pronto-Socorro; 10% no Fórum Jairon Maia Fernandes; 3% no CAV – Centro de Apoio às Vítimas e 6% por telefone. No Fórum deparamo-nos com uma enorme dificuldade de encontrar as vítimas e tal ocorreu por duas razões: a primeira é histórica, vez que as vítimas sempre foram esquecidas na fase processual, basicamente por restar difundido erroneamente que seu depoimento não é relevante para o julgamento do caso, pois traz cargas emotivas e opiniões pessoais muitas vezes distorcidas da realidade. A segunda razão é o próprio desinteresse da vítima, que se relaciona com a sua desconsideração na fase processual, que na prática representa humilhações, acusações e discriminações – ocasionando a «vitimização secundária». Para além disto, constatou-se com grande intensidade no Fórum que inexistente preocupação com a pessoa da vítima, pois deixavam-na esperar por horas no mesmo recinto onde se encontrava o criminoso; não a intimavam a depor e, até mesmo, confundiam sua figura com a do delinqüente.

Constatou-se que 27% das pessoas entrevistadas foram vítimas de crimes contra o patrimônio; 28% vítimas de lesões corporais; 24% vítimas de crimes contra a vida; 3% de crimes contra a liberdade individual; 12% de crimes contra a honra e apenas 6% de crimes contra os costumes. Do total de vítimas entrevistadas, 90% delas tratavam-se de vítimas diretas, ou seja, foram

ou nação. Inobstante até a atualidade seu conceito e características não terem sido aceitos de modo unânime ou majoritário, nada desvaloriza a possibilidade das vítimas tentarem demonstrar o que é justiça, principalmente em virtude de que são elas que a sentem mais intensamente. Além disto, ainda que o conhecimento da concepção de justiça para as vítimas não ajude na construção de uma sociedade justa, como pretende a Constituição da República Federativa do Brasil (inciso I do art. 3º), ele contribuirá para o processo de respeito às vítimas, o qual se inicia por identificarmos o que elas realmente desejam, sem especulações, pois somente conhecendo e respeitando os ideais de justiça das vítimas, conseguiremos oportunizar às mesmas seu real valor, qual seja, o da dignidade da pessoa humana, preconizado no inciso III do art. 1º da Constituição Federal de 1988.

efetivamente os sujeitos passivos do fato típico penal. Enquanto 10% foram vítimas indiretas, o que significa que não foram os sujeitos passivos do crime, porém, sofreram tanto quanto eles em razão de algum parentesco⁶.

A maioria das vítimas são pessoas consideradas ativas na sociedade, vez que 58% delas possuem de 15 a 30 anos, enquanto 39% possuem de 31 a 55 anos. Apenas 3% das vítimas possuem de 56 a 70 anos, e não foram entrevistadas vítimas menores de 14 anos ou maiores de 71 anos⁷. Para além disto, 65% trabalham, contra 35% que assim não procedem.

Inesperadamente, a porcentagem de vítimas do sexo masculino ultrapassou a de vítimas do sexo feminino: 52% contra 48%. No que toca ao nível escolar, 6% das vítimas entrevistadas nunca estudaram. 49% das vítimas possuem o ensino fundamental, ou seja, a maioria das vítimas só estudou, no máximo, até a 8ª série. 35% possuem o ensino médio (até o 3º ano) e apenas 10% chegaram a atingir o ensino superior (universidade).

Procurou-se, ainda, identificar o período decorrido entre a data do crime e a data da entrevista. Em razão da maior parte das vítimas ter sido encontrada nas delegacias e no Pronto-Socorro, não poderia ser diferente o resultado obtido nesse quesito, posto que 66% das vítimas foram entrevistadas até 07 dias após o crime, enquanto 13% delas foram entrevistadas entre 08 a 30 dias. 6% tiveram entre 1 a 3 meses como período decorrido; 6% também foi o percentual encontrado para o período entre 3 meses a 1 ano e 6% ainda foi o percentual para o período de 1 a 3 anos. Em apenas 3% das vítimas o período decorrido foi superior a 3 anos. Verificou-se, também, a ocorrência de outros crimes (das mais diversas espécies) com 42% das vítimas, enquanto o mesmo não ocorreu com 58% delas.

Quando indagadas acerca do que era justiça⁸, as respostas espontâneas iam-se delineando as mais variadas.

⁶ Seja ele em linha reta ou colateral. Entre os 10% de vítimas indiretas, 67% delas eram parentes em linha reta, seja ascendente ou descendente e 37% delas em linha colateral. Foram seus dados os contabilizados e não os da vítima direta.

⁷ Isto não significa que as mesmas não foram encontradas. Houveram algumas vítimas menores de 14 anos, entretanto, em razão de sua fragilidade, optou-se por entrevistar seus parentes, como vítimas indiretas.

⁸ O que era feito perguntando-se qual a primeira idéia que surgia em suas mentes quando mencionávamos a palavra justiça.

Esclareça-se, porém, que o resultado ora demonstrado tentou ser rigorosamente fiel às respostas fornecidas:

1. A primeira vítima não soube responder.
2. Relacionou à Justiça Divina.
3. É a coisa melhor do mundo. Serve para proteger a gente.
4. O país está sem Justiça.
5. Depende de cada caso.
6. É um direito que nós temos, mas que é sempre negado.
7. Punição.
8. Punição do criminoso.
9. Punição.
10. Ajuda a gente, mas às vezes nem serve porque não é o que a gente espera.
11. Muito difícil.
12. As pessoas pararem de fazer o mal aos outros.
13. É o que preciso
14. Não soube responder.
15. Apoio para quem não tem segurança.
16. Serve para tomar uma providência.
17. Tem que ter.
18. É complicado.
19. Igualdade.
20. Que seja cumprida a lei.
21. Precisa melhorar.
22. Dar andamento no processo e prender o criminoso.
23. Que seja feita, que pague quem deve.
24. Não existe para os pobres, só para quem tem dinheiro. A Justiça do pobre é com as próprias mãos.
25. A Justiça na Terra não vale nada.
26. É muito devagar e não funciona direito.
27. Que seja feita.
28. Não soube responder.
29. Justiça Divina.
30. Não soube responder.
31. Justiça Divina.

São concepções surpreendentes se considerarmos que a maioria dos entrevistados são pessoas que sequer completaram o ensino fundamental. Várias vítimas relacionaram o conceito de justiça à idéia de punição do criminoso; outras relacionaram à concepção de justiça Divina, assim como fez São Paulo, Santo Thomas de Aquino e Santo Agostinho. Algumas a trataram de forma negativa, seja pela falta de justiça, seja por ela ser muito devagar ou só servir aos ricos; contrariamente encontramos alguns otimistas, para os quais é uma virtude - a melhor coisa do mundo, da mesma forma que o era para Sócrates, Platão e Aristóteles. Saliente-se, ainda, que algumas vítimas utilizaram a idéia de justiça como sinônimo do Poder Judiciário, como, por exemplo: a que afirma ser a justiça muito devagar e não funcionar direito; a que afirma que não existe para os pobres, só para quem tem dinheiro e a que afirma que é um apoio para quem não tem segurança.

O sentimento de justiça penal, mais especificamente, reflete-se de forma mais clara e intensa quando as vítimas são perguntadas acerca de como elas consideram que deva ser feita justiça, ou seja, em termos práticos e concretos, qual a pena a ser aplicada para que elas sintam que a justiça tenha sido feita. Para tanto, os entrevistados nem sempre escolhiam uma única espécie de penalidade, mas com quais e quantas punições isto iria ocorrer; o que resultou em conjuntos ou combinações de penas que vão ser demonstradas em sua totalidade para sermos o mais fiel possível ao sentimento de justiça de cada vítima⁹. A justiça para as vítimas, assim, seria feita se aplicadas as seguintes cominações:

Não tem como	3%
Prisão	19%
Indenização	6%
Prestação de Serviços à comunidade	13%
Pena de morte	3%
Devolução do bem	3%
Pena de Talião	3%
Não soube responder	3%
Prisão + indenização	6%
Prisão + devolução do bem	6%
Prisão + trabalho	3%
Prisão + pena de morte	3%
Prisão + Prestação de serviços à comunidade	6%
Prestação de serviços à comunidade + devolução do bem	10%
Prestação de serviços à comunidade + pena de talião	3%
Indenização + prestação de serviços à comunidade + devolução do bem + uma surra	3%
Indenização + prestação de serviços à comunidade	3%

Conforme se observa, a pena de prisão é a pena mais desejada tanto isoladamente (19%) quanto em conjunto com outras penas (43%). A prestação de serviços à comunidade vem em segundo lugar, tanto solitariamente (13%) quanto casada com outras penalidades (38%). A reparação dos danos, que corresponde à devolução dos bens (3%) e à indenização por parte do criminoso (6%), vem em terceiro lugar no desejo das vítimas, tanto isoladamente (9%) quanto aliada a outras penalidades (37%).

⁹ Também inexistiu qualquer restrição quanto à possibilidade da pena. Ou seja, não foi um fator relevante para a pesquisa se a pena existia ou se era aceita, o que permitiu que para os fins desta pesquisa, catalogássemos a pena de morte, a pena de talião etc.

Estes resultados comprovam que a vítima não se contenta apenas com a reparação dos danos. Ela quer efetivamente uma punição para o criminoso e não somente receber dinheiro.

Como se constata na Declaração Universal dos Direitos das vítimas¹⁰, a reparação dos danos é apenas mais um direito, porém que vem sendo defendido como direito prioritário e exclusivo. Em verdade, na tabela acima não se observa qualquer preferência pela reparação dos danos, as vítimas até a consideram importante, mas apenas se ligada a outras penalidades. Nessa concepção do interesse da vítima ser o da reparação do dano causado, há de se fazer, inclusive, uma reflexão baseada nas lições de Kant, que afirmava que “no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela

dignidade”¹¹. Considerando-se essa idéia como verdadeira, não se pode afirmar por via de consequência que a vítima indenizada possui dignidade, visto que possui um preço.

Inobstante isto, neste ponto da investigação as vítimas eram informadas acerca da possível pena a ser aplicada pelo Estado em caso de condenação do criminoso¹². 48% afirmaram não estar satisfeitas com as possíveis penalidades a serem aplicadas, enquanto 49% se mostraram satisfeitas. 3% não souberam ou não quiseram responder. Detalhando ainda mais a questão, pudemos conhecer a razão da satisfação e/ou insatisfação, e verificamos que 45% consideravam a pena prescrita no Código Penal brasileiro para os delitos contra si cometidos, suficiente, ao passo que 26% reclamavam por sua insuficiência e conseqüente necessidade de aumento. Já 23% consideraram-na exagerada, devendo, assim, ser reduzida e 3%, ainda, considerou-a desnecessária. O mesmo percentual não soube ou não quis responder. Curioso notar, então, que metade das vítimas entrevistadas estava satisfeita com as penas prescritas pelo Código Penal brasileiro.

Com esse item amplamente detalhado, partiu-se para a análise da crença da vítima na efetuação da Justiça por parte do Estado. Infelizmente, 52% dos entrevistados afirmaram não confiar que o Estado faria Justiça em seus casos, enquanto apenas 29% deles acreditavam que isso pudesse ocorrer. 16% não sabiam ou não quiseram responder o que entendiam, e a questão tornou-se prejudicada para apenas 3%, em razão da entrevista ter ocorrido após o encerramento da fase judicial. O primeiro percentual é alarmante e, juntamente com a vontade das vítimas de tomar alguma atitude caso o Estado não faça justiça demonstra a atual fragilidade do Poder Público e do sistema penal brasileiro.

Quando perguntadas acerca da possibilidade do Estado não fazer justiça, 35% afirmaram que tomariam

¹⁰ Apesar da Vitimologia surgir antes da Declaração dos Direitos das Vítimas, não havia um fundamento legal universal para os direitos das mesmas. Com ela, então, passa a ser reconhecido não só os direitos das vítimas, mas também o sofrimento por elas enfrentado. Verifica-se, também, que são levadas em consideração, como vítimas indiretas, os familiares das vítimas diretas, bem como são destacados os prejuízos enfrentados pelas mesmas e torna hialino o fato de que os direitos das vítimas devem ser buscados, respeitados e efetivados sem qualquer prejuízo dos direitos dos suspeitos ou delinqüentes. Alguns direitos das vítimas ali elencados e que aqui merecem destaque são: a) a adoção de medidas com o fito de garantir o reconhecimento e o respeito universais e efetivos das vítimas; b) garantia da justiça; c) assistência através da utilização de políticas sociais, sanitárias, incluída a saúde mental, educativas, econômicas e políticas dirigidas para a prevenção do delito e com a finalidade de reduzir o números de vítimas e estimular a assistência às que delas necessitam; d) análise periódica da legislação e práticas vigentes para cumprimento das mesmas; e) serem criados e fortalecidos os meios para detectar, julgar e condenar os culpados de delitos; f) cooperação entre Estados com o objetivo de buscar e julgar o delinqüente, bem como expropriar os seus bens para destiná-los ao ressarcimento das vítimas; g) compaixão e respeito; h) ressarcimento rápido e eficaz por parte do delinqüente; i) adequação dos processos judiciais e administrativos às necessidades das vítimas; j) proteção e indenização por parte do Estado, caso não seja suficiente a indenização do delinqüente, através de fundos nacionais. Em resumo: respeito, proteção, dignidade, prevenção, punição do criminoso, indenização (*lato senso*) e justiça – sendo esta obtida através da efetividade de todos estes outros.

Por tudo isto, consideramos a declaração o maior marco na história, ainda recente, da Vitimologia. Suas prescrições ecoaram por todo o mundo, apesar de no Brasil não terem sido cumpridas fielmente.

¹¹ Immanuel Kant *apud* Paulo Luiz Netto Lobo, in *Entidades familiares contitucionalizadas: para além do numerus clausus*. 2002. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br>.

¹² Eram informadas às vítimas qual a pena mínima e a pena máxima prescrita no Código Penal brasileiro. Porém, não se levou em consideração qualquer hipótese de crime qualificado, atenuante ou agravante. Isso se explica em razão de que tais aspectos só poderão ser devidamente examinados, após o devido processo legal, pelo julgador.

alguma atitude, ou seja, tentariam se vingar do criminoso de alguma forma. 62% disseram que não pretendiam se vingar e 3% não souberam ou não quiseram responder. O percentual de vítimas vingativas é muito alto e deve ser observado pelo Poder Público, posto que, a partir do momento que o Estado chamou a si a administração da justiça, tem de efetuar-la de forma satisfatória, não podendo deixar a vítima desacreditada de sua atuação e pretendendo se vingar de diversas formas, tais como: fazer o que o criminoso fez a ela; matar o criminoso; dar uma lição nele etc. Denota-se, então, que a má atuação do Poder Público na aplicação da sanção incentiva a criminalidade vingativa – aquela que ocorre após a falta de efetivação da justiça, pois, por não acreditarem que o Estado a concretizará, as vítimas pretendem lutar por seus direitos de forma a fazê-los valer de alguma forma e a concretizá-los de acordo com suas concepções¹³.

49% das vítimas asseguraram terem sido bem tratadas na delegacia, ao passo que apenas 19% confessaram o contrário. 32% delas, contudo, não chegaram a comparecer àquele órgão. Infelizmente, em razão da maior parte da pesquisa ter-se efetivado nas delegacias, não se pode levar em grande consideração os resultados acerca do tratamento dispensado às vítimas naqueles locais, onde, provavelmente, sentiam-se amedrontadas de discorrer o que realmente pensavam. Isto é corroborado pelo fato de que a maioria das vítimas (49%) demonstrou que se sentiram constrangidas de ter de comparecer às delegacias, enquanto 26% disseram não experimentar o mesmo sentimento. Esse constrangimento da maioria, no entanto, reflete o medo de não serem bem tratadas e ainda serem discriminadas e culpadas pelos acontecimentos – «vitimização secundária». Para comprovar tal assertiva, vale asseverar que dos 49% de vítimas que afirmaram ter sido bem tratadas nas Delegacias, 73% foram entrevistadas na própria Delegacia, ao passo que 20% o foi no Fórum e 7% por telefone. De qualquer forma, cumpre esclarecer que não foi presenciado nenhum caso em que a delegacia não

¹³ No mesmo sentido Ihering afirma que “a pessoa que se torna vítima de uma injustiça venal ou parcial quase chega a ser expulsa à força da trilha do direito, e não é raro que, ultrapassando o objetivo imediato, acabe por se transformar num inimigo jurado da sociedade, num ladrão e assassino”, in *A luta pelo direito*. São Paulo. 2003, p. 70.

tenha tratado a vítima de forma digna, ao contrário do que ocorreu no Fórum. Há de frisar, porém, que o problema de desvalorizar a vítima (culpando-a, discriminando-a e humilhando-a), no entanto, não é exclusivo das delegacias, mas da sociedade como um todo¹⁴ e também está presente no Ministério Público e no Poder Judiciário.

A ajuda dispensada às vítimas por parte do Estado é algo essencial ao seu retorno saudável ao

¹⁴ Apesar da sociedade não participar do crime, tem um papel fundamental na logística pós-crime. Ela age como um julgador. Julga quem agiu corretamente e a quem cabe a justiça: se à vítima ou ao criminoso. Esclareça-se, no entanto, que a sociedade não tem um sentimento de Justiça próprio e diferenciado, mas seu sentimento normalmente condiz ou com o do criminoso ou com o da vítima, de tal forma que só cabe à mesma optar qual é a melhor justiça.

O problema surge a partir do momento em que esse julgamento não é imparcial. Isso ocorre porque, como elucida Ruth Estevão, in *A influência da crença em um mundo justo e o processo de desvalorização da vítima*, através do estudo da obra de Lerner (*The Believe in a Just World: A fundamental delusion*), a sociedade possui a crença em um mundo justo. Em outros termos, se um crime ocorre é porque a vítima fez algo para merecer, ou seja, deu ensejo ao ocorrido.

Essa idéia remonta a Platão, passa por Aristóteles e São Paulo para chegar até a atualidade, onde o ser humano, quando ainda criança, é levado a crer em um mundo justo. Assim é que em todos os contos de fada, o bom personagem sempre recebe um final feliz, enquanto o personagem mal recebe punições e que todas as religiões corroboram a existência de uma relação entre a ação e os seus efeitos. Aclara Ruth Estevão, in *ob cit.*, p. 106 que o fato de as pessoas crerem em um mundo justo altera sua percepção do outro, pois para atingir este objetivo, as pessoas elaboram análises de causa e efeito a respeito dos comportamentos observados. Supõe-se, assim, que os indivíduos procuram dar um significado a seu mundo social com o objetivo de aumentar seu controle sobre o mesmo. Em outros termos, as pessoas distorcem a realidade, desvalorizando quem está em situação injusta, pois injustiça não se adapta à concepção de mundo dessa pessoa. Portanto, se a princípio existe a injustiça, a pessoa cria uma tese interna (uma desculpa) para que quem esteja nessa situação tenha criado motivo para tal.

Destarte, não se acredita que uma vítima seja completamente inocente. Tem-se a tendência a creditá-la culpada ou, se os fatos demonstram que ela não o é, a atribuir-lhe certas características pessoais negativas. Logo, uma das consequências paradoxais da crença em um mundo justo é a desvalorização daquele que está em situação injusta.

Observa-se, assim, que a tese de Lerner de desvalorização da vítima é algo novo para os profissionais do Direito no Brasil, porém, é algo já consolidado na doutrina estrangeira. São poucos os que admitem a desvalorização da vítima no Brasil, e os que o fazem remetem à explicação de que a sociedade passou a admirar os mais fortes, que normalmente são os que cometem crimes e atrocidades. Tal explicação não deixa de estar absolutamente correta e real, mas não atinge a essência do motivo, não explica qual a razão da sociedade passar a admirar os mais fortes e a não defender os mais fracos e os injustiçados. A tese de Lerner, todavia, além de explicar a razão para tal, comprova-a mediante diversas pesquisas empíricas, que foram constatadas por outros pesquisadores.

convívio social e que, apesar de estar crescendo, não se encontra num patamar satisfatório. Durante a pesquisa, constatou-se que 74% das vítimas não recebem qualquer tipo de assistência, ao passo que 26% delas a estão recebendo. Das que estão recebendo, nenhuma recebia ajuda financeira¹⁵, 18% recebiam ajuda psicológica; 37% ajuda jurídica e 9% social. 36% delas, contudo, apesar de

¹⁵ A ajuda financeira a certas vítimas é prevista no art. 245 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Esta assistência seria destinada apenas a quem preenchesse os dois requisitos constitucionais: 1) herdeiros e dependentes carentes; 2) de pessoas vitimadas apenas por crime doloso. Todavia, este artigo depende da criação de uma lei e até o presente momento, ou seja, quase duas décadas após a promulgação da CF/88, não foi regulamentado. O único projeto de lei que regulava esse assunto foi o de nº 863 de 1999, arquivado em 31 de janeiro de 2003, por não se constituir “uma regulamentação segura”. O voto da Relatora especifica as falhas do projeto e sequer o seu apenso de nº 2.074/2000 – o qual detalhava de forma mais completa o projeto apensado, obteve sucesso. A razão disto, de acordo com o voto da mesma Relatora foi a falta de contemplação, nos projetos de lei, acerca da Lei de Responsabilidade Fiscal e da Lei de Diretrizes Orçamentárias, além dos problemas financeiros enfrentados pela Previdência Social.

Esta fundamentação, no entanto, é equivocada e representa um contra-senso, a um porque os problemas financeiros enfrentados pela Previdência Social não são levantados quando do pagamento do auxílio-reclusão – aquele concedido à família carente do preso, que, na maioria das vezes, optou por praticar o crime – entretanto, são levantados quando da tentativa de se dar uma vida um pouco mais digna aos herdeiros e dependentes carentes das vítimas de crimes dolosos; e a dois porque o contingente de herdeiros e dependentes que preencheriam todos os requisitos e, conseqüentemente, se beneficiariam da assistência é tão diminuto que não causaria qualquer impacto na Previdência. Esta é, inclusive, a principal crítica que tecemos ao artigo 245, pois o preceito constitucional exclui quaisquer parentes ascendentes ou colaterais, assim como exclui os herdeiros e dependentes que não sejam carentes, assim como, sem qualquer fundamento lógico, exclui os herdeiros e dependentes carentes de vítimas de crimes culposos, que não deixam de necessitar de ajuda apenas em razão do crime ser culposos e o que poderia ser objeto, inclusive, de alegações de violação ao princípio da isonomia.

Em Voto em Separado, o Deputado Rosinha critica o parecer da Relatora e questiona se quanto às impropriedades formais, não faria parte do próprio processo legislativo operar os acertos que o próprio voto sugere. No tocante à alegação de debilidade orçamentária da Previdência Social, ele afirma que “trata-se muito mais de problema de gestão do que atuarial” e que tal questão não deveria ser apreciada pela Comissão de Seguridade Social e Família por ser estranha à sua competência. Apesar do esforço do Deputado Rosinha, o Projeto de Lei e seu Apenso foram arquivados.

Destarte, apesar de ter sido criada em pleno vapor do movimento vitimológico, a CF/88 esqueceu-se totalmente da figura da vítima, ao contrário do que ocorreu com a figura do acusado/condenado e no único artigo que a mencionou, agiu de modo discriminatório ao não equiparar os herdeiros e dependentes carentes de vítimas de crimes dolosos e culposos.

possuírem a assistência a seu dispor não intentavam usufruir, o que demonstra um certo receio de serem ajudadas. Isso, porém, só o tempo e a credibilidade das instituições de apoio às vítimas poderão resolver. Algumas dessas instituições, na realidade, estão fazendo um trabalho excelente, como o Centro de Apoio às Vítimas de Crime, que ampara 78%, do total de vítimas que recebiam apoio e a Defensoria Pública que faz o mesmo com 22% dos entrevistados que recebiam assistência. Não foi registrado, todavia, o auxílio de nenhuma outra instituição, seja pública ou privada, mesmo havendo a expressa menção das mesmas durante a entrevista¹⁶.

Por fim, foi perguntado às vítimas se elas se sentiram confortáveis com a entrevista, ou se o fato de lembrar acontecimentos ruins não teria sido desagradável para as mesmas. 81% delas disseram ter gostado de compartilhar os sentimentos com outra pessoa, posto que isso não ocorre nos órgãos a que comparecem. 19% delas, porém, não se sentiram bem ao relembrar coisas desagradáveis, tendo isso as feito sofrer de alguma forma.

Para exame ainda mais pormenorizado do assunto, também traçamos os perfis das vítimas de maior potencial ofensivo e as de menor potencial ofensivo¹⁷; dos

¹⁶ Tais como a Comissão de Direitos Humanos e a OAB/Mulher.

¹⁷ A Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95) trouxe à baila uma nova classificação dos delitos: os de maior potencial ofensivo e os de menor potencial ofensivo. Esta Lei é aplicável aos delitos de menor potencial ofensivo, com vistas a uma maior presteza da resposta do Poder Judiciário, em delitos desta natureza, e, principalmente, como uma alternativa ao precário quadro punitivo brasileiro, apesar de ser enaltecida pelos vitimólogos por fazer a vítima atuar na relação processual e dar prioridade à reparação do dano.

Os crimes de menor potencial ofensivo são definidos pelo art. 61 como sendo as contravenções penais e os crimes que a lei não comine pena máxima superior a um ano. Após a criação da Lei dos Juizados Especiais Federais – Lei 10.259/01, a corrente majoritária passou a admitir como crime de menor potencial ofensivo os que a lei comina pena máxima não superior a dois anos ou multa. Obteve-se essa conclusão através de interpretação teleológica, observando, assim, os fins pretendidos pelo legislador e o princípio da isonomia e da proporcionalidade. Para a corrente minoritária, geralmente formada de positivistas, o legislador da Lei 10.259/01 teria sido claro e expresso ao afirmar que o conceito de menor potencial ofensivo ali concedido seria apenas «para efeitos daquela lei» motivo pelo qual não haveria de se abranger o conceito de menor potencial ofensivo fornecido pela Lei 9.099/95.

A corrente majoritária ganhou apoio importante no X Encontro do Fórum Permanente de Coordenadores de Juizados Especiais do Brasil, ocorrido em Rondônia no período de 21 a 24 de Novembro de 2001, no qual ficou estabelecido o Enunciado 46.

homens e das mulheres e, finalmente, das vítimas vingativas, que serão expressos através das tabelas abaixo. A primeira compara os resultados das vítimas de crimes de maior (74%) e os de menor potencial ofensivo (26%).

TABELA I – MAIOR POTENCIAL X MENOR POTENCIAL

	Maior potencial ofensivo	Menor potencial ofensivo
Idade	61% - 15 a 30 anos 39% - 31 a 55 anos 0% - 56 a 70 anos	49% - 15 a 30 anos 38% - 31 a 55 anos 13% - 56 a 70 anos
Sexo	61% - Masculino 39% - Feminino	38% - Masculino 62% - Feminino
Trabalho	65% - Trabalha 35% - Não trabalha	62% - Trabalha 38% - Não trabalha
Escolaridade	9% - Nunca estudou 39% - Fundamental 43% - Médio 9% - Superior	0% - Nunca estudou 74% - Fundamental 13% - Médio 13% - Superior
Período decorrido	71% - Até 7 dias 13% - De 8 a 30 dias 4% - De 1 a 3 meses 4% - De 3 meses a 1 ano 4% - De 1 a 3 anos 4% - Acima de 3 anos	49% - Até 7 dias 12% - De 8 a 30 dias 13% - De 1 a 3 meses 13% - De 3 meses a 1 ano 13% - De 1 a 3 anos 0% - Acima de 3 anos
Outros crimes ocorridos	70% - Sim 30% - Não	75% - Sim 35% - Não
Locais	44% - Pronto-socorro 39% - Delegacias 13% - Fórum 4% - Telefone 0% - CAV	0% - Pronto-socorro 74% - Delegacias 0% - Fórum 13% - Telefone 13% - CAV
Penas desejadas	22% - Prisão 9% - Prestação de serviços à comunidade 4% - Devolver o bem 0% - Indenização 4% - Pena de morte 4% - Pena de talião 9% - Prisão + Prestação de serviços à com. 9% - Prisão + indenização 9% - Prisão + devolução do bem 4% - Prisão + trabalho 4% - Prisão + pena de morte 0% - Prestação de serviços à comunidade + pena de talião 13% - Prestação de serviços à comunidade + devolução do bem 4% - Indenização + Prestação de serviços à comunidade + devolução do bem + uma surra 4% - Indenização + Prestação de serviços á comunidade 4% - Não soube responder 0% - Prisão perpétua 0% - Não tem como	13% - Prisão 25% - Prestação de serviços à comunidade 0% - Devolver o bem 25% - Indenização 0% - Pena de morte 0% - Pena de talião 0% - Prisão + Prestação de serviços à com. 0% - Prisão + indenização 0% - Prisão + devolução do bem 0% - Prisão + trabalho 0% - Prisão + pena de morte 13% - Prestação de serviços à comunidade + pena de talião 0% - Prestação de serviços à comunidade + devolução do bem 0% - Indenização + Prestação de serviços à comunidade + devolução do bem + uma surra 13% - Indenização + Prestação de serviços á comunidade 0% - Não soube responder 0% - Prisão perpétua 13% - Não tem como
O Estado fará Justiça	52% - Não 26% - Sim 22% - Não soube ou não quis responder 0% - Questão prejudicada	49% - Não 38% - Sim 0% - Não soube ou não quis responder 13% - Questão prejudicada
Recebimento de ajuda	78% - Não 22% - Sim	62% - Não 38% - Sim
Satisfação com a pena prescrita pelo CP	40% - Suficiente 30% - Insuficiente 22% - Exagerada	62% - Suficiente 13% - Insuficiente 25% - Exagerada

De acordo com o mesmo, a Lei nº 10.259/01 ampliou a competência dos Juizados Especiais Criminais dos Estados e Distrito Federal para o julgamento de crimes com pena máxima cominada até dois anos, excetuados aqueles sujeitos a procedimento especial – conceito este adotado para os fins desta investigação.

	4% - Desnecessária 4% - Não quis responder	0% - Desnecessária 0% - Não quis responder
Crimes ocorridos	31% - Tentativa de Homicídio 27% - Furto 13% - Lesão Corporal Grave 9% - Roubo 4% - Homicídio culposo 4% - Tentativa de estupro 4% - Estupro 4% - Sequestro 4% - Tentativa de roubo	60% - Lesão Corporal Leve 20% - Difamação 10% - Calúnia 10% - Ameaça
Total	23	08

Analisando esta tabela, conclui-se existir uma maior ocorrência de crimes de maior potencial ofensivo com os homens, enquanto que os crimes de menor potencial ofensivo ocorrem com mais freqüência com as mulheres. Isso demonstra claramente que os homens são mais atingidos em sua integridade, mas não significa que os crimes de menor potencial ofensivo não possam causar danos algumas vezes mais sérios do que os crimes de maior potencial ofensivo. Isto pode ser corroborado pelo fato de que 13% das vítimas de crimes de menor potencial ofensivo afirmaram que não tinha como ser feita justiça no caso delas, o que não ocorreu com nenhuma vítima de crime de maior potencial ofensivo.

Conclui-se, também, que a maioria dos que sofreram crimes de menor potencial ofensivo desejam penas alternativas (76%), o que não representa que só a reparação dos danos as satisfaçam, pois se pode perceber que a prestação de serviços à comunidade trata-se da pena que mais satisfaz a maioria das vítimas de crimes de menor potencial ofensivo, seja isolada (25%) ou combinada com outras cominações (26%). Observa-se, ainda, que a maioria das vítimas de maior potencial ofensivo (57%) citou, como forma de realização da justiça, a pena de prisão, seja ela pura e simples (22%) ou combinada com penas alternativas (35%) ou, até, mais rígidas. Assim, enquanto para as vítimas de crimes de maior potencial ofensivo a prisão ainda é a penalidade mais desejada, o mesmo já não ocorre com as vítimas de crimes de menor potencial ofensivo, que preferem a prestação de serviços à comunidade.

O resultado da análise da opinião das vítimas acerca do Estado fazer justiça no caso delas, porém, demonstrou ser independente do potencial ofensivo, apesar de verificarmos um descrédito maior do Estado por parte das vítimas de maior potencial ofensivo. Verifica-se, por fim, que as vítimas de crimes de menor potencial

ofensivo são mais satisfeitas com as penas prescritas pelo Código Penal do que as vítimas de crimes de maior potencial ofensivo, que por sua vez, consideram as penas prescritas mais insuficientes do que as vítimas de crimes de menor potencial ofensivo.

TABELA II – HOMENS X MULHERES

	Homens	Mulheres
Idade	56% - 15 a 30 anos 38% - 31 a 55 anos 6% - 56 a 70 anos	60% - 15 a 30 anos 40% - 31 a 55 anos 0% - 56 a 70 anos
Trabalho	62% - Trabalha 38% - Não trabalha	67% - Trabalha 33% - Não trabalha
Escolaridade	13% - Nunca estudou 43% - Fundamental 25% - Médio 19% - Superior	0% - Nunca estudou 53% - Fundamental 47% - Médio 0% - Superior
Período decorrido	62% - Até 7 dias 13% - De 8 a 30 dias 6% - De 1 a 3 meses 6% - De 3 meses a 1 ano 13% - De 1 a 3 anos 0% - Acima de 3 anos	66% - Até 7 dias 13% - De 8 a 30 dias 7% - De 1 a 3 meses 7% - De 3 meses a 1 ano 0% - De 1 a 3 anos 7% - Acima de 3 anos
Locais pesquisados	55% - Pronto-socorro 19% - Delegacias 13% - Fórum 13% - Telefone 0% - CAV	7% - Pronto-socorro 79% - Delegacias 7% - Fórum 0% - Telefone 7% - CAV
Outros crimes ocorridos	25% - Sim 75% - Não	60% - Sim 40% - Não
Penas desejadas	25% - Prisão 13% - Prestação de serviços à comunidade 0% - Devolver o bem 0% - Indenização 6% - Pena de morte 6% - Pena de talião 13% - Prisão + Prestação de serviços à com. 6% - Prisão + indenização 0% - Prisão + devolução do bem 0% - Prisão + trabalho 6% - Prisão + pena de morte 0% - Prestação de serviços à comunidade + pena de talião 13% - Prestação de serviços à comunidade + devolução do bem 0% - Indenização + Prestação de serviços à comunidade + devolução do bem + uma surra 6% - Indenização + Prestação de serviços á comunidade 6% - Não soube responder 0% - Prisão perpétua 0% - Não tem como	13% - Prisão 13% - Prestação de serviços à comunidade 7% - Devolver o bem 13% - Indenização 0% - Pena de morte 0% - Pena de talião 0% - Prisão + Prestação de serviços à com. 7% - Prisão + indenização 13% - Prisão + devolução do bem 7% - Prisão + trabalho 0% - Prisão + pena de morte 7% - Prestação de serviços à comunidade + pena de talião 7% - Prestação de serviços à comunidade + devolução do bem 7% - Indenização + Prestação de serviços à comunidade + devolução do bem + uma surra 0% - Indenização + Prestação de serviços á comunidade 0% - Não soube responder 0% - Prisão perpétua 7% - Não tem como
O Estado fará Justiça	44% - Não 25% - Sim 25% - Não opinou 6% - Questão prejudicada	60% - Não 33% - Sim 7% - Não opinou 0% - Questão prejudicada
Constrangimento de comparecer à Delegacia	56% - Não foi 25% - Não 13% - Sim 6% - Não opinou	7% - Não foi 27% - Não 66% - Sim 0% - Não opinou
Recebimento de ajuda	81% - Não 19% - Sim	67% - Não 33% - Sim
Satisfação com a pena prescrita pelo CP	43% - Suficiente 31% - Insuficiente 13% - Exagerada 0% - Desnecessária 13% - Não quis responder	47% - Suficiente 13% - Insuficiente 33% - Exagerada 7% - Desnecessária 0% - Não quis responder
Crimes ocorridos	38% - Tentativa de Homicídio	24% - Lesão Corporal Leve 12% - Difamação

	6% - Furto 25% - Lesão Corporal Grave 6% - Roubo 13% - Lesão Corporal Leve 6% - Sequestro 6% - Tentativa de roubo	6% - Calúnia 24% - Furto 6% - Tentativa de Homicídio 6% - Homicídio 6% - Tentativa de estupro 6% - Estupro 6% - Roubo 6% - Ameaça
Total	16	15

Da tabela acima percebe-se que 60% das mulheres sofreram outros crimes, ao passo que o mesmo ocorreu com apenas 19% dos homens, o que reflete a grande fragilidade daquela figura na sociedade atual. Por outro lado, a descrença no sistema punitivo estatal atual é geral, ainda que a porcentagem de mulheres descrentes seja maior (60%) que a dos homens (44%) e independentemente da maior parte dos crimes cometidos contra as mulheres ter sido de menor potencial ofensivo (62%).

Metade dos homens deseja a aplicação da pena de prisão, quer exclusivamente (25%), quer em conjunto com outras penas (25%), enquanto o mesmo ocorre com 40% das mulheres, o que termina por ser intrigante se percebermos que também 40% é o percentual das mulheres que consideram a pena prescrita pelo Código Penal brasileiro exagerada ou desnecessária.

Pode-se questionar, por fim, a razão do número de mulheres que se sentem constrangidas de comparecer à Delegacia ser quase seis vezes superior ao número de homens que experimentam o mesmo, o que poderia ser explicado pela própria desvalorização da vítima, em especial daquelas que se encontram em posição mais frágil: a mulher.

TABELA III – VÍTIMAS VINGATIVAS

	Vítimas vingativas
Idade	73% - 15 a 30 anos 18% - 31 a 55 anos 9% - 56 a 70 anos
Sexo	27% - Feminino 73% - Masculino
Trabalho	55% - Trabalha 45% - Não trabalha
Escolaridade	0% - Nunca estudou 55% - Fundamental 27% - Médio 18% - Superior
Período decorrido	55% - Até 7 dias 9% - De 8 a 30 dias 0% - De 1 a 3 meses 18% - De 3 meses a 1 ano 18% - De 1 a 3 anos 0% - Acima de 3 anos
Potencial ofensivo	64% - Maior potencial ofensivo 36% - Menor potencial ofensivo
Outros crimes ocorridos	45% - Sim 55% - Não
Penas desejadas	0% - Prisão

	19% - Prestação de serviços à comunidade 0% - Devolver o bem 0% - Indenização 9% - Pena de morte 9% - Pena de talião 9% - Prisão + Prestação de serviços à com. 0% - Prisão + indenização 9% - Prisão + devolução do bem 0% - Prisão + trabalho 9% - Prisão + pena de morte 9% - Prestação de serviços à comunidade + pena de talião 9% - Prestação de serviços à comunidade + devolução do bem 0% - Indenização + Prestação de serviços à comunidade + devolução do bem + uma surra 9% - Indenização + Prestação de serviços á comunidade 0% - Não soube responder 0% - Prisão perpétua 9% - Não tem como
O Estado fará Justiça	55% - Não 27% - Sim 9% - Não soube ou não quis responder 9% - Prejudicada
Constrangimento de comparecer à Delegacia	27% - Sim 37% - Não 27% - Não foi 9% - Não opinou
Tratamento na Delegacia	46% - Bem tratada 27% - Não 27% - Não foi
Recebimento de ajuda	73% - Não 27% - Sim
Satisfação com a pena prescrita pelo CP	18% - Suficiente 64% - Insuficiente 9% - Exagerada 9% - Desnecessária 0% - Não quis responder
Crimes ocorridos	17% - Furto 25% - Lesão Corporal Leve 8% - Difamação 8% - Tentativa de Roubo 8% - Calúnia 8% - Lesão Corporal Grave 8% - Sequestro 17% - Tentativa de Homicídio
Total	15

Nesta tabela constata-se que a maioria das vítimas vingativas são do sexo masculino e vítimas de crimes de maior potencial ofensivo. Curiosa foi identificar que a pena de prisão não foi suscitada como forma exclusiva de punição por quaisquer das vítimas vingativas e apenas 27% desejariam a pena de prisão combinada com outras penalidades. Inobstante isto, 18% mencionaram a pena de morte seja isoladamente (9%) ou em conjunto com a pena de prisão (9%).

Surpreendente, também, foi a constatação de que a pena mais desejada pelas vítimas vingativas é a de prestação de serviços à comunidade, tendo sido mencionada por mais da metade delas (55%), quer de forma exclusiva (19%) ou de modo combinado (36%), o que parece o afastamento do mito de que a maioria das vítimas vingativas ambicionaria as piores sanções aos criminosos.

Independentemente de não desejar majoritariamente a pena de prisão, contudo, 64% das vítimas vingativas consideraram a pena prescrita pelo Código Penal brasileiro como insuficiente.

CONCLUSÃO

Os direitos das vítimas foram estabelecidos universalmente pela Resolução 40/34 da ONU, mas não foram devidamente cumpridos no Brasil, onde a pouca legislação existente priorizou apenas a reparação dos danos. Mas seria esta a forma de justiça mais ansiada pelas vítimas? A concepção de justiça para as vítimas se restringiria à reparação dos danos ou elas desejariam algo mais rigoroso? Segundo as vítimas entrevistadas, para que a justiça seja feita, a prisão do criminoso vem em primeiro lugar, tanto isoladamente, quanto combinada com outras penalidades, sejam estas mais brandas ou mais rigorosas. A prestação de serviços à comunidade, por seu turno, ocupa o segundo lugar, enquanto a reparação dos danos encontra-se na terceira posição no interesse das vítimas, tanto isolada, quanto em conjunto com outras penas.

Conclui-se, então, que a reparação dos danos, definitivamente, não é o interesse primordial das vítimas. Destarte, não se pode afirmar que a reparação dos danos ou a indenização por parte do Estado sejam suficientes para amparar e proteger as vítimas, pois afora o aspecto financeiro, elas necessitam de respeito ao seu sofrimento, de amparo psicológico para enfrentar a dor gerada pelo crime; serem ouvidas e saber que existe punição dos criminosos, pois, só assim, no seu entendimento, a justiça será feita.

Constatou-se no trabalho, ainda, uma tendência à satisfação com as penalidades alternativas, quando usadas em conjunto com outras penalidades, em especial a prisão. Assim, não vigora mais aquele desejo único, exclusivo e constante de só ser feita justiça mediante aplicação das piores sanções aos criminosos, o que não ocorre somente com as vítimas de menor potencial ofensivo, mas também com as de maior potencial ofensivo, que estão cada vez mais contentes com penas alternativas.

A punição, porém, deve existir. Somente 3% das vítimas afirmaram que a aplicação da pena era desnecessária. O restante, assim, apesar de tender a desejar penas mais alternativas, continua com o firme propósito da punição.

Inobstante a dignidade das vítimas ainda não restar respeitada seja pela legislação brasileira, pela doutrina ou pela prática judicial e policial, esperamos que este estudo a tenha respeitado ao cumprir seu propósito inicial de expor a opinião e o sentimento das vítimas de crimes e, com isto, possa servir de embasamento para muitos outros que optem pelo mesmo caminho.

BIBLIOGRAFIA

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003. (A obra-prima de cada autor).

BARBOSA, Júlio César Tadeu. *O que é justiça*. São Paulo: Abril Cultural/ Brasiliense, 1984.

CALHAU, Lélío Braga. *Vítima, Justiça Criminal e Cidadania: O Tratamento da Vítima como Fundamento para uma efetiva cidadania*. [S.l.:S.n.], [199?]

ESTEVÃO, Ruth. *A influência da crença em um mundo justo e o processo de desvalorização da vítima*. [S.l.:s.n.], [199?].

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais e conceito de menor potencial ofensivo: primeiras posições da Jurisprudência*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, nº 58. Agosto de 2002. Disponível em <<http://www.ju.com.br/doutrina/texto.asp?id=3066>>.

Acesso em: 25 jul. 2003.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003. (A obra-prima de cada autor).

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares contitucionalizadas: para além do numerus clausus*. In: *Jus Navigandi* [on line]. 2002. Disponível em:

<<http://www.jusnavigandi.com.br>>. Acesso em 19 jan. 2003.

MOREIRA FILHO, Guaracy. *Vitimologia: O papel da vítima na gênese do delito*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *História do Direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PLATÃO. *A República*. Trad. de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002. (A obra-prima de cada autor).