



FAS@JUS

e-Revista do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho

Jul.-dez. 2018 - v. 8, n. 2. ISSN 2238-4081 (CD-Rom)

ISSN 2179-8222 (Impressa)



FACULDADES



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO
QUALIDADE EM ENSINO SUPERIOR

Prof. Ms. Richardson Xavier Brant
Editor

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso
Editor-Associado

FAS@JUS

e-Revista do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho

ISSN 2238-4081 (CD-Rom)

ISSN 2179-8222 (Impressa)

Prof. Ms. Richardson Xavier Brant

Editor

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Editor-Associado



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO

FACULDADE DE DIREITO SANTO AGOSTINHO (FADISA)
©COPYRIGHT: INSTITUTO EDUCACIONAL SANTO AGOSTINHO
Diretor-Geral: Prof. Dr. Antônio Augusto Pereira Moura
Vice-Diretor: Prof. Ms. Lácio César Gomes da Silva
Coordenador do Curso de Direito: Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura

FAS@JUS - e-Revista do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho

Editor

Prof. Ms. Richardson Xavier Brant - Faculdade de Direito Santo Agostinho, Montes Claros, Minas Gerais, Brasil.

Editor-Associado

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso - Faculdade de Direito Santo Agostinho, Montes Claros, Minas Gerais, Brasil.

Membros do Conselho Editorial

Prof.^a Dr.^a Alessandra Galli Aprá - Centro Universitário de Curitiba (Unicuritiba) e Escola da Magistratura do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil.

Prof. Dr. Hugo Luís Pena Ferreira - Universidade Federal de Goiás, Goiás, Brasil.

Prof.^a Dr.^a Irene Maria Portela - Instituto Politécnico do Cavado e do Ave, Barcelos; Centro de Investigação JusGov Universidade do Minho, Braga, Portugal.

Prof. Dr. J. Eduardo López Ahumada - Universidad de Alcalá - España.

Prof.^a Dr.^a Luciana Cristina de Souza - Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG), Minas Gerais, Brasil.

Prof.^a Dr.^a Maria Victória Rocha - Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa; Católica Research Centre for the Future of Law; Centro de Estudos e Investigação em Direito (CEID), Porto, Portugal.

Prof. Dr. Pablo Schiavi - Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo; Facultad de Comunicación de la Universidad de Montevideo; Universidad de Montevideo; Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Uruguay.

Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura - Faculdade de Direito Santo Agostinho e Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes), Minas Gerais, Brasil.

Organização, padronização e revisão linguística

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Diagramação/Editoração Gráfica/Capa

Maria Rodrigues Mendes

Comunicação

Correspondência e submissão de artigos (ver normas de publicação, nas últimas páginas desta Revista):

revistaelectronica@fasa.edu.br

Endereço: Av. Osmane Barbosa, 937, Bairro JK, Montes Claros, Minas Gerais, Brasil, CEP 39404-006.

FAS@JUS : e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho / Faculdade de Direito Santo Agostinho. – Vol. 8, n. 2, 2018 - - Montes Claros, MG. Fundação Santo Agostinho, 2018-
v. : il. 21 x 29cm.

Semestral

ISSN 2179-8222 (Impressa)

ISSN 2238-4081 (CD-Rom)

1. Direito. I. Faculdade de Direito Santo Agostinho. II. Título.

CDU: 34 (05)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	7
--------------------------	----------

AUTOR CONVIDADO

ACCIONES DE CLASE (CLASS ACTIONS) Y DERECHO COMPARADO

<i>Adela Perez del Viso.....</i>	13
----------------------------------	-----------

A NEUROLINGÜÍSTICA E A BUSCA DA VERDADE REAL

<i>Fernando Cesar Bolque.....</i>	21
-----------------------------------	-----------

A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE DOS MEIOS DE PRODUÇÃO NO CONTEXTO DA EMPRESA E DO EMPRESÁRIO E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO ÂMBITO SOCIAL

<i>Givanildo Nogueira Constantinov.....</i>	33
---	-----------

CIDADES DIGITAIS E A PROTEÇÃO À PRIVACIDADE NA SOCIEDADE VIGIADA

<i>Hilton da Silva.....</i>	49
-----------------------------	-----------

EL MONTO ESTIMADO POR LOS ACTORES NO MARCA EL LÍMITE DE LA PRETENSIÓN

<i>Jorge Pantoja Bravo.....</i>	57
---------------------------------	-----------

FEMINICÍDIO - ORIGEM - TRATAMENTO ATUAL NO CÓDIGO PENAL - CONTEXTUALIZAÇÃO NOS TRATADOS INTERNACIONAIS

<i>P. Ximena Morales.....</i>	87
-------------------------------	-----------

ARTIGOS DE EGRESSOS

DOCÊNCIA DO ENSINO SUPERIOR NO CURSO DE DIREITO

Carlos Gilmar Colares..... 101

A RELATIVIDADE DOS FENÔMENOS JURÍDICOS NO PENSAMENTO DE PONTES DE MIRANDA

Lucas Versiani Cardoso..... 109

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO..... 121

APRESENTAÇÃO

O segundo semestre de 2018 confirma a concretude do projeto representado pela Revista Eletrônica **Fas@Jus**, do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho. Comprova, a cada dia, a importância, a penetração mundial, a internacionalização e, sobretudo, a evolução em termos de conteúdo de cunho científico.

A soma dos artigos científicos publicados nos dois números (primeiro e segundo semestres) do ano de 2018 representa material suficiente para publicação de quase três revistas. O que traz a verdade para a afirmativa de que não há busca pelo mínimo e, sim, pelo possível. Desde que respeitada a qualidade.

Como é o padrão da Revista Eletrônica Fas@Jus, há uma divisão em seções. Em todas as seções, quando há mais de um autor de artigo, a entrada se dá pelo nome do autor, em ordem alfabética.

A seção destinada a **Autor Convidado** recebe, com honra, o artigo da **Advogada e Professora Adela Perez del Viso**, da Argentina, que pegou do tema denominado “Acciones de Clase (Class Actions) y Derecho Comparado” e fez um texto exclusivo para a Fas@Jus. A exclusividade se desenha também no sentido de que, em um futuro tempo, este artigo científico virá a ser um capítulo de um livro que a autora iniciou agora. O assunto é quanto às ações coletivas, especialmente na área do Direito do Consumidor. A autora faz uma pesquisa em termos de Estados Unidos, Inglaterra e Brasil, cada qual com sua legislação permitindo que várias pessoas com igual intenção se juntem em um grupo, para defesa dos seus direitos como consumidores. Juntam-se como pessoas físicas ou uma associação os representa, na defesa dos direitos transindividuais ou até mesmo os direitos

difusos. O texto dá especial ênfase de como a Argentina evoluiu, na interpretação legal e jurisprudencial, para se adaptar ao sistema coletivo de defesa dos interesses dos consumidores.

Na sequência alfabética, é a vez do Professor **Fernando César Bolque**, que é Promotor de Justiça (atua no Tribunal do Júri da cidade de São Paulo) e é detentor de título de Mestre em Direito e Relações Sociais. Ele escreveu o texto científico “A Neurolinguística e a Busca da Verdade Real”, no qual descreve, inicialmente, a teoria acerca da verdade real em termos de Direito Processual Penal. Em seguida, apresenta a parte teórica sobre a Neurolinguística e a contribuição que ela pode ofertar ao Processo Penal. Por último, apresenta a análise de um caso prático, demonstrando, por desenhos e fotografias, quais seriam os movimentos que o depoente deveria ter feito, se estivesse dizendo a verdade já consolidada no cérebro. E mostra, por exemplo, que, por uma pessoa ser canhota e, ao responder a um questionamento, mover os olhos para o lado direito, está construindo uma resposta e, não, dizendo uma verdade; verdade que é fruto de imagens já armazenadas no cérebro.

Depois de muito estudo, aprovação em concurso público e mais estudo, chegou o **Professor Givanildo Nogueira Constantinov**, do Paraná, à condição de Juiz de Direito da Justiça Estadual e doutorando em Direito. Entre o seu ofício da Magistratura, no Paraná, e as aulas em São Paulo, o Professor Givanildo Nogueira Constantinov ainda encontra tempo para, praticamente a cada semestre, estar presente nas páginas da **Revista Fas@Jus**. Desta vez, enfrenta um tema de máximo interesse para os tempos atuais (pós-Constituição de 1988 e, especialmente, após as reformas na lei trabalhista, de poucos meses atrás).

Falando sobre “A Previsão Constitucional do Princípio da Função Social da Propriedade dos Meios de Produção no Contexto da Empresa e do Empresário e suas Consequências no Âmbito Social”, o escritor fala sobre a teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica sob vários aspectos. Assim, mais do que repetir os conceitos iniciais da teoria, mostra que a Desconsideração de Personalidade Jurídica pode e deve ser apenas quanto aos atos afetados que acarretam prejuízos intencionais à sociedade. E mostra que a continuidade da empresa pode trazer amplos benefícios, que variam desde a manutenção dos empregos até os meios de produção que geram tributos, sustentáculos do Estado.

O **Advogado Hilton da Silva** tem Mestrado em “Direito na Sociedade da Informação” e é assessor do Tribunal de Ética da Ordem dos Advogados de São Paulo. Ele escreveu o texto denominado “Cidades Digitais e a Proteção à Privacidade na Sociedade Viggiada”, expondo como os cidadãos vivem na modernidade: cercado de câmeras em sedes públicas e privadas, vigiados pelas redes sociais, acessíveis e conhecidos por uma infinidade de entidades que podem controlar seus perfis e ceder as informações individuais para diversos segmentos e que têm igualmente diversos interesses. Demonstrando ser o presente momento o que faz com que as pessoas sejam classificadas como “homens de vidro”, o autor agrega conhecimentos da sua área de pesquisa para especificar que as pessoas são transparentes e permeáveis a diversas empresas, públicas e privadas, que captam e armazenam dados pessoais sem sequer seus alvos imaginem como são vigiados. O artigo leva a todos a uma reflexão de como não há mais privacidade, em nenhum lugar, em uma sociedade permanentemente filmada, gravada, pesquisada e vigiada. E se a reflexão se cambiar para o lado das redes sociais, é capaz de causar medo do fim ao qual podem ser dadas as informações que os indivíduos, voluntariamente, expõem à disposição de quaisquer interessados.

Na Colômbia, há um escritor de livros jurídicos que é especializado em análises acerca das indenizações. Por ser Economista e Perito “Financiero de la Fiscalía General de la Nación”, vem carregado de experiências. Dois dos seus livros têm cerca de mil páginas, cada. E um terceiro título é uma coleção de três volumes, com muito mais de duas mil páginas. Quando o assunto é dano e seus cálculos atuariais, a autoridade colombiana é o **Professor Jorge Pantoja Bravo**. E ele está presente nesta Revista com o artigo “El Monto Estimado por los Actores no Marca el Límite de la Pretensión”. A análise envolve as Sentenças cujos dispositivos trazem parte não líquida, sendo necessária a liquidação por cálculos. Quando uma pessoa especializada (um perito ou *expert*) tem que tomar uma Sentença com condenação sem fixar o valor certo, e transformá-la em valores que representarão o valor que a parte perdedora terá que indenizar à parte vencedora, a liquidação da Sentença é tarefa das mais especializadas. Até mesmo porque a parte perdedora estará fiscalizando o trabalho para não exceder ao débito que terá que pagar, enquanto que, por seu lado, a parte vencedora estará acompanhando os cálculos periciais exatamente para ter segurança de que nenhum centavo do seu crédito ficará sem ser lançado como valor final. O artigo traz muitos conceitos como pretensões *ultra petita* e outros elementos do Direito colombiano que guardam pertinência com o Direito brasileiro. Por sinal, em certa altura do longo e valioso texto, o autor busca o Direito comparado, para fundamentar sua pesquisa científica. Pesquisa que também tem fundamento em Sentenças da Corte Suprema da Colômbia, por suas diversas Casas e Turmas. Um trabalho digno de ser lido e compreendido. Melhor: ser estudado minuciosamente.

Da Argentina vem o artigo da **Advogada Paula Ximena Morales**, que atua na Justiça Federal argentina. O tema, é atual e carregado de bom valor, recebeu o título de “Feminicídio. Origem. Tratamento Atual no Código Penal. Contextualização nos Tratados Internacionais”. A

abordagem recebe o tratamento doutrinário, mas há ampla pesquisa no processo de formação da lei argentina que pune o feminicídio. A discussão junto ao Poder Legislativo foi destacado, em demonstração de que também a interpretação de uma lei deve começar pelo seu contexto local e histórico. Em seguida, a autora destacou alguns casos práticos em relação às condenações quanto ao feminicídio na Argentina nos últimos anos, chegando a apresentar um conjunto de Sentenças com percentuais que indicam quantos condenados, quais as origens das Sentenças e as origens dos condenados, qual percentual envolveu casal (feminicídio íntimo) ou violências outras que resultaram em morte ou tentativa de morte, como estupros de desconhecidas. Em síntese, uma atualização judicial e jurisprudencial em relação a uma modalidade de crime que sequer deveria existir previsão legal de especificidade, mas que a realidade mostra acertada a existência de agravante penal para o caso.

A seção denominada **Artigos dos Egressos** traz, em si, uma certificação de que a Faculdade de Direito Santo Agostinho está sempre disponível para aqueles que já foram seus alunos. Desta vez, o ex-Aluno do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho, o **Advogado Carlos Gilmar Colares**, escreveu o artigo denominado “Docência no Ensino Superior no Curso de Direito”. A publicação do texto do egresso em evidência, na presente Revista Fas@Jus, serve também como diploma de que a Faculdade valoriza a formação para a iniciação à pesquisa. No texto, o autor demonstra pesquisa acerca da docência do ensino superior nos Cursos de Direito do Brasil. Mas, para demonstrar essa parte, o autor apresenta análise de que a docência no ensino superior não valoriza a formação pedagógica. Em seguida, mostra as competências necessárias a todo professor universitário, faz uma caminhada até

1827, quando da criação dos Cursos jurídicos no Brasil. Um trabalho de pesquisa, fundamentado em autores da área de didática no ensino superior.

O autor brasileiro de incomensurável nome no Direito é Pontes de Miranda. E, alguém ter a pretensão de analisar cinco volumes de textos sobre Direito, escritos por Pontes de Miranda, e fazer um artigo mostrando o seu liame com outros autores de renome, somente seria tarefa possível para Lucas Versiani Cardoso. A pesquisa é ampla demais para quem não é um pesquisador nato, desprovido de preguiça, e dominador de um vocabulário elevado e bem empregado. Exatamente por isso, o egresso dos bancos da Faculdade de Direito Santo Agostinho, o hoje **Advogado Lucas Versiani Cardoso**, escreveu, sob o título “A Relatividade dos Fenômenos Jurídicos no Pensamento de Pontes de Miranda”, um libelo de qualidade rara. A raridade não vem apenas pela aspereza do tema antes da pesquisa, mas também pela forma com que o assunto é enfrentado. E vencido. Ao ler o texto, tem-se a impressão de uma Filosofia do Direito bem empregada, porque os dizeres conduzem o leitor para o destino que o autor quer traçar. Desde que o autor seja o ora comentado.

Como se percebe facilmente, a **Fas@Jus**, e-Revista do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho, está em sintonia com seus leitores e, para afinar o contato, compõe uma enorme lista de pesquisadores, com seus textos científicos dignos de perpetuação.

O desejo é que haja satisfação por parte dos leitores. O trabalho de seis meses ininterruptos caminho nessa direção.

Prof. Ms. Richardson Xavier Brant
Editor

AUTOR
CONVIDADO

ACCIONES DE CLASE (*CLASS ACTIONS*) Y DERECHO COMPARADO

Adela Perez del Viso¹

RESÚMEN

En este documento abordamos el tema relativo a la institución Class Action (Acciones de Clase), tanto en sus orígenes anglosajones como en su desarrollo posterior en países latinoamericanos. Destacamos luego en qué casos puede plantearse una acción como “acción de clase”, y cuál es su consecuencia principal (efecto “*erga omnes*” de la sentencia que se dicte, a menos que el interesado opte por su no aplicación y la iniciación de una acción individual, lo que se conoce como “*opt out*”). Se reseñan algunos “*landmark cases*” tanto de Estados Unidos de América, como de Gran Bretaña, seguido del análisis de la institución en dos importantes países de Latinoamérica como Brasil y Argentina. Concluimos con la necesidad de dictar una adecuada normativa general, como una forma de defensa exhaustiva de los derechos de los más débiles, en casos en que, de no existir esta *Class Action*, no tendrían defensa. Afirmamos que es imperativo en algunos casos la redacción y adopción de normas reglamentarias generales que den seguridad a los criterios relativos a la circunscripción de los casos, el procedimiento para designar al representante de toda la “clase”, las formas de prueba del caso, y las consecuencias de la resolución dictada.

Palabras Clave: Acciones de Clase. Efecto *erga omnes*. Partes de un juicio. Derechos del consumidor. Casos “leading cases”. Acciones de representación. Código del Consumidor de Brasil.

ABSTRACT

This paper deals with the topic of Class Actions. We discuss its origins in Great Britain and United States of America. Afterwards, we tackle the case of Brazil and Argentina. Our deepest interest is to describe the elements of the case which brings grounds to a *Class Action*, and how the trial resolutions may be enforced even to third parties who did not participate in the matter. Some U.S. and U.K. landmark cases are exposed, and then we turn to the case of Brazil and Argentina and their trial backgrounds. Our conclusion resides on the real necessity of passing a comprehensive law related to Class Action, which would describe precisely the cases involved, which the proceeding rules are, and which the consequences of the final resolution. It would revolve in favor of the rights of the weakest part of society. The people in need.

Keywords: Class Actions. Argentinean Halabi case. E.U. West v. Randall case. E.U. Rule 23. 2015 Consumer Rights Act. “Whitch v. JJB Sports”, Brasil Consumer’s Code.

¹ Argentina. Abogada (1986 Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina), Notaria (1988 misma universidad), Mediadora (Universidad Flacso, 1996), Diplomada en Derecho de las Familias (2017 Universidad Católica de Cuyo, sede San Luis), Becaria Yad Vashem Jerusalem, Curso sobre Formador de Formadores en el Holocausto/Shoa (2008), Premio Banco Galicia/ Daia por la Formación en Holocausto/Shoa (2017), Profesora de Inglés (Instituto Formación docente continua San Luis, 2014), actualmente Profesora de Inglés jurídico nivel I, II y III en la Universidad Católica de Cuyo sede San Luis. Profesora a cargo de los exámenes internacionales TOLES en el Equipo de Trabajo Inglés Jurídico en San Luis, Argentina. Autora de artículos en Derecho e Inglés Jurídico en Microjuris, Erreius, Universidad de León (España), La Ley.

1 CLASS ACTIONS. INTRODUCCIÓN Y CONCEPTO

Las “*Class actions*” o “*Class lawsuits*” se originaron en Estados Unidos, para luego diseminarse en diversos países anglosajones e inclusive innumerables sistemas civilistas.

Las *class actions* sirven en gran medida a las organizaciones de consumidores y a aquellas personas que en caso contrario no se encontrarían en condiciones de interponer una acción en razón del desbalance costo/beneficio de un litigio.

Una acción de clase es un dispositivo procedimental que permite que uno o más demandantes deduzcan una demanda en representación de un grupo mayor, llamado “clase”. [...] El dispositivo permite a los Juzgados manejar acciones legales que en caso contrario serían inmanejables si cada uno de los miembros de la “clase” (individuos que hayan sufrido el mismo daño por parte del accionado) iniciaran su propia demanda como actores independientes. Históricamente, han existido con anterioridad varios tipos de llamadas “acciones representativas” (*Representative actions*). Incluso existen estas acciones, como acciones representativas, desde tiempos muy tempranos. Sin embargo, “*Class actions*” son una invención bastante reciente, creada por las Cortes anglosajonas “*sitting in Equity*”, es decir, las *Equity Courts*, y como una excepción a la regla general de que cada litigio es realizado en y por la representación de una persona que es la parte (CORNELL, 2018).

El sistema de *Class action* se funda en la necesidad de prevenir litigios futuros, por la vía de observar si los casos son idénticos y se torna perfectamente cierto el resultado de los mismos.

2 EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

2.1 Origen en Estados Unidos

En Estados Unidos un importante precedente que creó la posibilidad de las *Class Actions* fue “*West v. Randall*”², de 1820, precedente que todavía se cita para iniciar los casos de *Class actions*. Se trató de una sentencia del juez *Joseph Story*, como juez de la Corte de apelaciones, Primer circuito. En *West v. Randall* se discutió acerca de quién podía ser parte en una demanda. Se dijo que “es una regla general en equidad que todas las personas sustancialmente interesadas en la norma dictada, ya sea demandantes o demandados, deben ser parte en una demanda, aunque ésta se torne muy numerosa.”.

Luego del caso *West v. Randall*, en Estados Unidos se dictó la *Federal Equity Rules* (y en este caso interesa la *Equity Rule 48*), en 1842. En esta norma se dispuso que

donde las partes son muy numerosas, y no pueden deducir una demanda cada una porque ello provoca inconvenientes o dilaciones, el Juzgado puede a su arbitrio considerarlas a todas, partes de una misma demanda, en la medida que tenga una o más partes suficientes para representar los intereses de actor y demandado. En ese caso lo que se resuelva afectará los derechos y reclamos de todas las partes; aún de las que se encuentren ausentes (U.S. SUPREME COURT, 1912).

Los casos de *Class Actions* se desarrollaron exponencialmente a partir de la década de 1960 en E.U., con los casos de los movimientos por los derechos civiles, los casos que comprometen el medio ambiente y los casos de derechos del consumidor. Los grupos que reclamaron estos

² Caso federal de los E.U. de 1820, que dispuso que: “It is a general rule in equity that all persons materially interested in the matter of the bill, as plaintiffs or defendants, ought to be made parties to it, however numerous they may be.” Conforme: *Trecothick v. Austin*, Case N.º 14,164; *Bryan v. Stevens*, Id. 2,066; *Northwestern Cement & Concrete Pavement Co. v. Norwegian-Danish Evangelical Lutheran Augsburg Seminary*, 43 Minn. 453, 45 N. W. 870. Cited in brief in *Wing v. Cooper*, 37, Vt. 171. Disponible en: <<https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F.Cas/0029.f.cas/0029.f.cas.0718.pdf>>. Acceso en: 14-8-2018.

derechos utilizaron las “*Class actions*” como un medio para cumplir sus objetivos (TEITELBAUM, 2010).

2.2 La Rule 23 Class Actions (E.U.)

En la actualidad la *Class action* es regida en Estados Unidos por la “*Federal Rules of Civil Procedure, Rule 23 Class Actions*”.

Según esta norma, los pre requisitos de la *Class actions* establecen que

Uno o más de los miembros de la clase pueden deducir demanda contra (o ser demandados) como partes *representativas* de la “clase” sólo si la clase es “tan numerosa que deducir una demanda simple es impracticable; si hay cuestiones de derecho que son *comunes* a toda la clase”; si los reclamos de todos *son típicos y representativos* de lo que todos piden; si quien representó a la clase actuó *defendiendo adecuadamente* los intereses de toda la clase (CORNELL, 1966).

La Rule 23 Class Action también establece que cuando una parte interpone una acción y afirma que es una “*Class action*”, en primer lugar el Tribunal debe emitir una resolución de “**Determinación de clase**”. Debe “certificar la acción como *Class action*.” Esta orden debe certificar en qué consiste la clase, y cuáles son los reclamos, cuestiones, defensas de la clase; la orden debe determinar también quién será el abogado que representará la clase. “*Appoint class counsel under Rule 23*”. Luego el Juzgado debe notificar a quienes demandaron por la clase y a los que fueron demandados, que la clase ha sido determinada. Y así los notificará de:

- la naturaleza de la acción;
- cómo define y certifica la clase;
- cuáles son las demandas o defensas en relacion con esa “clase”;
- plazo para que los miembros de la clase comparezcan;
- qué efecto obligatorio podría tener una resolución que se dicte en el caso. (“*the binding effect of a class judgment on members*”) (CORNELL, 1966).

3 EN GRAN BRETAÑA

Según un autor, “Si bien las Acciones de clase, que mejoran el acceso a la justicia a los consumidores, han sido una institución común en varios países, y durante varios años, en realidad los intentos en el Reino Unido han sido más limitados y menos exitosos.” (HODGE, 2016).

3.1 El Caso “*Which? v. JJB Sports*”

El caso más famoso de *Class Action* en Gran Bretaña fue una acción iniciada en 2007 por el “Grupo de derechos del consumidor” llamado “*Which?*”, en contra de la empresa de venta de ropa deportiva *JJB Sports*. Previo a ello, el organismo oficial llamado “*UK Office of Fair Trading*” emitió una Resolución sancionando a *JJB Sports* por vender unas réplicas de remeras de equipos famosos de fútbol, como si fuesen originales (a valor de 39,99 libras), entre los años 2000 y 2001. Cada consumidor quería que le devolvieran el valor de una remera. Es evidente que el valor de una remera no amerita iniciar todo un costoso juicio. Pero el valor de las remeras de cientos o miles de consumidores unidos, por supuesto que sí. Luego de la iniciación del juicio, en enero de 2008, la empresa aceptó pagar hasta un total de dieciocho mil libras para quienes habían comprado las remeras, lo cual implicaba una suma de 20 libras por persona.

En el juicio, estaban representados sólo quinientos consumidores con el abogado que lo inició. Pero todos aquéllos afectados por la sentencia (los dueños de remeras, y que pudieran probar que la habían comprado, seis o siete años antes), tenían la opción de “*opt in to the action*” (incluirse en la resolución dictada) o “*bring a claim on an individual bases*”. (iniciar su propia acción judicial; lo cual no hizo casi nadie) (HODGE, 2016).

3.2 La Consumer Rights Act 2015

Posteriormente se dictó en Gran Bretaña la *2015 Consumer Rights Act*, que establece “*new collective redress rules*”, nuevas reglas de

indemnización colectiva; esta ley (*Act*) la cual beneficia en gran medida a los consumidores, en particular en los siguientes aspectos:

- los consumidores tienen hasta seis años para iniciar su acción judicial (se aumentó en dos años más el plazo de prescripción, o “*status of limitation*”);
- la *Consumer Rights Act* introduce “*Acciones de opt – out*”, en las cuales todos los afectados son automáticamente miembros de la “clase” que está iniciando la acción;
- en relación con los daños en el área de derechos del consumidor o de la competencia comercial, las acciones de clase deben ser deducidas por un “representante adecuado” (El *suitable representative of the group*, como puede ser un estudio jurídico especializado o una entidad de defensa de Derechos del consumidor);
- dos tipos de acciones se pueden deducir:
 - a) las acciones llamadas “*follow-on claims*” que siguen a una resolución de una entidad gubernamental de defensa del consumidor (resolución declarando que ha habido una infracción a la “*competition law*”);
 - b) las acciones llamadas “*stand-alone claims*” donde es el actor por sí mismo (y no una entidad de defensa de consumidor) el que afirma que ha habido una infracción a la ley (*relevant competition law provisions*). Esto es una novedad: los individuos no necesitan que, antes de iniciar la acción, se haya declarado que existía una infracción determinada. Pueden solicitarlo en forma individual y lograr que lo sigan otros consumidores;
- se destaca, de esta ley (*Act*), una gran ventaja a los consumidores, cual es su “simplicidad”. El consumidor en realidad no tiene que buscar un especialista o un consejero legal. Es más, es probable que ellos “vayan hacia él” (HODGE, 2016).

Las acciones no se restringen sólo a los casos de monopolio o de precios fijados en forma de

cártel. También pueden deducirse acciones en contra de revendedores y fabricantes en casos de productos y servicios defectuosos (*faulty goods; defective services*).

Sin embargo, en esta ley se han incorporado algunos resguardos para evitar lo que se percibe como “*excesses of the US System*”, excesos en el sistema de Class Action de Estados Unidos; en particular lo referente a la posibilidad de que se deduzcan acciones sin fundamento (llamadas “*Frivolous lawsuits*”). Se ha dispuesto que la parte que pierde debe pagar las costas y costos de la parte que gana (en concordancia con el Sistema “*English rule*” que dispone que quien pierde debe pagar las costas) (COLEMAN, 2015).

4 LAS CLASS ACTION EN AMÉRICA LATINA

4.1 Class Actions en Brasil³

En Brasil se ha dictado el “Código de Defensa del Consumidor” (*Código de Defesa do Consumidor*) pela Ley 8.078 del 11-9-1990.

Conforme esta ley, artículo 81, la defensa de los derechos de los consumidores y las víctimas, podrá ser ejercida en juicio en forma individual o a título colectivo.

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

El artículo 82 de la Ley 8.078 dispone tres tipos de derechos:

- I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
- II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe

³ Seguiremos aquí al excelente artículo de Vergara (2011); Vergara (In: ARGENTINA, 2018); quien a su vez reseña parte de Gidi (2004, p. 51 y ss).

de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
 III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Es decir:

- derechos difusos: derechos trans-individuales e indivisibles, pertenecientes a personas indeterminadas unidas por circunstancias de hecho. Ej.: derecho a un ambiente sano o a la veracidad de los anuncios publicitarios;
- derechos colectivos: derechos o intereses colectivos, trans-individuales e indivisibles, pertenecientes a un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o frente a otra parte opuesta por una relación jurídica común;
- derechos individuales homogéneos: esta categoría de derechos es definida en la norma brasilera como aquellos que derivan de un origen común. Podría decirse que no son más que una acumulación de derechos subjetivos individuales. Se le da una nueva denominación para el lograr el tratamiento unitario de ellos en un solo juicio. Tienen origen común, que puede ser una cuestión de hecho o de derecho común.

Cada uno de estos derechos corresponden a tres tipos de *Class Actions*.

El artículo 82 del Código del consumidor brasileño establece que

Tienen legitimación colectiva: I. El Ministerio Público; II. Los gobiernos federal, estatal o municipal y el Distrito Federal; III. Las entidades y agencias de la administración pública directa o indirecta, incluyendo aquellas sin entidad legal, especialmente diseñadas para la protección de los intereses y derechos protegidos por este Código, y IV. Las asociaciones legalmente establecidas por lo menos durante un año, cuyos propósitos institucionales incluyan la protección de los intereses y derechos protegidos por este Código, no siendo necesaria la autorización de la asamblea proceso (VERGARA, 2011; VERGARA, 2018).

A partir de esta enumeración, no poseen legitimación activa para esta *class action*, los particulares o individuos que no entren en la

enumeración descripta.

Según Nicolás Vergara, el Código del consumidor de Brasil también hace referencia en modo expreso al tema de los *efectos de la cosa juzgada* en las acciones de grupo. Este autor concluye en que los rasgos característicos del sistema de las acciones colectivas en Brasil son los siguientes:

A- Clasificación de las acciones colectivas en virtud del derecho protegido, estableciendo categorías abstractas de derechos. B- Legitimación colectiva en cabeza de personas jurídicas, tanto públicas como privadas, pero carecen de ella las personas físicas. C- Escasa protección del derecho de defensa de los miembros afectados, ya que si bien al regular el alcance de la sentencia en un proceso colectivo, se prevé que la sentencia colectiva es adversa al grupo, cada uno de sus miembros puede iniciar su respectiva acción individual, no se prevé la exigencia de adecuada representatividad, ni una correcta publicidad del proceso colectivo. D- Regulación expresa de la litispendencia, otorgando primacía a la acción individual respecto de la acción colectiva. E- Efectos *erga omnes* de la sentencia, a todos los individuos que compartan una misma situación, hayan participado o no efectivamente del proceso (VERGARA, 2011, hojas 8; VERGARA, 2018).

4.2 *Class Action* en Argentina

En Argentina se iniciaron las condiciones para la aplicación del sistema procesal propio de “*Class action*” o acción de clase, a partir de la reforma constitucional de 1994, artículos 41, 42 y 43, y la creación del “Amparo colectivo” para la protección de determinados derechos.

En especial, el artículo 43 de la Constitución nacional argentina dispone que “Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general [...]”

De alguna manera la reforma de la Constitución nacional argentina indicaba que las acciones de clase debían ser debidamente reglamentadas por ley. Sin embargo, ello

escasamente sucedió. Solamente algunas normas contemplan en forma tangencial este instituto:

- la Ley General de Ambiente 25.675, del año 2002, tiene un capítulo que rige los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que causen “daño ambiental de incidencia colectiva” (art 27);
- la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 (año 1993) y sus reformas permiten iniciar acciones al consumidor, al usuario, y a las asociaciones de consumidores. Dispone esta Ley que la sentencia que haga lugar a la pretensión “hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto que aquéllos manifiesten su voluntad en contrario, previo a la sentencia, en los términos y condiciones que el magistrado disponga.”.

Como desde 1994 en adelante no se dictó ninguna legislación global sobre las Acciones de clase, era inevitable que existieran diversos planteos judiciales con muy cambiante resultado. Esta situación culminó en 2009 cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación (C.S.J.N.) argentina dictó sentencia en el caso llamado “*Halabi*” (ARGENTINA, 2009). En este caso se había planteado la inconstitucionalidad de la Ley 25.873 y su Decreto Reglamentario 1563, del 2004. En el fallo, la C.S.J.N. de Argentina sistematizó las situaciones jurídicas subjetivas que habilitan la legitimación procesal para promover la acción de amparo colectiva. (Entre dichos supuestos, incluyó los casos en que la necesidad de perseguir la defensa de un derecho individual adquiere rasgos colectivos en razón de la existencia de determinados extremos que enumeró.).

A partir de este fallo judicial (*Halabi*) se ha señalado que el Tribunal reconoció la vigencia en nuestro ordenamiento jurídico, y con rango constitucional, a las acciones de clase, en la medida en que se las consideró implícitamente incluidas en el propio art. 43 de la norma fundamental). De tal suerte, así como aconteció en su momento con la acción de amparo *tradicional* (así la denomina el tribunal en el propio fallo en el considerando 10) cuya operatividad fue instrumentada en forma pretoriana en los fallos *Siri* y *Kot*,

[ARGENTINA, 1957] la Corte Suprema entendió ahora necesario subsanar lo que estimó una omisión de parte del Congreso de la Nación (TIMPANARO, 2012).

Luego del caso *Halabi*, la C.S.J.N. dictó la acordada 12/2016, “Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos”.

En primer lugar, este “reglamento” refiere a los casos que pudieran someterse a la Justicia Federal; pero no a los casos comunes que se tratan en los Juzgados ordinarios en cada provincia de Argentina. Ello significa que este reglamento no refiere a más del sesenta por ciento de los casos judiciales que se planteen. En la misma acordada (Resolución General de la Corte Suprema con aplicación obligatoria) se dispone que el reglamento “tendrá vigencia hasta tanto el Poder Legislativo Nacional sancione una ley que regule este tipo de procesos.” (art. IV).

El Reglamento aprobado contiene previsiones sobre los siguientes puntos:

- a) el reglamento rige causas de carácter colectivo, pero excluye los procesos ambientales y aquellos “que involucren derechos de personas privadas de la libertad o se vinculen con procesos penales”;
- b) los requisitos de la demanda son similares a lo expresado en el caso *Halabi* por la misma C.S.J.N.; los jueces tienen amplias facultades de requerir aclaraciones, y de indagar si los casos son de incidencia colectiva. Asimismo, los jueces tienen la obligación de proceder con especial celeridad. Si es un amparo, deben intentar que no se desnaturalice tal procedimiento sumarísimo;
- c) ordena remitir las causas al juez que “previno” en un caso similar. La inscripción de una causa como juez previniente, y como acción de clase, en un Registro de acciones de clase, provoca la remisión a ese Juez previniente de todos los procesos que presenten sustancial semejanza;
- d) en el caso de resolverse que es una acción de clase, se debe dictar una resolución de inscripción del proceso como colectivo. Una vez realizado el registro de una acción de clase, no podrá registrarse otro caso que presente una sustancial semejanza en la

afectación de los derechos de incidencia colectiva;

e) luego de la inscripción en el registro de acciones de clase, el Juez debe dictar una “orden de certificación” donde se determinarán las condiciones en que está inscripta y los medios idóneos para hacer conocer a los demás integrantes del colectivo la existencia del proceso.

Por otra parte, el nuevo Código Civil y Comercial argentino de 2015 introdujo la figura de los “derechos de incidencia colectiva” cuando dice:

ARTICULO 14. Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

Sin embargo, por una parte, falta crear una reglamentación global y para todo el país argentino (y todos los fueros, incluido el fuero “ordinario”, no federal), de la acción de clase; y, por otra parte, la norma del artículo 14 del nuevo Código civil y comercial es “de fondo”, y no de procedimiento. Por esta misma razón, persiste la necesidad de una ley nacional en materia procedimental.

El autor argentino Timpanaro aboga por la pronta reglamentación legal y general de las *Class Action*, destacando que existe una estrecha similitud entre:

- los *leading case* Siri y Kot y la Acción de amparo luego legislada;
- el landmark *case* Halabi (C.S.J.N) y las Acciones de Clase.

Trazado este paralelismo, cabe esperar que el cauce de los hechos adopte un camino diferente al seguido por el amparo, pues no debe olvidarse que éste, en su concepción original, debió esperar décadas para que (luego de una reforma constitucional que derogó la vetusta legislación y la consecuente marea de pronunciamientos judiciales que finalizaron de delimitar los contornos inter-pretables del artículo reformado en el año 1994) se hiciera honor a la verdadera finalidad de este instituto tal cual hoy lo conocemos. Sería lamentable que la reglamentación de estas acciones

colectivas siguiera el mismo derrotero del amparo, sobre todo si se sopesa que la clara intención del Máximo Tribunal parece haber sido dotar a la magistratura de una moderna herramienta procesal que genere la posibilidad de llegar en forma y tiempo a responder las nuevas demandas que plantea la realidad de esta sociedad (TIMPANARO, 2012, p. 18).

5 CONCLUSIÓN

Los países anglosajones, con su sistema tan tecnicista y preciso, han desarrollado esta herramienta hace siglos. Es una herramienta que rompe con estructuras mentales tales como aquélla de que “si no estuvo en el proceso, no se ve afectado favorable o desfavorablemente por su resultado.”. Este principio es muy recto a primera vista, pero en realidad es un elemento de exclusión de todos aquéllos que son pobres, que tienen un reclamo muy pequeño, que han sido estafados y no saben cómo accionar judicialmente, que no tienen los medios para hacerlo.

En Estados Unidos, luego del antiguo caso “*West v Randall*”, y del dictado (y posteriores reformas) de la “*Rule 23*”, los casos de enfermedades masivas provocadas, contaminación ambiental, productos defectuosos, pequeñas estafas, pueden obtener justicia con el sistema “de clase”. En Brasil, afortunadamente para sus habitantes, se ha dictado un *Código del Consumidor* que prevé adecuadamente la institución. Por ende, en Argentina, luego del caso de la Corte Suprema denominado Halabi (y que hemos reseñado con anterioridad), es indispensable que se logre una adecuada reforma legal y la *Class Action* entre definitivamente entre nuestras propuestas procesales de justicia. Los que se encuentran “en necesidad” (*in need*) ciertamente lo agradecerán.

REFERENCIAS

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación (C.S.J.N.). Halabi, 2009, Fallos, 332: 111.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación (C.S.J.N.). Siri, 1957, Fallos, 239: 459; Kot, 1958, Fallos, 241: 291.

ARGENTINA. Presidencia de la Nación. Ministerio de Justicia e Derechos Humanos. DACF110149. Disponible en: <<http://www.saij.gov.ar/home>>. Acceso en: 18-8-2018.

BRASIL. Ley 8.078, del 11 del septiembre del 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12-9-1990, edição extra. Retificado en: *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10-1-2007.

CORNELL LAW SCHOOL. Class action: an overview. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/wex/class_action>. Acceso en: 14-8-2018.

CORNELL LAW SCHOOL. Rule 23. Año 1966. Class actions. Disponible en: https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23>. Acceso en: Cons. 14-8-2018.

COLEMAN, Clive. US-style class actions introduced in UK. En: BBC News. 1.º-10-2015. Disponible en: <<https://www.bbc.co.uk/news/uk-34402483>>. Acceso en: 18-8-2018.

GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*. México (DC): UNAM, 2004.

HODGE, Neil. Class actions: the Consumer Rights Act. En: International Bar association. London (UK), 7-3-2016. Disponible en: <<https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=6cb4718f-9845-4d8d-8a1f-e571fbdd4b56>>. Acceso en: 18-8-2018.

U.S. SUPREME COURT: The New Federal Equity Rules. año 1912. Ed. Universidad de Michigan. Disponible en: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2002&context=articles>>.

TEITELBAUM, Joshua. Allocation rules and the stability of mass tort class actions. Georgetown: Ed. Universidad de Georgetown, 2010. Disponible en: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.887.8249&rep=rep1&type=pdf>>. Acceso en: 14-8-2018.

TIMPANARO, Adrian. Acciones de clase, consideraciones respecto a su régimen procesal ante la ausencia de una ley que lo reglamente. En: SANTOS, Marcelo Bruno dos (Dir.). Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo. Buenos Aires: FDA, 2012. Disponible en: <https://www.gordillo.com/pdf_unamirada/13timpanaro.pdf>. Acceso en: 18-8-2018.

VERGARA, Nicolas Daniel. Las acciones colectivas en el derecho comparado. En: Infojus, Caba (Argentina), 27-9-2011. Disponible en: <www.infojus.gov.ar>.

Submissão em: 19 agosto 2018.

Pareceres favoráveis em: 21 outubro 2018.

A NEUROLINGUÍSTICA E A BUSCADA VERDADE REAL

Fernando Cesar Bolque¹

1 O PRINCÍPIO DA VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL

A verdade, segundo o léxico, é a propriedade de estar conforme com os fatos ou a realidade. Trata-se de uma noção ideológica, cuja objetividade, no processo penal, é o seu norte.

Não obstante o processo penal tenha como objetivo a busca da efetiva verdade, sabemos que na prática é de difícil ou quase impossível efetivação, posto que “está-se diante de elemento relativo, pois jamais se pretende equipará-la ao que efetivamente aconteceu no plano fático.” (NUCCI, 2012, p. 118).

No sistema acusatório penal, como é cediço, o Ministério Público é o exclusivo titular da ação penal e compete a ele o pontapé inicial da persecução penal em juízo.

Quando da exposição da demanda judicial penal, o Ministério Público expõe, em verdade, fatos que lhe chegaram ao conhecimento por intermédio quer do inquérito policial, quer de outras peças de informação. Estes **fatos** é que deverão ser provados em juízo para a imposição de uma pena.

O que se está querendo afirmar, portanto, é que a verdade se circunscreve à comprovação daqueles fatos que foram expostos na inicial. Trata-se, nesse entender, de uma verdade relativa e não efetivamente daquilo que aconteceu no mundo pretérito, circunscrito apenas à eventual vítima e do

réu. Eles, em suma, são os verdadeiros portadores da verdade real.

Destarte, afirma-se que “toda verdade judicial é sempre uma verdade processual. E não somente pelo fato de ser produzida no curso do processo, mas, sobretudo, por se tratar de uma certeza de natureza exclusivamente jurídica” e “será sempre uma verdade reconstruída, depende do maior ou menor grau de contribuição das partes e, por vezes do juiz, quanto à determinação de sua certeza (OLIVEIRA, 2006, p. 289).

Nesta toada, não é incorreto dizer que esta verdade será sempre uma *verdade histórica* e compete ao juiz e ao próprio promotor de justiça a sua reconstrução. Esta “reprodução jurídica do fato exaure-se nas provas e manifestações trazidas aos autos pelas partes.” (VAZ, 2010).

Pitombo (1993, p. 74), relativamente à verdade real, já afirmava que “essa verdade de que se cuida não traz a marca da plenitude e sendo, pois, realizável a aproximação, trata-se da ‘verdade possível’; da verdade, dita processual, ou atingível”.

Como já se afirmou:

o processo penal (assim como a investigação criminal preliminar) tem por finalidade afirmar e comprovar que “alguém cometeu um crime culpavelmente”, proposição essa que pode ser decompostas em duas, uma fática (de fato) e outra jurídica (ou de direito). [...] Como nos explica Luigi Ferrajoli, a *quaestio facti* é resolúvel por via indutiva, a *quaestio juris* é resolúvel por via dedutiva, segundo o significado da linguagem contida na lei (PEREIRA, 2011)

¹ Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUCSP (2004). Promotor de Justiça titular no I Tribunal do Júri de São Paulo (1993). Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela ESMP/SP (1999). Bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Presidente Prudente (1991). É *Professional Coach Certification*, *Professional Executive Coach Certification*, *Professional Master Coach Certification* pela *International Association of Coaching*, IAC. *Practitioner PNL* pela *Master Solution Institute* (MSI), credenciado pela *American Board of Neuro-Linguistic Programming* (ABNLP) - EUA. Possui o treinamento *MasterMind Lince* (Liderança Interpessoal e Comunicação Eficaz), certificado reconhecido internacionalmente pela Napoleon Hill Foundation).

Sob estes prismas é que repousa a necessidade de instrumentos eficientes para que tanto o magistrado, como o promotor de justiça, mas também o delegado de polícia, possam mais bem compreender as partes envolvidas, bem como alcançar a verdade dos fatos.

Aqui, uma crítica há que ser feita!

Ocorre que os profissionais do Direito não são treinados, desde a formação acadêmica, para a compreensão das dificuldades do homem envolvido na lide. Há uma formação estritamente técnica: lei, jurisprudência e doutrina. Entretanto, o ser humano que está por trás de todas as demandas envolvidas não é estudado pelo profissional jurídico.

Assim, este artigo busca exatamente fornecer aos profissionais alguns instrumentos da neurolinguística que ajudarão a entender melhor como as informações são captadas pelo indivíduo, bem como a forma como estas informações são exteriorizadas, quer seja através da fala, mas principalmente por outros canais de comunicação não verbais.

2 A NEUROLINGUÍSTICA

Neurolinguística é a ciência que estuda a elaboração cerebral da linguagem. Ocupa-se com o estudo dos mecanismos do cérebro humano que suportam a compreensão, produção e conhecimento abstrato da língua, seja ela falada, escrita ou assinalada. Trata tanto da elaboração da linguagem

normal, como dos distúrbios clínicos que geram suas alterações (WIKIPEDIA, 2017).

Segundo Bear, Connors e Paradiso (2008, p. 618),

a linguagem é um sistema pelo qual sons, símbolos e gestos são utilizados para a comunicação. A linguagem chega em nosso encéfalo por meio dos sistemas visual e auditivo, enquanto o sistema motor produz o discurso falado e a escrita. O processamento encefálico que ocorre entre os sistemas sensoriais e motor é a essência da linguagem.

O estudo da linguagem normalmente é associado às suas disfunções, conhecidas na literatura médica como *afasias*. Estas *afasias* foram identificadas principalmente por dois cientistas do século XIX: o neurologista francês Paul Broca e o alemão Karl Wernicke, que identificaram no encéfalo duas áreas responsáveis pela captação da informação sensorial, auditiva e visual.

Mas, relativamente ao presente foco, é de extrema importância que se possa entender como o cérebro humano capta a informação, como ela é processada e, posteriormente, como ela é exteriorizada. Isto é importante para que se possa entender como as informações estão sendo trazidas pela vítima, testemunhas ou réu ao bojo do processo. E verifica-se que não é nada desprezível o caminho percorrido pelo fato ocorrido no mundo real até o momento em que ele é exteriorizado no processo.

Veja-se a seguinte imagem:



A representação desta imagem destaca perfeitamente o caminho percorrido pela informação até o momento em que ela é exteriorizada:

- tem-se, primeiramente, a realidade externa: no presente caso, o crime e como ele efetivamente ocorreu, ou seja, a verdade absoluta, real;
- num segundo o momento a esta informação, ela é captada por um dos sentidos: visual, auditivo ou cinestésico (sensorial, gustativo ou olfativo). São os chamados *sistemas representacionais*;
- após a captação da informação, ela passa por determinados filtros: generalização, omissão, distorção, crenças, valores etc., isto porque “nossas crenças, atitudes, valores e experiências passados com uma pessoa em particular, tudo afeta as espécies de representações que faremos sobre seus comportamentos” (ROBBINS, 2005, p. 49);
- o quarto estágio é da representação interna: antes da exteriorização, o sujeito faz uma representação interna daquilo que viu, ouviu ou sentiu;
- esta representação interna gera um estado emocional: alegria, tristeza, nojo, apatia, empatia, medo, etc.;
- a geração deste estado emocional dispara a fisiologia, gerando determinados sentimentos respectivos ao estado emocional;
- somente após este longo caminho, a informação é exteriorizada.

Ora, é facilmente perceptível que se o profissional do Direito não tiver conhecimento deste caminho da informação, ele poderá não entendê-la perfeitamente, ou não a captar da melhor forma possível.

Por esta razão é que se pode valer de alguns instrumentos para da neurolinguística para a busca da verdade real no processo penal.

3 A CONTRIBUIÇÃO DA NEUROLINGUÍSTICA NA BUSCA DA VERDADE REAL: FERRAMENTAS E INSTRUMENTOS

O propósito é apresentar ao profissional três ferramentas da neurolinguística para auxiliá-lo na busca da verdade real. São eles: sistemas representacionais, *rapport* e movimentos oculares.

3.1 Sistemas Representacionais

Os sistemas representacionais são os meios pelos quais se representa internamente, para si mesmo, as informações que são colhidas no mundo real.

O cérebro humano transforma as informações em imagens, sons ou sensações. Este exercício é automático e possui fundamento científico, decorrente da característica da *plasticidade do cérebro*², posto que ele não é um órgão estático, mas dinâmico e extremamente ativo.

Entender o sistema representacional é extremamente importante, posto que “aprimorar a forma com que comunicamos as informações, simplesmente porque existem pessoas mais visuais, mais auditivas ou mais sinestésicas. Respeitar suas características e estimular o desenvolvimento dos demais sistemas representacionais também deve fazer parte do processo de educação.” (FURLAN, 2011).

Basicamente, três são os sistemas representacionais: visual, auditivo e cinestésico (sensorial, olfativo ou gustativo). Utilizam-se estes sistemas o tempo todo, mas há uma preferência por um deles. É o chamado *sistema condutor*: há pessoais mais visuais, outras mais auditivas e outras ainda mais cinestésicas.

Se se compreende o canal condutor da vítima, do réu ou das testemunhas, pode-se melhor obter a prova. Para tanto, cada sistema possui uma

² “Plasticidade cerebral é a denominação das capacidades adaptativas do SNC – sua habilidade para modificar sua organização estrutural própria e funcionamento. É a propriedade do sistema nervoso que permite o desenvolvimento de alterações estruturais em resposta à experiência, e como adaptação a condições mutantes e a estímulos repetidos.” (FURLAN, 2011).

característica e há também pistas de acesso a estes sistemas. Estas pistas de acesso se mostram em linguagem corporal através da postura, padrão respiratória, tom de voz e movimentos oculares. Vejam-se.

3.1.1 Visual

O sistema visual é caracterizado pela transformação do pensamento numa imagem, como se a pessoa estivesse sonhando acordado vendo efetivamente o que aconteceu no mundo real. Há percepção de cores, da cena, do foco, da perspectiva, do brilho, da luz. Ocorre quando, por exemplo, “você imagina estar olhando para um de seus locais favoritos ou uma boa praia para passar as férias.” (O’CONNOR, 2015, p. 56).

Podem-se identificar pessoas visuais através da utilização de frases visuais: “eu vejo o que você quer dizer”, “estou olhando para a ideia”, “o meu ponto de vista”, “olhou para trás e riu”, “sem sombra de dúvidas”, etc.

3.1.2 Auditivo

Pessoas auditivas transformam seus pensamentos em sons, como se estivessem numa contínua “conversa interna”. O pensamento é uma mistura de palavras e outros sons. Possuem sensibilidade para ruídos, tons, pronúncias, etc.

Frases auditivas normalmente utilizadas: “vivendo em harmonia”, “isto é grego para mim”, “conversa fiada”, “nunca ouvi falar sobre isto”, “isto é maneira de falar”, etc.

3.1.3 Cinestésico

Segundo O’Connor (2015, p. 56), o sistema cinestésico

é composto de nossos sentidos internos e externos de tato e consciência corporal. [...] Quando você imagina estar se equilibrando numa trave e tem a sensação de tocar uma superfície lisa ou sentir-se feliz, está usando seu sistema cinestésico. Às vezes, os sistemas olfativos ou gustativos são tratados como partes do sistema cinestésico.

Mas estes últimos são menos importantes na cultura ocidental.

Pessoas cinestésicas têm preferências por toques, contatos, empurrões, são sensíveis a cheiro, gostam de pegar nas pessoas, acariciá-las, etc. Usam frases como: “eu entrarei em contato com você”, “eu posso pegar esta ideia”, “você é um ser insensível”, “eu não consigo colocar meu dedo nisto aí”, etc.

3.1.4 Outras pistas de acesso

	VISUAL	AUDITIVO	CINESTÉSICO
Movimentos oculares	Para cima	Linha mediana	Para baixo
Tom e velocidade da voz	Fala rápido, alto e claro	Tom melodioso, em ritmo médio	Fala baixo e mais profundo
Respiração	Alta e profunda	Regular no meio do peito	Mais profunda e abdominal
Postura e gestos	Tenso, pescoço estendido	Mediano, movimentos rítmicos	Cabeça baixa, relaxado

3.2 Rapport

Outra importante ferramenta que pode ser utilizada para poder mais bem compreender as partes no processo é o *rapport*.

A expressão *rapport* é de origem francesa

e não possui uma tradução literal para o Português, mas significa *comunicação harmoniosa*.

Nada destrói mais uma oitiva de réu, vítima ou testemunha do que o descompasso entre o inquiridor e a pessoa. Se ambos estão em compassos distintos, quer seja em relação à

tonalidade da voz, quer seja em relação à própria utilização de complexos termos jurídicos, quer seja através da pressa do inquiridor e a demora na resposta da parte, a comunicação jamais será perfeita e a prova indubitavelmente estará comprometida.

Portanto, é absolutamente imprescindível que o profissional do Direito entenda primeiramente qual o canal de comunicação da outra parte, isto por meio dos sistemas representacionais anteriormente descritos. Uma vez estabelecido o canal condutor, deve o profissional tentar se comunicar com a parte no mesmo canal.

Não adianta o juiz, o promotor ou o delegado perguntarem para a testemunha “o que ela viu” na cena do crime se o depoente tiver um canal de comunicação auditivo, por exemplo. Seu cérebro literalmente não terá visto nada. Se o profissional identificar o canal correto e perguntar, por exemplo, a um auditivo: “o que o senhor ouviu no dia do crime?”, com certeza a comunicação estará estabelecida e a testemunha poderá contar tudo o que sabe sobre o crime.

Entretanto, não apenas se estabelece esta *harmonia na comunicação*, o *rapport*, utilizando-se o sistema representacional adequado. Existem outras formas de se estabelecer *rapport*.

Para se estabelecer o *rapport* o profissional pode espelhar qualquer parte do comportamento da outra pessoa, ajustando seu comportamento verbal (sistema representacional) e não verbal para se obter a harmonia na comunicação. Uma vez estabelecida esta harmonia, o profissional terá domínio sobre a oitiva e poderá conduzir a comunicação para o objetivo proposto: alcançar a verdade sobre os fatos.

Entretanto, há regras para isto ocorra: o profissional deve se servir de três regras absolutamente imprescindíveis: **discrição, elegância e sutileza**. Se a tentativa de estabelecer o *rapport* for feita sem estas três regras, o resultado pode ser absolutamente contrário ao que se pretende!

Com discrição, elegância e sutileza, o profissional pode espelhar as seguintes características:

Respiração	Ajuste sua respiração ao mesmo ritmo de respiração da outra pessoa
Postura corporal	Ajuste o seu corpo para combinar com a postura do corpo do outro ou parte do corpo do outro
Movimentos corporais	Espelhe qualquer movimento do corpo que seja constante ou característico: inclinação, orientação do corpo, balançar de pernas, etc.
Expressões faciais	Levante sobrancelhas, aperte lábios, mexa nos cabelos, enrugue o nariz. Aqui a discrição é o ponto máximo: cuidado com tiques da parte contrária.
Qualidades vocais	Tonalidade, ritmo, velocidade, inflexão, hesitação, pontuação etc.
Palavras processuais	Identifique predicados utilizados pela outra pessoa e use-as na sua própria linguagem.
Fala	Utilize, com discrição, frases repetitivas ou expressões usadas pela outra pessoa
Espelhamento cruzado	Use um aspecto do seu comportamento para espelhar um aspecto diferente do comportamento do outro, como balançar suavemente uma parte do seu corpo no mesmo ritmo de respiração do outro.

Estas técnicas podem ser utilizadas sozinhas ou uma combinação delas. Ao usá-las de forma discreta, elegante e sutil, ter-se-á conseguido bons pontos com seu interlocutor, sendo que a partir daí a oitiva vai fluir de forma mais natural.

3.3 Movimentos Oculares

É antigo o ditado que afirma que “os olhos são o espelho da alma”. Não há qualquer comprovação científica disto, mas uma coisa é preciso afirmar: olhos dizem muito mais do que se pensa.

Quando alguma coisa chama a atenção, movem-se reflexivamente e de forma bastante rápida os correspondentes olhos para o objeto de interesse.

O mesmo ocorre quando se aciona a memória: os olhos rapidamente se movem para a reconstrução – ou construção! – da imagem, do som ou da sensação vivida – ou construída.

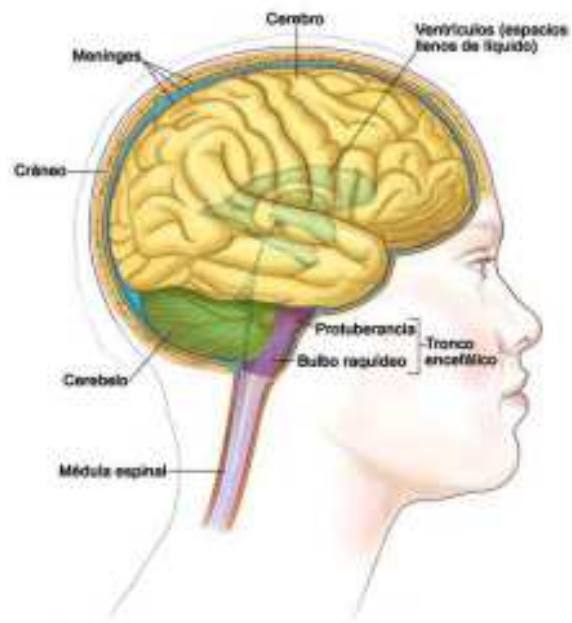
Bear, Connors e Paradiso afirmam que “um estímulo evoca uma maior resposta no córtex parietal e em outras áreas corticais se ocorre um movimento sacádico³ dos olhos. Assim, uma forte associação parece existir entre movimentos dos olhos e atenção”.

Complementam os autores:

Tirin Moore e seus colegas, então na Universidade de Princeton, examinaram uma área cortical conhecida como **campos visuais frontais (CFC)**. [...] Neurônios nos CVC apresentam campos motores, pequenas áreas no campo visual. Se uma corrente elétrica suficiente for passada em um CVC, os olhos rapidamente farão um movimento sacádico para o campo motor dos neurônios estimulados (BEAR, CONNORS, PARADISO, 2008, p. 657).

Entretanto, uma observação é importante: aquilo que costumeiramente se chama de cérebro, na verdade é o encéfalo. Este é o conjunto do tronco cerebral, cerebelo e cérebro, parte superior do sistema nervoso central que controla o organismo. Assim, o cérebro é apenas uma parte do encéfalo.

Veja a imagem abaixo:



De qualquer forma, o cérebro é aquele que ocupa a maior parte do crânio e tem a função de analisar os impulsos recebidos dos nervos e elaborar respostas adequadas a cada situação. Ele está envolvido com as lembranças, resolução de problemas, pensamentos e sentimentos, controlando também os movimentos.

De outro lado, o cérebro é dividido em dois hemisférios: o direito e o esquerdo. E cada um tem uma função específica. Veja na imagem a seguir:

³ “**Movimentos sacádicos** são os deslocamentos que os olhos realizam, a cada segundo para a realização de uma tarefa onde seja necessário o controle ocular fino. Esses **movimentos sacádicos** ligam todas as fixações oculares entre si, possibilitando, por exemplo, a leitura e a escrita.” (CPDPÉDIA, 2017).

FUNÇÕES DOS HEMISFÉRIOS DO CÉREBRO HUMANO



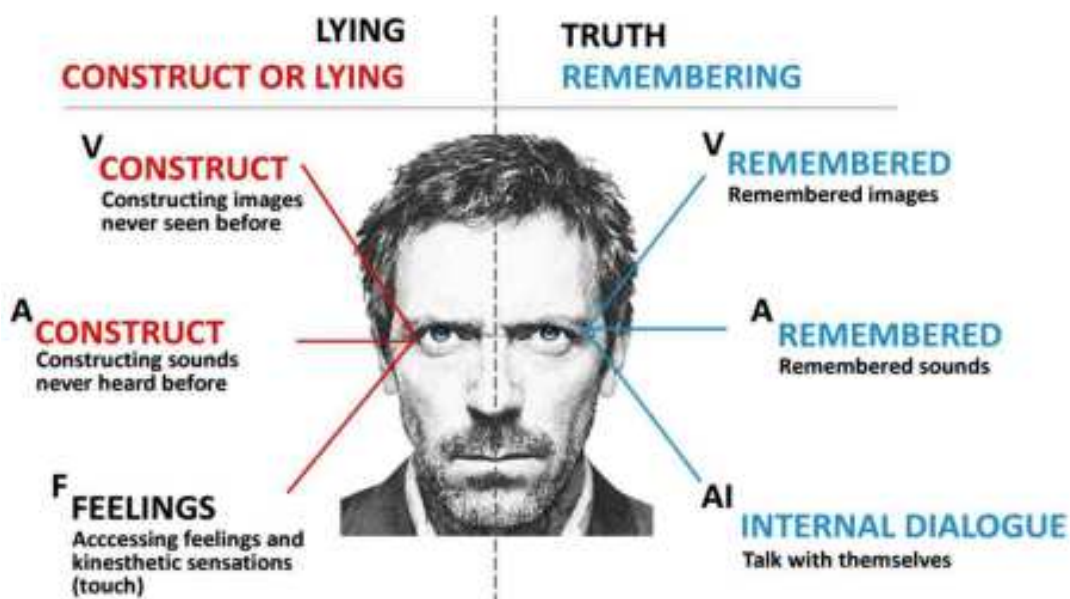
Afirma-se, em resumo, que o hemisfério esquerdo é aquele de caráter racional, lógico e matemático, ao passo que o direito é intuitivo, criativo e artístico.

Assim, toda vez que se depara com uma indagação feita por uma pessoa, busca-se num hemisfério a resposta daquela memória: se aquela memória representar algo já vivido, presenciado, lembrado, estar-se-á acionando o hemisfério esquerdo. Todavia, se se tiver que criar algo, estar-se-á acionando o hemisfério direito. É como disse acima os pesquisadores Bear, Connors e Paradiso: **corrente elétrica passada num campo visual**

frontal faz com que haja um movimento rápido para o campo motor dos neurônios estimulados!

É facilmente perceptível o uso destas informações quando se estiver diante de um interrogatório ou de oitiva de uma vítima ou testemunha: se o movimento ocular ocorrer para o lado esquerdo, a pessoa estará buscando na memória uma lembrança vivida e, portanto, verdadeira; se, entretanto, acionar o hemisfério direito, estará criando uma história e, portanto, mentindo.

Veja a imagem abaixo para entender os movimentos oculares:



Na imagem, vê-se também que há uma associação entre os movimentos oculares da esquerda e da direita como também para os movimentos oculares relativos ao sistema representacional utilizado pela pessoa: movimento para cima indica campo visual, movimento linear indica campo auditivo e movimento para baixo indica campo cinestésico.

Estas informações, portanto, são mais um instrumento que pode ser utilizado pelo juiz, promotor de justiça ou delegado, para entender se a pessoa está dizendo a verdade ou mentindo.

Entretanto, algumas observações são importantes:

- estas observações dos movimentos oculares não possuem valor absoluto, mas servem como mais um **meio de prova!** E como tal, possui valor relativo, devendo ser cotejada com os demais elementos de prova existentes no processo, nos termos do art. 155, do Código de Processo Penal (CPP);
- os movimentos oculares não indicam **o que** a pessoa está pensando, mas **como** ela está processando a informação e buscando na memória a resposta;
- estes movimentos oculares não são infalíveis, ou seja, podem ser burlados, podem ser diferentes em pessoas que possuam algum desvio de comportamento, como psicopatias, por exemplo. Neste caso, o profissional deverá sempre testar perguntas e observar os movimentos oculares. Muitas vezes, a pessoa pode simplesmente não apresentar movimentos oculares ou fixar seu olhar num ponto, o que faz com não haja acesso ao hemisfério utilizado. No caso dos canhotos, não há unanimidade na literatura médica: alguns indicam que os hemisférios são invertidos; outras pesquisas indicam que apenas 15% dos canhotos possuem os hemisférios invertidos e outras indicam que

são ambidestros do ponto de vista dos hemisférios. A solução é a observação!

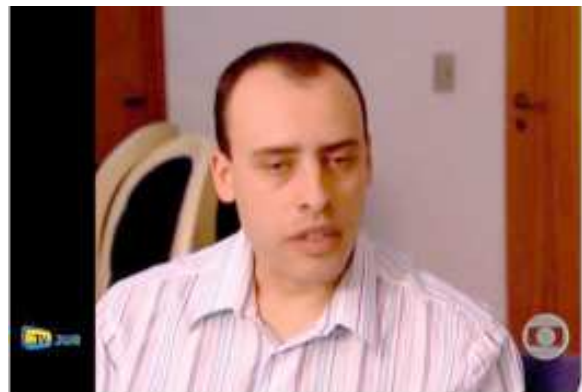
4 ANÁLISE DE MOVIMENTOS OCULARES NUM CASO REAL

A seguir serão mostradas algumas imagens da entrevista concedida pelo casal Alexandre Nardoni e Anna Jatobá, condenados pela morte da filha Isabella Nardoni, que foi jogada pela janela do apartamento do casal na cidade de São Paulo.⁴ A entrevista foi concedida pelo casal ao jornalista Valmir Salaro da Rede Globo de Televisão e foi levada ao ar no dia 20 de abril de 2008 no programa Fantástico.⁵

Partes da Entrevista:

Valmir Salaro: “Como vocês estão se sentindo com a morte da Isabella, uma morte tão trágica?”

Alexandre: “Nós somos assim uma família, eu e Anna Carolina, como podemos dizer: uma família como qualquer uma outra [...]”



Movimento ocular para baixo e à esquerda indica sensações e sentimentos construídos

Valmir Salaro: “Vocês estão sendo acusados de um crime grave. Como é suportar esta acusação?”

Alexandre Nardoni: “Tá sendo muito difícil! Sabendo como somos: fomos sempre muitos (sic) unidos!”

⁴ A menina Isabella de Oliveira Nardoni, de cinco anos de idade, foi jogada da janela do prédio onde seu pai, Alexandre Nardoni, morava com a esposa, Anna Jatobá, e seus dois filhos. O casal alegava que uma pessoa teria invadido o apartamento e cometido o crime. Entretanto, ambos foram condenados pela morte da filha. Suas penas foram 31 e 26 anos de prisão, respectivamente.

⁵ Visitem o Canal no Youtube para assistir este e outros vídeos. Disponíveis em: <<https://www.youtube.com/playlist?list=PLLMKSA4FhtTfTRfnTNS0Eo456kkLN5qZU>>. Inscrevam-se no Canal para receber notificações: <www.youtube.com/FernandoBolque>.



Movimento ocular para baixo e à esquerda indica sensações e sentimentos construídos

Valmir Salaro: “A vida de vocês mudou depois daquela noite de sábado!”

Alexandre Nardoni: “Nossa família agora é incompleta!” “Eles tinham que conhecer, ao menos um pouquinho, para fazer este julgamento”.



Movimento ocular para baixo e à esquerda indica sensações e sentimentos construídos

Valmir Salaro: “Vocês passaram quase 15 horas na delegacia sendo interrogados. Como foi este interrogatório?”

Alexandre Nardoni: “Eu não consigo explicar a maneira como estão fazendo com a gente”.



Movimento ocular para baixo e à esquerda indica sensações e sentimentos construídos

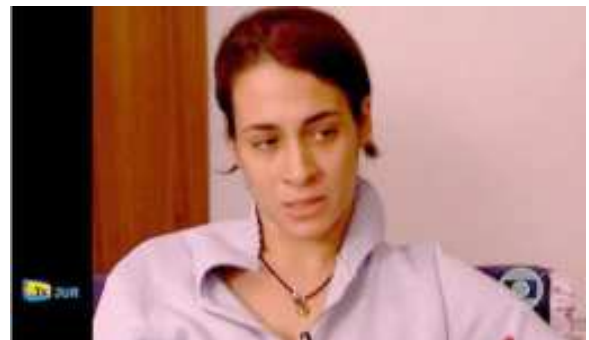
Valmir Salaro: “Alguma vez o senhor bateu na sua filha?”

Alexandre Nardoni: “Nunca... nunca eu encostei um dedo nela”.



Movimento ocular para baixo e à esquerda indica sensações e sentimentos construídos

É interessante observar que todas as respostas de Anna Jatobá foram para a direita. Entretanto, ela é **canhota!**





Reconstrução do crime no momento em que Anna Jatobá agride Isabella dentro do carro. Note que usa a mão esquerda

5 CONCLUSÕES

- Há necessidade de que os cursos de formação de promotores de justiça substitutos, juízes de direito substitutos e delegados de polícia, integrem nos seus currículos a formação de técnicas de neurolinguística. Isto, para que os profissionais possam se valer de outros instrumentos, além da formação jurídica, visando maior conhecimento sobre o comportamento humano;
- a verdade real será sempre uma *verdade histórica* e compete ao juiz e ao próprio promotor de justiça a sua reconstrução;
- é importante entender como o cérebro humano capta a informação, como ela é processada e, posteriormente, como ela é exteriorizada. Isto é importante para que se possa entender como as informações estão sendo trazidas pela vítima, testemunhas ou réu ao bojo do processo;
- sistemas representacionais são os meios pelos quais se representam internamente as informações que são colhidas no mundo real. O cérebro, em face de sua plasticidade transforma todas as informações em imagens, sons ou sensações;
- todas as pessoas possuem um sistema representacional prioritário. Entender este sistema é o primeiro passo para uma melhor compreensão dos fatos visando à obtenção da verdade histórica;
- *rapport* significa comunicação harmônica e é de suma importância no processo, posto que

com ela as partes têm a possibilidade de mais bem apresentar os fatos históricos vividos;

- os movimentos oculares são neurológicos, decorrentes de correntes elétricas cerebrais que fazem com os olhos se movimentem rapidamente ao hemisfério cerebral respectivo: esquerdo representa memória vivida; direito representa memória construída. Estas informações são mais um meio de prova que o promotor de justiça, o juiz de direito ou o delegado de polícia podem se valer para obter a verdade real.

REFERÊNCIAS

- BEAR, Mark F.; CONNORS, Barry W.; PARADISO, Michael A. *Neurociências: desvendando o sistema nervoso*. Tradução de Jorge Alberto Quilfeldt. 3. ed. São Paulo: Artmed, 2008.
- CPDPEDIA WIKI. Movimentos sacádicos. Disponível em: <http://pt-br.cpdpedia.wikia.com/wiki/Movimentos_sac%C3%A1dicos>. Acesso em: 20 jan. 2017
- FURLAN, Jô. PNL e neurociências. 26-7-2011. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/tecnologia/pnl-e-neurociencias/56962/>>. Acesso em: 20 jan. 2017.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Tratado jurisprudencial e doutrinário: direito processual penal*. v. 1. São Paulo: RT, 2012.
- O'CONNOR, Joseph. *Manual de programação neurolinguística*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2015. 11.^a reimpressão.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- PEREIRA, Eliomar da Silva. O problema da verdade na investigação criminal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, n. 91, 2011.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. O juiz penal e a pesquisa da verdade real. In: PORTO, Hermínio Alberto Marques; SILVA, Frederico Marques da (Org.). *Processo penal e constituição federal*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

ROBBINS, Anthony. *Poder sem limites*. 19. ed. Rio de Janeiro: BestSeller, 2005.

VAZ, Denise Provasi. Estudo sobre a verdade no processo penal. In: *Revista Brasileira de*

Ciências Criminais, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, n. 83, v. 18, p. 163-183, março-abril de 2010.

WIKIPEDIA. Neurolinguística. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Neurolingu%C3%ADstica>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

Submissão em: 10 julho 2018.

Pareceres favoráveis em: 30 setembro 2018.

A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE DOS MEIOS DE PRODUÇÃO NO CONTEXTO DA EMPRESA E DO EMPRESÁRIO E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO ÂMBITO SOCIAL

Givanildo Nogueira Constantinov¹

1 INTRODUÇÃO

Fundada no caráter democrático e social da Constituição Federal de 1988, o princípio da função social da propriedade foi inserido no rol de Direitos Fundamentais, mais precisamente em seu artigo 5.º, incisos XXII e XXIII, além de constar, igualmente, como elemento basilar a garantir a ordem econômica.

Dentro desse panorama, o legislador passou a ter a intenção, quando da edição das normas infraconstitucionais, de seguir os ditames Constitucionais, sobretudo no atual Código Civil, de modo que se buscou modificar, diante da mudança de paradigma, o conceito de Direito de Propriedade, na medida em que o avanço social e, por conseguinte, do ordenamento jurídico, propiciou o entendimento de que, além de ser uma garantia individual, aludido Direito deveria atender aos anseios da coletividade.

Com base nesse ideal é que se iniciou a reflexão acerca da atividade empresarial, sobretudo no que diz respeito aos meios de produção, que anteriormente eram regidos, única e exclusivamente, pelas expectativas do empresário, quais sejam, de auferir lucro e cumprir todas as suas necessidades comerciais. Neste contexto, a função social se encaixou nas responsabilidades do proprietário.

Entretanto, referido princípio não foi inserto como requisito obrigatório à atividade empresarial,

com o intuito de limitar o empresário e modificar a gênese de sua atividade (a obtenção de lucro). Muito ao contrário, o legislador buscou aliar tal atividade, bem como suas finalidades costumeiras, com as necessidades da sociedade, de modo que o empresário passou a exercer papel de fundamental importância no âmbito social, na medida em que visa a buscar o bem estar da coletividade e não somente o próprio.

Diante da importância da atividade empresária, o legislador também editou dispositivos legais com o fim de fiscalizar o exercício empresarial, para coibir abusos e arbitrariedades, justamente porque o mau uso dos meios de produção não afeta somente o empresário, mas, sim, todos os indivíduos que circundam sua empresa, sejam como consumidores, trabalhadores, etc. Todavia, mesmo a fiscalização, por parte do Estado, deve ser exercida de maneira moderada e responsável, razão pela qual, surgiu o princípio da preservação da sociedade.

Esse princípio assegura a observação da presença de todos os requisitos necessários à dissolução empresarial, o que causa diversos abalos sociais e individuais à pessoa do empresário. Frisa-se, neste sentido, que esse rigor, no que concerne ao processo de desconsideração da personalidade jurídica de uma empresa, é regulado pelo atual Código Civil, por meio do instituto *disregard doctrine*, justamente para conferir segurança jurídica ao empresário.

¹ Givanildo Nogueira Constantinov é doutorando em Direito pela FADISP – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM) “Tutela dos Direitos Supra Individuais” e, Especialista em Direito Ambiental pela mesma Universidade. Assina a obra “Biossegurança & Patrimônio Genético: tutelas de urgência, responsabilidade civil, responsabilidade social, proteção do patrimônio genético” (2007), além de diversos artigos. É autor do capítulo denominado “Novos Paradigmas do Crédito Ambiental” na obra “Direito Ambiental: o meio ambiente e os desafios da contemporaneidade” (2010); do capítulo “A Defesa em Juízo do Meio Ambiente: aspectos das Ações e do Processo”, na obra “Tutela Jurídica do Meio Ambiente e Desenvolvimento” e também do capítulo “O crime de violação de direito autoral: reflexões sobre o acesso à Justiça e estudo à luz do princípio constitucional da intervenção mínima”, na obra “A Constitucionalização do Direito: seus reflexos e o acesso à justiça” (2015). É Magistrado de carreira no Estado do Paraná-Brasil.

Em virtude, portanto, da importância da atividade empresarial e da regulamentação constitucional acerca da necessidade de que ela seja exercida em consonância com o princípio da função social, surgem dispositivos infraconstitucionais com o fim de regulamentar tal atividade, reforçando seu caráter coletivo e sua importância para a coletividade.

Por essas razões, pode-se dizer que é consolidado o entendimento de que o empresário, ao longo dos anos, passou a deter papel fundamental em nossa sociedade, não apenas no âmbito comercial, mas também social, na medida em que diversos indivíduos dependem, se beneficiam e são afetados, das mais variadas maneiras, a partir das atividades empresariais e de seus meios de produção.

2 O SURGIMENTO DA EXPRESSÃO “FUNÇÃO SOCIAL” NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SEUS REFLEXOS NA INTERPRETAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO, SOBRETUDO NA DINÂMICA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E NO CONCEITO DE PROPRIEDADE

A primeira menção à expressão *função social da propriedade* foi inicialmente empregada na Constituição de 1967, em decorrência da edição da Emenda Constitucional 69, na parte relativa à Ordem Econômica. Dentro deste contexto, porém, é imperioso destacar que o Texto Constitucional de 1946 já havia introduzido a noção de *função social*, ao condicionar o Direito de Propriedade ao bem estar social (CASTRO, 2008, folhas 61-62).

A atual Constituição seguiu o mesmo panorama. Todavia, inovou ao inserir a propriedade privada e a correspondente necessidade de

observação da sua *função social* no rol de direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5.º, incisos XXII e XXIII), mantendo-a entre as bases imprescindíveis à preservação da ordem econômica, prevista no artigo 170, incisos II e III, da Carta Magna.

Desde então, verificou-se um fortalecimento e recorrentes discussões acerca da possibilidade de coexistência, ou não, entre o Direito de Propriedade com seus atributos tradicionalmente reconhecidos (especialmente ao seu caráter absoluto) e à observância ao dever de propiciar a tão requisitada função social.

Desta forma, a doutrina se posicionou, à luz do Texto Constitucional, no sentido de que os indivíduos, caso observassem a *função social* de seus bens, quando das suas administrações, teriam tutela garantida ao Direito de Propriedade². Ressalta-se, por oportuno, que esse posicionamento se deu em razão do fato de que a *função social* passou a integrar a estrutura conceitual de propriedade (MORAES, 1999, p. 106-108, *passim*; GONDINHO, 2000, p. 398 e 419).

Vale consignar, portanto, que esse novo pensamento, bem como a mudança de paradigma acerca do princípio da função social como requisito de garantia de tutela do Direito de Propriedade, tanto do ponto de vista dos Direitos Fundamentais quando como diretriz norteadora da ordem econômica, provocou reflexos nas normas infraconstitucionais posteriores, conforme se verifica do texto dos artigos 1.228, § 1.º, e 421, ambos do Código Civil, assim como das normas contidas na Lei n.º 11.101, de 2005, especialmente em seu artigo 47. Cumpre destacar, ainda, os artigos 116, parágrafo único, e 154, ambos da Lei n. 6.404, de 1976, porquanto também fazem referência à expressão *função social*, muito embora sejam anteriores à atual Constituição.

O surgimento da necessidade de observância ao princípio da função social da propriedade e, por

² Cumpre destacar que Moraes (1999, p. 73) assevera que: “Se hodiernamente o direito individual sobre as coisas impõe deveres em proveito da sociedade e dos não-proprietários, em virtude do princípio da função social, e se a propriedade só é garantida na medida em que garante sua função social, já se pode concluir que ela, como princípio-garantia, reflete em dois sentidos diversos: garante ao proprietário a inviolabilidade do seu domínio quando a satisfaz, impedindo que o legislador ou administrador público empreendam disciplina e atividade diversas, sob o mesmo fundamento; e garante aos interessados medidas idôneas a combater atos incompatíveis com o fundamento da atribuição do domínio, ou em razão dele, quando não atendido o princípio da função social da propriedade”.

consequência, da mudança de interpretação do Direito de Propriedade, repercutiu, igualmente, no âmbito do Direito Empresarial. Sobre o tema, é curial tecer breves considerações, com o intuito de compreender o significativo impacto causado neste ramo jurídico, em virtude, justamente, da nova perspectiva apresentada.

De início, vale dizer que o Direito Empresarial sofreu modificações a partir da vigência do Código Civil de 2002, tendo em vista que foi incluído, no respectivo diploma legal, o Livro II, que regulamenta as relações mantidas na seara empresarial, uma vez que tais regulamentações, até então, eram previstas apenas no Código Comercial de 1850.

Em razão da inovação do atual Código Civil, foi adotada, em nosso Direito, a *Teoria da Empresa*³ e, por isso, houve alterações consideráveis no que tange à noção de empresário, de modo que seu conceito foi ampliado, abarcando diversas atividades econômicas identificadas na atualidade, consoante disposto no artigo 966, do Código Civil. De fato, assim dispõe o Código Civil:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Assim, a atividade empresarial não ficou restrita às exercidas pelo comerciante e à atividade de mercancia – como se verificava no Código Comercial de 1850.⁴

Neste diapasão, impende dizer, muito embora o Livro II, do Código Civil, tenha alterado os conceitos atinentes ao Direito Empresarial, que o legislador infraconstitucional, ao criá-lo, não assinalou expressamente que a empresa e o empresário deveriam se ater à função social quando da realização de suas atividades nas relações empresariais. Frisa-se, neste ponto, que essa ausência provocou críticas por parte da doutrina⁵, uma vez que o legislador deveria ter acompanhado as disposições constitucionais, dentre elas, a de que a função social é um princípio norteador da ordem econômica (CF, art. 170, III).

No entanto, mencionada ausência em nada prejudica as disposições em comento. Isso porque, ao proferir análise hermenêutica e sistemática entre os teores do texto constitucional e do Código Civil, bem como da Lei de Sociedades Anônimas (anterior, vale dizer, à Constituição Federal de 1988), chega-se à ilação de que não há óbices ao reconhecimento da obrigatoriedade à observância do princípio da função social pela empresa e pelo empresário.⁶

Sobre tal obrigatoriedade, deve ser ressaltado que o legislador condicionou, ao longo dos dispositivos do atual Código Civil, o exercício do Direito de Propriedade e as relações contratuais à observância ao princípio da função social, como ocorre nos artigos 421 e 1.228, § 1.º, do aludido Código; o que se conclui, portanto, é que o princípio em comento foi definido como uma das diretrizes gerais para a dinâmica das relações jurídicas presentes no âmbito privado, incluídas nestas, por corolário lógico, as de cunho empresarial.

Em assim sendo, a figura da empresa, enquanto principal expressão das relações econômicas identificadas na atualidade deve primar, necessariamente, pelo atendimento da função social

³ “A Teoria da Empresa é um sistema novo de disciplina privada da atividade econômica organizada, ou seja, da que se destina à exploração econômica, com fins lucrativos e de forma mercantil na organização de pessoas, mediante o empresário individual ou sociedade empresária” (DINIZ, 2013, p. 13).

⁴ Com relação à mudança de perspectiva com adoção do sistema do empresário a partir do Código Civil de 2002 e abandono do sistema tradicional contido no Código Comercial de 1850, cf. Bulgarelli (1995, p. 15).

⁵ Quanto à incoerência da ausência de qualquer referência à função social do empresário ou da empresa com o conjunto principiológico do Código Civil de 2002, cf. Bulgarelli, (1995, p. 203). Em relação a esta mesma crítica, cf. Simão Filho e Pellin (2015, p. 46).

⁶ Aqui cumpre destacar o apontamento realizado por José Diniz de Moraes (1999, p. 71): “A função social da propriedade é antes de tudo uma concepção com eficácia e incidência direta no próprio Direito de Propriedade, prescindindo de indicação legislativa específica necessária, que permite elevá-la à dignidade de um princípio geral de Direito que deve ser observado pelo intérprete”.

ao desempenhar suas atividades, consoante previsão Constitucional (CF, art. 170, III). Em complemento, com a intenção de reforçar essa determinação, o Conselho da Justiça Federal editou, durante a I Jornada de Direito Civil, o Enunciado 53, que propõe que se deve levar em conta o princípio da função social na interpretação das normas relativas à figura da empresa, em razão da ausência de referência expressa para tanto.

A função social da empresa, diante de todo o exposto, enquanto função social da propriedade dos meios de produção, implica na mudança de concepção do Direito de Propriedade, de modo que o princípio da função social incide em seu próprio conceito, modificando-o, já que a propriedade industrial e, por conseguinte, as atividades lá exercidas, devem observar, além dos interesses de seu proprietário, as disposições Constitucionais. Com isso, as normas de Direito Privado sobre a propriedade estão em consonância com o texto constitucional, de modo que é possível afirmar que a função social da empresa afeta diretamente as atividades empresariais.

3 O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS MEIOS DE PRODUÇÃO EM CONTRASTE COM A LIVRE INICIATIVA E CONCORRÊNCIA: A IMPORTÂNCIA DA ATIVIDADE EMPRESARIAL NO CONTEXTO SOCIAL

A observância, por parte das empresas, da função social, é realizada concomitantemente com suas demais atividades, que são exercidas de forma incisiva no âmbito social, já que exerce influências sobre diversas áreas, como econômica, familiar e fiscal.

Assim, todas essas atividades, além de serem desempenhadas concorrentemente, devem ser exercidas de maneira harmônica e coerente, já que as relações empresariais, por natureza, visam à livre iniciativa e à livre concorrência (DINIZ, 2013, p. 15-16), elementos indispensáveis à obtenção do lucro, entretanto, devem elas observar ao princípio da função social, motivo pelo qual, este tema é merecedor de melhor análise.

Em primeiro plano, cumpre salientar que à

interdependência das atividades desempenhadas pela empresa, nos dizeres de Bulgarelli (1995, p. 166):

se acrescem os deveres da empresa para com a sociedade e consequentemente sua responsabilidade, ficando-se autorizado a conferir-lhe, por isso, uma função social consequente com a ideia natural de bem público [...] vem-se dando ênfase a essa posição da empresa no cenário da sociedade, que ultrapassa de muito a antiga colocação como mera organização produtiva, no âmbito da teoria dos atos de comércio.

A partir desse conceito, torna-se pertinente apontar a definição de Reale (2015):

A empresa é a organização dos fatores de produção, isto é, natureza, capital e trabalho, no exercício da atividade econômica que promove a produção e a circulação de bens ou serviços, com a finalidade lucrativa. Ela é marcada pela profissionalidade.

A atividade empresarial, portanto, além de possuir finalidade lucrativa, é importante mecanismo social, na medida em que abarca inúmeros indivíduos, seja criando empregos e relações de consumo, interferindo no equilíbrio ambiental ou até mesmo fornecendo significativas receitas fiscais ao Estado, por exemplo. Por esses motivos, a empresa deve se ater à sua função social, justamente por influenciar a sociedade como um todo. Ou seja, o empresário deve observar e respeitar as disposições constitucionais para que sua atividade seja exercida em sua plenitude.

Sopesadas as definições fundamentais quanto à empresa, chega-se à ilação de que seu conceito repousa sobre o fundamento de ordem econômica, consistente na organização dos fatores de produção pelo empresário, visando à obtenção de lucro e submetendo-se ao risco da atividade. Além disso, para compreender o atendimento do princípio da função social, por parte da empresa, é preciso delinear a classificação que abarca bens de consumo e de produção, não se conferindo relevância à diferenciação entre bens móveis e imóveis, conforme apresenta Moraes (1999, p. 144):

Bens de produção, segundo a noção corrente, seriam aqueles tendencialmente idôneos à produção de outros bens ou idôneos a serem diretamente empregados no processo produtivo; enquanto bens de consumo, ao contrário, seriam aqueles destinados a ser destruídos no momento da satisfação da necessidade ou, então, destinados a uma utilidade estritamente individualista. Tal distinção não se funda na natureza ou consistência dos bens, mas na sua destinação econômica.

Essa classificação é importante na medida em que boa parte da doutrina se posiciona no sentido de que somente os bens de produção estão submetidos ao princípio da função social, de modo que os bens de consumo e de uso continuariam a ser atribuídos aos particulares para a satisfação estrita das suas necessidades.⁷

Frisa-se, ademais, que o Direito de Propriedade dos meios de produção, no contexto empresarial, bem como sua necessidade de atender o princípio da função social, se opera de maneira dinâmica e, neste sentido,

concebe-se a propriedade dentro de uma perspectiva dinâmica, da propriedade sobre os bens de produção, não se concebe a propriedade como um poder que expresse apenas uma relação de pertença, ou seja, o direito do titular da coisa de mantê-la protegida de qualquer pretensão alheia, nesse caso, o problema fundamental passa a relacionar-se com a fiscalização e disciplina do abuso de poder. Cuidando-se da função contida no emprego dos bens de produção no processo produtivo (MEZZANOTTI, 2003, p. 38-39).

Segundo Eros Roberto Grau, há convergência e interdependência entre função social da propriedade e a função social da empresa:

Aí, incidindo pronunciadamente sobre a propriedade dos bens de produção, é que

se realiza a função social da propriedade. Por isso se expressa, em regra, já que os bens de produção são postos em dinamismo, no capitalismo, em regime de empresa, como função social da empresa (GRAU, 2000, p. 258).

Neste cenário, importa dizer que o poder de controle não se confunde com o conceito de propriedade, porquanto aquele não se configura como Direito Real, de caráter absoluto, mas, sim, como sendo capacidade de organização e de direção. A problemática envolvendo essa conceituação surge do fato de que, dentro do regime capitalista, o poder de controle empresarial se funda na propriedade do capital ou dos títulos-valores representativos do capital da empresa (TEIZEN JÚNIOR, 2009).

Assim, sendo a função social da empresa uma de suas atividades, ela pode ser caracterizada como organizada, o que justifica a imposição de determinadas obrigações e responsabilidades, além da própria disciplina jurídica da empresa que, em si, é suficiente para constituir limitação, no que concerne à liberdade de iniciativa (TEIZEN JÚNIOR, 2009).

Outra atividade exercida pela empresa é a criação de seus meios de produção e, diante do caráter concomitante e harmônico das funções empresariais, ela se encontra em consonância com a função social, de modo que o proprietário deve, necessariamente, utilizar seus meios de produção de maneira compatível com o interesse da coletividade. Em razão disso, a função social da empresa deve ser entendida como o respeito aos direitos e interesses dos que circundam a empresa. Ademais, a observância à função social, por parte da empresa, independe de sua forma jurídica (seja ela responsabilidade limitada, sociedade anônima, etc.).

⁷ Neste sentido, cf. Comparato (1986, p. 71-79, *passim*). Todavia, interessante ressaltar a posição contrária à doutrina majoritária de Moraes (1999, p. 146-148), que afirma que: “toda propriedade apta a satisfazer determinada função social, num determinado momento e lugar, atrai para si essa obrigação social de satisfazê-la. [...] O que se pode sustentar, com acerto, é que sobre os bens de produção recai maior carga de interesse social e que a incidência do princípio da função social é mais contundente, visto que a satisfação de necessidades sociais é causa da sua atribuição: a produção de riquezas, precipuamente a empresa (organização de uma atividade produtiva), e por se tratar, em muitos casos, de uma vera potestade. É a razão por que o art. 170 da CF consigna que a ordem econômica, entre outros princípios a serem observados, deve observar a função social da propriedade.”. Ademais, segundo Gondinho (2000, p. 430), “a função social da propriedade deve incidir sobre todos os bens, pois o Texto Constitucional não prevê exceções à regra.”.

Surge, a partir dessa obrigação, a expressão “função social da empresa”, que se opera de maneira dinâmica, diante das características dos meios de produção empresariais. Porém, por muito tempo se pensou que ela era contraditória, conforme explicações seguintes:

É imperioso reconhecer, por conseguinte, a incongruência em se falar numa função social das empresas. No regime capitalista, o que se espera e exige delas é apenas a eficiência lucrativa, admitindo-se que, em busca do lucro, o sistema empresarial como um todo exerça a tarefa necessária de produzir ou distribuir bens e de prestar serviços no espaço de um mercado concorrencial. Mas é uma perigosa ilusão imaginar-se que, no desempenho dessa atividade econômica, o sistema empresarial, livre de todo controle dos Poderes Públicos, suprirá naturalmente as carências sociais e evitará os abusos: em suma, promoverá a justiça social (COMPARATO, 1996, p. 45).

O empresário, por meio da organização, dinamiza suas atividades, utilizando-se, para tanto, de seus bens e da mão-de-obra e, caso não haja organização, a empresa passa a ser conjunto de bens e de pessoal inativo. Ou seja, para haver produção e, conseqüentemente, a atividade empresarial, é necessário haver certo grau de organização.

Sendo a empresa ativa e, portanto, economicamente produtiva, sua função social será exercida de maneira natural e harmoniosa, ante a organização presente; em contraponto, caso haja má gestão, a função social será prejudicada. Neste sentido,

Diante da análise da origem do direito de retirada, inserido no Código Civil de 2002, há que se indagar se é possível o seu exercício indiscriminado, uma vez que a retirada de um sócio muitas vezes pode acarretar na dissolução da sociedade, conforme, aliás, previsto e permitido pelo parágrafo único do art. 1.029, prejudicando, portanto, a sua função social. Melhor dizendo, a retirada de um sócio pode acabar por comprometer ou impedir a empresa de cumprir o seu objeto social, inclusive sacrificando direito de empregados e de

outras pessoas que dependam direta ou indiretamente da atividade econômica desenvolvida pela sociedade (fornecedores, adquirentes de matéria-prima, etc.) (WALD, 2005, p. 42).

Neste diapasão, Franco (2008, p. 131) assevera, sobre a função social, que “a expressão é por demais ampla para que se lhe possa determinar o conteúdo mediante a atribuição taxativa de determinados comportamentos ao empresário.”

Sobre o assunto, Duguit formulou o conceito de função social baseando-se na solidariedade como fenômeno de convivência, uma vez que observou que os indivíduos de uma sociedade estão unidos por dois motivos: porque eles têm necessidades em comum, que não podem ser satisfeitas ordinariamente, bem como porque esses indivíduos, ao contrário, têm necessidades e aptidões diferentes (DUGUIT, 1975), influenciando, assim no entendimento de propriedade ao considerá-lo como função social e não como direito individual.

Embora haja indeterminação semântica sobre o princípio constitucional da função social da propriedade, é certo que ele faz com que a atividade empresarial ultrapasse o âmbito individual, ingressando, assim, na seara coletiva, tendo em vista que o empresário deve atender, primariamente, às necessidades da sociedade. Justamente por isso é que aludido princípio foi inserido, na Constituição, como formador da ordem econômica.

Por todo o exposto é que Comparato (1970) afirma que a propriedade sob a forma de empresa não somente detém função social, mas é função social. Para ele, a atividade empresarial deve ser exercida pelo empresário nas sociedades mercantis a partir do interesse social, em detrimento do interesse próprio.

Partindo do pressuposto de que a atividade empresarial é função social, ou seja, de que a liberdade de iniciativa empresarial, uma vez inserida no contexto constitucional, há de ser exercida não somente tendo como escopo o lucro, mas também como instrumento de realização da justiça social (melhor distribuição de renda) com a devida

valorização do trabalho humano, como forma de assegurar a todos existência digna⁸, chega-se à conclusão de que o lucro não se legitima por ser mera decorrência da propriedade dos meios de produção, mas como prêmio ou incentivo ao regular o desenvolvimento da atividade empresarial, segundo as finalidades sociais estabelecidas em Lei.

Com isso, a liberdade de iniciativa figura como algo transcendental a uma garantia individual, podendo ser definida, em consequência, como ferramenta técnica de produção social, em que se insere o sistema de mercado que, por sua vez, tem seus objetivos previstos juridicamente (COMPARATO, 1970).

A perspectiva atual, no que diz respeito à exploração empresarial, aliada ao fato de que a atividade do empresário está ligada aos anseios sociais, é diferente da verificada anos atrás (ALMEIDA, 2003, p. 144), ao passo que a empresa é entendida como expressão da vontade do seu titular e de todos os que com ele colaboram, bem como da sociedade civil em que está inserida (COMPARATO, 1986, p. 76). Em decorrência disso, o que se busca é o desenvolvimento sustentável, comum aos interesses coletivos, de modo que a complexidade da atividade empresarial foi ampliada, motivo pelo qual, o sistema jurídico sofreu relevantes alterações.

É possível depreender, portanto, que o princípio da função social da empresa implica consequências que podem, ou não, ser favoráveis ao empresário ou ao sócio empresário, consoante Mamede (2013, p. 48) ensina:

O princípio da função social da empresa reflete-se tanto a favor, quanto em detrimento do empresário ou sócio da sociedade empresária, já que se retira deles a faculdade de conservação ou exercício arbitrário da empresa, temperando a titularidade desta com interesses públicos, o que pode levar, inclusive, à desapropriação da atividade econômica organizada ou,

ainda, à sua transferência compulsória a outrem, como na hipótese de falência. Essa possibilidade, por si só, recomenda cuidado para impedir a verificação de arbítrio estatal sobre os agentes privados; a aplicação do princípio da função social da empresa não pode desrespeitar os direitos dos titulares da empresa – total ou parcialmente –, já que há proteção constitucional para a livre iniciativa e para a propriedade, embora deva essa atender à função social, o que fecha o círculo e recomenda ao jurista prudência, bom-senso, para equilibrar os valores opostos, exigindo-lhe equidade.

Em outras palavras, o estabelecimento de uma ordem econômica, que tem por objetivo a realização da justiça social por intermédio da proteção do consumidor, da busca do pleno emprego, da redução das desigualdades sociais, etc., condiciona não apenas a ação do Estado, mas as ações de toda a sociedade, principalmente dos titulares das empresas.

A liberdade individual de iniciativa empresária não torna absoluto o direito ao lucro, colocando-o acima do cumprimento dos grandes deveres de ordem econômica e social, igualmente expressos na Constituição. A liberdade de iniciativa econômica, por sua vez, está sujeita apenas às limitações impostas pela função social, enumeradas pela ordem jurídica vigente. É justamente nesse campo limitado que o poder econômico vai encontrar as condições necessárias para seu exercício de forma legítima (exercício regular do domínio econômico).

Por esse conceito, visto que a empresa está inserida na ordem econômica como agente organizador da atividade produtiva e gestora de propriedades privadas, conclui-se que a limitação constitucional, que condiciona a livre iniciativa e a propriedade a uma função social, repercute diretamente na empresa, impondo-lhe também uma função social à semelhança do que ocorre com o contrato.

⁸ Neste sentido destaca Comparato (1996, p. 6) que: “A liberdade de iniciativa, entendida como liberdade de criação empresarial ou de livre acesso ao mercado, somente é protegida enquanto favorece o desenvolvimento nacional e a justiça social. Trata-se, portanto, de uma liberdade meio ou liberdade condicional.” Ainda assim, vale ressaltar a observação realizada por Gondinho (2000, p. 399): “O direito de propriedade, embora não seja concedido ou reconhecido em função da sociedade, deve ser exercido em função desta, produzindo e abrigando, e não servindo de reserva de capital a enriquecer o seu domínio, em detrimento dos objetivos fundamentais de nossa República de construir uma sociedade justa e solidária.”

De qualquer maneira, o regime jurídico da empresa está estritamente vinculado ao regime jurídico da propriedade dos bens de produção e, o regime jurídico da iniciativa econômica está vinculado ao regime jurídico da empresa, sendo a propriedade dos bens de produção verdadeira propriedade em regime de empresa.

Ao mesmo tempo, é correto afirmar que a livre iniciativa é saudável para o desenvolvimento do Estado, desde que também observados os outros princípios da ordem econômica, que são a valorização do trabalho humano, para assegurar a existência digna, além daqueles expressos no capítulo da Ordem Econômica, estabelecidos no artigo 170 da Constituição de 1988. A chave, portanto, é o equilíbrio por parte do empresário e do Estado para que a sociedade seja a grande beneficiada, até porque, eventuais abusos ou aplicações incorretas das normas são prejudiciais.

4 O INSTITUTO *DISREGARD DOCTRINE* COMO INSTRUMENTO DE MELHOR EFICÁCIA PARA A FISCALIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS: IMPLICAÇÕES NEGATIVAS QUANDO DA SUA APLICAÇÃO ARBITRÁRIA

O artigo 50 do Código Civil prescreve que “em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”. Vale ser ressaltado que esse dispositivo legal detém, em sua gênese, a ideia de função social da propriedade.

Registra-se que o desvio de finalidade na atividade empresária (pessoa jurídica), como importante demonstração de desvio da própria função social da sociedade empresária, ocasionará ao empresário que assim agir os danos oriundos da chamada teoria da desconsideração da personalidade jurídica, a fim de que os bens particulares dos sócios possam ser atingidos por

credores e por terceiros lesados, caindo o manto protetor da pessoa jurídica (AMARAL, 2008, p. 132-133).

Depreende-se, portanto, que o princípio da preservação da sociedade empresária tem se constituído como a principal preocupação do Direito de Empresa contemporâneo, diante do inegável abalo social produzindo uma tendência de generalizar, inadvertidamente, a aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. Deve-se verificar atentamente, se estão presentes os pressupostos reconhecidos pela doutrina como ensejadores de sua aplicação, para, somente depois, em caso de resposta afirmativa, proceder-se à sua efetiva aplicação (BRASIL, 2013, p. 89). Este também é o posicionamento jurisprudencial:

CIVIL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DO ABUSO DA PERSONALIDADE. ART. ANALISADO: 50, CC/02. 1. Ação de prestação de contas distribuída em 2006, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 05/07/2013. 2. Discute-se se o encerramento irregular da sociedade empresária, que não deixou bens suscetíveis de penhora, por si só, constitui fundamento para a desconsideração da personalidade jurídica. 3. A criação de uma sociedade de responsabilidade limitada visa, sobretudo, à limitação para os sócios dos riscos da atividade econômica, cujo exercício, por sua vez, a todos interessa, na medida em que incentiva a produção de riquezas, aumenta a arrecadação de tributos, cria empregos e gera renda, contribuindo, portanto, com o desenvolvimento socioeconômico do País. 4. No entanto, o desvirtuamento da atividade empresarial, porque constitui verdadeiro abuso de direito dos sócios e/ou administradores, é punido pelo ordenamento jurídico com a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, medida excepcional para permitir que, momentaneamente, sejam atingidos os bens da pessoa natural, de modo a privilegiar a boa-fé nas relações privadas. 5. A dissolução irregular da sociedade não pode ser fundamento isolado para o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, mas, aliada a fatos concretos que permitam deduzir ter sido o esvaziamento do patrimônio societário arditosamente provocado de modo a impedir

a satisfação dos credores em benefício de terceiros, é circunstância que autoriza induzir existente o abuso de direito, consubstanciado, a depender da situação fática delineada, no desvio de finalidade e/ou na confusão patrimonial. 6. No particular, tendo a instância ordinária concluído pela inexistência de indícios do abuso da personalidade jurídica pelos sócios, incabível a adoção da medida extrema prevista no art. 50 do CC/02. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (STJ - REsp: 1395288 SP 2013/0151854-8, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 11/02/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/06/2014).

O princípio da preservação é gênero em que a continuidade das atividades compõe a espécie. E nele se encontra similitude com a guarida ao patrimônio mínimo, na hipótese inerente à manutenção do empreendimento (BRASIL, 2013, p. 89).

Desta maneira, o que se vê é que o legislador, ao erigir o princípio da preservação da sociedade empresária como fundamento estruturante do Livro II, do atual Código Civil, gerou repercussões, como a manifesta incompatibilidade com o abuso na utilização do instituto da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica que, por seu turno, era para se constituir em situação excepcional, muito embora a realidade do cotidiano forense demonstre exatamente o inverso, isto é, o desvirtuamento e a aplicação exagerada da *disregard doctrine*.

Verçosa (2006, p. 105) defende que o abuso do instituto da *disregard doctrine* desestimula a atividade empresária, causando insegurança aos agentes econômicos e eventualmente os afastando da opção pelo exercício daquela, com prejuízo para a economia como um todo. Da desconsideração generalizada da personalidade da pessoa jurídica, tal como se tem verificado em diversas áreas do Direito, deve-se passar à sua reconsideração, com o fortalecimento da atividade empresária.

Neste sentido é o Enunciado n. 51, aprovado pela Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação de Ruy Rosado de Aguiar, na ocasião Ministro do Superior Tribunal

de Justiça. Traz assim o texto:

Enunciado n. 51: Artigo 50. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica – *disregard doctrine* – fica positivada no Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microsistemas legais e na construção jurídica sobre o tema.

Portanto, tem lugar a teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica com a prévia e atenta verificação se estão presentes os pressupostos reconhecidos pela doutrina como ensejadores de sua aplicação, para, somente depois, em caso de resposta afirmativa, proceder-se à sua efetiva aplicação (ALVIM, 1997, p. 211), garantindo-se a ampla defesa e o devido processo legal (CF, art. 5.º, LIV e LV).

Assim, a teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica possui um estreito liame com o princípio da preservação da sociedade empresária. A teoria da *disregard doctrine of legal entity* não postula a invalidade, irregularidade ou dissolução da sociedade empresária.

Ao contrário, por desconsideração da autonomia patrimonial se entende tomar por episodicamente ineficaz o ato constitutivo da pessoa jurídica, ou seja, a sociedade empresária será ignorada apenas no julgamento da conduta fraudulenta ou abusiva da pessoa que a utilizou indevidamente, permanecendo existente, válida e eficaz em relação a todos os demais aspectos no plano de sua existência jurídica. Em outros termos, os demais negócios jurídicos celebrados pela pessoa jurídica, que não se encontrarem diretamente relacionados com a fraude ou abuso a coibir, são preservados em sua validade e eficácia (BRASIL, 2013, p. 89).

Isto significa que a teoria da *disregard doctrine* possibilita a coibição da fraude ou do abuso sem o comprometimento dos interesses que visam ao desenvolvimento da atividade empresária, que nenhuma relação guarda com a conduta fraudulenta ou abusiva justificadora da aplicação da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. E possibilita a preservação da sociedade empresária porque não se põe em questão a validade ou regularidade do ato constitutivo ou dos negócios e demais atos jurídicos praticados pela sociedade empresária (BRASIL, 2013, p. 89).

Naquele episódio, e somente nele, em que a autonomia patrimonial foi instrumento de fraude ou abuso, a sociedade empresária não será considerada, mas ignorada. Para as demais relações jurídicas ela continua sendo pessoa jurídica sujeita de direitos e obrigações no âmbito do ordenamento jurídico, instando destacar que Mezzanotti (2003, p. 50) ressalva que a adoção da *Disregard Doctrine of Legal Entity* possibilita que as empresas exerçam melhor a sua devida função social, bem como constitui instrumento de maior fiscalização à observância deste ditame constitucional (art. 170, III da CF).

5 ESPÉCIES DE FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E SUAS PREVISÕES INFRACONSTITUCIONAIS: APLICAÇÕES PRÁTICAS DOS MEIOS DE PRODUÇÃO E SEUS DESDOBRAMENTOS

A função social da propriedade, além de ser prevista constitucionalmente e no atual Código Civil, faz-se presente em outras Leis, sendo vinculada à atividade empresarial de forma imediata, podendo, ainda, ser dividida em duas espécies: endógena e exógena, de acordo com os fatores envolvidos (AMARAL, 2008, p. 119).

O caráter endógeno da função social diz respeito aos fatores empregados na atividade empresária no interior da produção. Assim, fazem parte dessa espécie as relações trabalhistas desenvolvidas no âmbito empresário, o ambiente em que o trabalho é exercido, os interesses dos sócios da sociedade empresária não implícitos na relação administradores-sócios, etc. (AMARAL, 2008, p. 119).

A função social da sociedade empresária em seu perfil exógeno leva em conta os fatores externos à atividade desenvolvida pela sociedade empresária. Nesse sentido, são compreendidos nessa espécie de incidência da função social da sociedade empresária: concorrentes, consumidores e o meio ambiente (AMARAL, 2008, p. 119).

Também há que se afirmar que a ordem econômica deve ser explicitamente fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. A valorização do trabalho humano, sob o ponto de

vista empresário, encontra-se dentre os fatores endógenos da função exercida pela sociedade empresária. No que se refere ao meio ambiente, aos consumidores, etc., tem-se expressa preocupação do legislador constituinte com fatores exógenos à função social da sociedade empresária, uma vez que estão voltados à coletividade em que ela exerce suas atividades (AMARAL, 2008, p. 121).

A função social da sociedade empresária, portanto, acarreta a superação do caráter eminentemente individualista, devendo o Direito Individual do seu titular coexistir com a funcionalização do instituto, desempenhando, pois, um papel produtivo em benefício de toda a coletividade. A atividade empresária, então, apresenta um caráter dúplice, uma vez que serve não só ao sujeito proprietário, como também às necessidades sociais (CASTRO, 2007, p. 138).

Em razão de seu caráter excepcional, já que visa a atingir tanto o empresário, quanto à coletividade como um todo, a atividade empresarial e, por conseguinte, o exercício de sua função social, são reguladas pela legislação infraconstitucional, como se verifica pelo conteúdo da Lei n. 6.404, de 1976 – Lei das Sociedades Anônimas – que faz referência expressa à função social da sociedade empresária em dois dispositivos, quais sejam:

Art. 116. [...]

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objetivo e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

[...]

Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

Os artigos em questão estabelecem a vinculação dos fins econômicos – finalidade precípua das sociedades empresárias – ao atendimento de exigências de natureza social, o que evidencia a própria função social. Nesse

sentido, não quis o legislador desvirtuar a atividade empresária, lucrativa por excelência, mas sim obrigar o respeito à construção de uma sociedade empresária melhor ajustada (equilibrada), de sorte a atingir o interesse (bem) público almejado pela coletividade (AMARAL, 2008, p. 133).

É lícito, portanto, inferir que independentemente de seu caráter privado⁹, a atividade empresária desenvolvida pelas sociedades anônimas faz com que a empresa venha a assumir também uma responsabilidade de cunho comunitário (COMPARATO, 1996, p. 38), não ficando adstrita apenas aos interesses particulares de sua sociedade controladora e/ou de seus administradores, mas também ao interesse comum de toda a comunidade em que está inserta (CAVALLAZZI FILHO, 2006, p. 122-123). Em outras palavras, no exercício da atividade empresária, reconhece a Lei que devem ser respeitados os interesses internos e externos à atividade empresária, ou seja, os interesses de capitalistas e trabalhadores, mas também os interesses da comunidade em que ela atua (TEIZEN JÚNIOR, 2004, p. 144).

Frisa-se, ademais, que a Lei n. 12.529, de 2011, também contribuiu para consolidação da função social da sociedade empresária de maneira explícita, tratando das questões relativas à concorrência no setor empresário. O artigo 1.º, da Lei em comento, ao arrolar suas finalidades, estabelece que:

Art. 1.º Esta lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.

Tal dispositivo elucida de maneira indubitosa os motivos que determinaram a criação do texto

normativo. A intenção do legislador foi justamente reprimir o abuso econômico, tutelando a livre iniciativa, mas viabilizando também a livre concorrência, o que levou em conta todos os demais princípios trazidos pelo artigo 170 da Constituição Federal, e atribuiu à coletividade a titularidade dos bens protegidos pela lei. Não há maior clareza para se determinar a existência de uma função social do que definir a coletividade (o povo) como titular dos bens que a Lei tutela. Isto é, tudo aquilo que for feito em virtude de tal texto legislativo terá por objetivo ser revertido em prol da coletividade (AMARAL, 2008, p. 136).

Com a previsão constitucional que derivou a tutela da função social da sociedade empresária em diversas Leis, como as anteriormente citadas e o atual Código Civil, observa-se que há diversas determinações a serem seguidas pelo empresário, com o escopo de assegurar o cumprimento da correta função da atividade empresarial, em relação à função social da propriedade dos meios de produção.

Simão Filho (2002) ao analisar o tema em foco afirma, categoricamente, que o empresário deve buscar um ponto de equilíbrio, obtendo o máximo de eficiência social, fazendo com que os custos sociais derivados das atividades mercadológicas sejam iguais aos benefícios sociais alcançados.

Neste sentido, bastante interessante é a sua observação (SIMÃO FILHO, 2002) relativamente ao modelo de conduta a ser seguido pelo empresário quanto:

- a) ao âmbito da atividade, visto que a empresarialidade tem uma função social e, para tanto, há liberdade para o exercício da atividade econômica organizada, sem necessidade de autorização governamental, salvo as exceções legais, dentro do princípio da livre concorrência;
- b) à forma de gestão que deverá ser exercida com cuidado e a diligência que um homem probo deve ter na administração negocial, procurando cumprir seu objeto social, dentro das exigências do bem comum

⁹ Carvalhosa (1997, p. 7) informa que, não obstante ser uma pessoa jurídica de direito privado, ressalta na sociedade anônima sua função social. Constituída em virtude de um contrato privado, a companhia, na medida em que atua no meio social como forma de organização jurídica da sociedade empresária, acaba por ser considerada uma instituição de interesse público, levando inclusive à ingerência do Estado nos atos de sua formação e atuação.

- (LINDB, art. 5.º) e da função social da empresa, servindo com lealdade, trabalhando com lisura, informando o mercado e os interessados de fatos que possam influenciar os investidores na negociação com valores mobiliários (Lei n. 6.404/76, arts. 153 a 157). Dever-se-á, ainda, promover a participação dos trabalhadores na gestão da empresa (CF, art. 7.º, XI);
- c) ao relacionamento com o mercado de capitais, não podendo obter vantagem ou lucro ilícito para si ou para outrem ou com a finalidade de gerar dano a terceiro; realizar operações simuladas ou fraudulentas, alterando, artificialmente, o funcionamento do mercado de valores mobiliários. Deverá atuar no mercado de capitais apenas se estiver autorizado pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e devidamente regularizado; manter transparência e completude na informação e cumprir sua obrigação de informar;
- d) às relações com o consumidor, pois deverá atender às suas necessidades e direitos básicos, respeitando sua dignidade, saúde, segurança, melhoria de qualidade de vida, procurando sempre informá-lo de modo claro, correto e objetivo sobre seus produtos e serviços, evitando publicidade enganosa, cláusulas abusivas, danos morais e/ou patrimoniais e adotando práticas protetivas nas relações de consumo;
- e) ao meio ambiente, observando a Política Nacional do Meio Ambiente, avaliando o impacto ambiental de sua atividade, evitando poluição e dano ao ambiente, procurando melhor ambiente de trabalho com reflexos na produtividade. Urge adoção de medidas que diminuam lesões ao meio ambiente decorrentes da exploração da atividade empresarial, para que se tutelem bens jurídicos imprescindíveis ao desenvolvimento sustentável da sociedade, garantindo um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. São imprescindíveis o reforço da função socioambiental da propriedade empresarial, garantindo a perpetuação das riquezas ambientais, mediante aproveitamento adequado dos recursos naturais disponíveis.

A empresa tem como um de seus principais objetivos minimizar as despesas e maximizar os lucros, economizando os meios de produção para que possa reduzir o custo final de produção e atingir um número maior de consumidores. Entretanto, deve ainda atuar na preservação do meio ambiente,

e tal dever se encontra no plano oposto de redução de custos das empresas, porque essa preservação ambiental envolve custos adicionais aos da atividade empresarial. Assim, a função social da empresa reclama a utilização sustentável dos recursos naturais por parte dela, compatibilizando desenvolvimento econômico e social com a preservação do equilíbrio ecológico e com a qualidade do meio ambiente.

Desta forma, outra relevante legislação que foi editada no intuito de cumprir os mandamentos de natureza constitucional foi a Lei n. 9.605, de 1998, que regulamenta questões relacionadas ao meio ambiente. Como visto, o Meio Ambiente é um dos fatores norteadores da ordem econômica, isto é, toda e qualquer atividade de natureza econômica há de respeitar e se responsabilizar pela manutenção do meio ambiente de maneira sustentável, sob pena de se desviar da função social da sociedade empresária, bem como de ocasionar ofensa a outro princípio da Constituição Federal, qual seja, o da dignidade da pessoa humana que é a base de todo o ordenamento jurídico brasileiro (AMARAL, 2008, p. 137).

O Código de Defesa do Consumidor é outro diploma que, inequivocamente, atém-se à necessidade de observância da função social pela sociedade empresária. Afinal, ao elaborar normas capazes de proteger os consumidores, responsáveis pela continuidade do sistema produtivo, impõe às sociedades empresárias, agentes do sistema de produção, deveres claros de respeito e atenção para com seus consumidores (AMARAL, 2008, p. 135).

Toda essa disposição legal acerca da atividade empresarial dá azo à criação da Teoria da Função Social da Empresa, que reforça o dever do empresário de observar os anseios da coletividade, quando do exercício de suas atividades, sobretudo dos meios de produção empresariais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em atenção ao estudo minucioso acerca do princípio da função social da sociedade empresária, no tocante aos seus meios de produção, pode-se dizer que a evolução social, bem como os valores empregados na confecção da Constituição Federal

de 1988, propiciaram mudanças profundas na atividade empresarial, que deixou de ser meramente de interesse individual, na medida em que, a partir do referido princípio, tal atividade passou a buscar o interesse coletivo, por meio de suas ações e funções.

Com essa mudança, toda a legislação pertinente precisou, igualmente, ser atualizada e adequada ao novo panorama apresentado, tanto no que concerne às garantias do empresário, quando do desempenho de suas atividades, quanto no que diz respeito à sua fiscalização, sendo neste contexto surge a Teoria da Função Social da Empresa que, em síntese, preceitua que o empresário e a sociedade empresária deverão ter o poder-dever de, no desenvolvimento de suas atividades, agir a serviço da coletividade.

Em assim sendo, no gênero função social, a espécie de empresa socialmente responsável é aquela que vai além dos ditames legais e contratuais, na busca de ideais comunitários e sociais, implementando programas mais sofisticados de governança corporativa, preocupando-se ativamente com o meio ambiente, inclusive o de trabalho, participando de atividades que se relacionam ao social, desenvolvendo políticas de relacionamentos com *stakeholders* por meio de códigos de melhores práticas e colaborando ativamente no que lhe concerne para um desenvolvimento sustentável, para a inclusão social, digital ou outra de qualquer natureza (HUSNI, 2007, p. 175-176). Neste sentido:

A previsão legal dos institutos que impõem a função social à propriedade e lhe delimitam a incidência é importante para diferenciá-la da responsabilidade social. A função social, prevista constitucionalmente, é dotada de coercitividade da própria norma que a prevê. Já a responsabilidade social é uma liberalidade do empresário, auxiliando terceiros que não estejam envolvidos em sua atividade empresarial (CASTRO, 2008, folhas 143-144).

Vale lembrar ainda que, apesar de ser estritamente relevante, a finalidade lucrativa da empresa não pode ser ignorada em favor da sua função social, porque dita função não deve ser de assistência social ou filantrópica. Portanto,

primeiramente, deve-se reconhecer que a função social nunca pode ocupar a função econômica da empresa nem usurpar seu meio de sobrevivência, que é a lucratividade. Neste sentido, é mister destacar que o Estado não se isenta de gerar bem-estar e justiça social para a nação, apenas pelo fato de as empresas passarem a assumir parte deste importante papel.

Neste sentido, insta destacar que

tem-se, então, que a busca da concretização de uma sociedade mais justa e solidária, com a efetiva participação da sociedade, exige a preservação das sociedades empresárias que adotem uma postura positiva no tocante à concretização dos Direitos Sociais. Essa responsabilidade e dever social das sociedades empresárias, por sua vez, não afastam os deveres inerentes ao Estado. Ao contrário, incumbe ao Estado não só concretizar políticas públicas destinadas à moradia, segurança, saúde e educação, como também, evitar práticas anticoncorrenciais de determinados grupos de sociedades empresárias. Estado e sociedade empresária, portanto, não mais atuam em setores distintos. Na verdade se completam (CASTRO, 2007, p. 143).

Em suma, a função social da empresa deve incluir a criação de riquezas e de oportunidades de emprego, qualificação e diversidade de força de trabalho, estímulo ao desenvolvimento científico e por intermédio de tecnologia almejar a melhoria da qualidade de vida por meio de ações educativas, culturais, assistenciais e de defesa do meio ambiente.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Christina de. A função social da empresa na sociedade contemporânea: perspectivas e prospectivas. In: *Revista de Direito Argumentum*, Marília, Ed. Universidade de Marília (Unimar), v. 3, 2003.

ALVIM, Thereza. Aplicabilidade da teoria da desconsideração da pessoa jurídica no processo falimentar. In: *Revista de Processo*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, n.º 87, jul.-set. 1997.

AMARAL, Luiz Fernando de Carmo Prudente. *A função social da empresa no direito constitucional econômico brasileiro*. São Paulo: SRS, 2008.

BRASIL. (Constituição). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL, Deilton Ribeiro. A disregard of legal entity doctrine versus o princípio da preservação da sociedade empresária. In: CALDA, Roberto Correia da Silva Gomes; NEVES, Rúbia Carneiro (Coord.). *Atuação empresarial no estado democrático de direito*. São Paulo: Clássica, 2013.

BRASIL. Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil* (suplemento), Brasília, DF, 17 dez. 1976.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Retificada a publicação no *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 jan. 2007.

BRASIL. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 fev. 1998, e retificada no *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 fev. 1998.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileira de Defesa da Concorrência, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem

econômica; altera a Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei n.º 7.347, de 24 de junho de 1985; revoga dispositivos da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n.º 9.781, de 19 de janeiro de 1999, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 1.º dez. 2011, e retificado no *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 2 dez. 2011.

BULGARELLI, Waldirio. *Tratado de direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 1995.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. v. I. São Paulo: Saraiva, 1997.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha. *Preservação da empresa no código civil*. Curitiba: Juruá, 2007.

CASTRO, Mariângela Conceição Vicente Bergamini de. O princípio da função social da propriedade: empresa. 2008. 177f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Marília, Marília, 2008.

CATEB, Alexandre Bueno; OLIVEIRA, Fabrício de Souza. Breves anotações sobre a função social da empresa. Disponível em: <www.amde.org.br>. Acesso em: 12 mar. 2015.

CAVALLAZZI FILHO, Tullo. *A função social da empresa e seu fundamento constitucional*. Florianópolis: OAB/SC Ed., 2006.

CAVALLI, Cassio. Apontamentos sobre a função social da empresa e o moderno direito privado. In: *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, n. 22, abr.-jun. 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 3. 5. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil e a nova Lei de falências. São Paulo: Saraiva. 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. In: COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, ano 85, n. 732, out. 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 63, p. 71-79, 1986.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle nas S/A's*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DINIZ, Maria Helena. *Lições de direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2013.

DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del derecho: público y privado*. Traducido del Francés por Adolfo G. Posada, Ramon Jaen y Carlos G Posada. Buenos Aires: Heliastias, 1975.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais*. Campinas: Bookseller, 2002.

FERRONATO, Paula. A empresa no novo Código Civil: elemento unificador do direito privado. In: *Revista dos Tribunais*, a. 95, v. 843, jan. 2006.

FRANCO, Vera Helena de Mello. A função social da empresa. In: *Revista do Advogado*, São Paulo, Ed. OAB, ano 28, v. 96, p. 125, mar. 2008.

GAMA, Guilherme Calmo Nogueira da; BARTHOLO, Bruno Paiva. Função social da

empresa. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, n.º 857/96, mar. 2007.

GONDINHO, André Osorio. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 398-419.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

HUSNI, Alexandre. *Empresa socialmente responsável: uma abordagem jurídica e multidisciplinar*. São Paulo: QuarterLatin, 2007.

MAMEDE, Gladston. *Empresa e atuação empresarial*. São Paulo: Atlas, 2013.

MEZZANOTTI, Gabriela. *A disciplina da empresa: reflexos da autonomia privada e da solidariedade social*. Novo Hamburgo: Feevale, 2003.

MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999.

REALE, Miguel. O direito de empresa no novo Código Civil. In: Jus navigandi. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br>>. Acesso em: 12 mar. 2015.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. v. 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo, Malheiros, 1995.

SIMÃO FILHO, Adalberto. Nova empresarialidade: uma visão jurídica reflexa da ética na atividade empresarial no contexto da

gestão e da sociedade da informação. Tese (Doutorado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2002.

SIMÃO FILHO Adalberto; PELLIN, Daniela. Nova empresarialidade aplicada à recuperação judicial de empresas. In: Revista Paradigma. Disponível em: <<http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/viewFile/41/48>>. Acesso em: 12 mar. 2015.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. A empresa e sua função social. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 65, jun 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6142>. Acesso em: 21 mar. 2015.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. *A função*

social no código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial: teoria geral das sociedades: as sociedades em espécie do Código Civil*. v. II. São Paulo: Malheiros, 2006.

WALD, Arnaldo. *Comentários ao novo código civil: livro II: do direito de empresa*. v. 14. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Submissão em: 17 agosto 2018.

Pareceres favoráveis em: 14 outubro 2018.

CIDADES DIGITAIS E A PROTEÇÃO À PRIVACIDADE NA SOCIEDADE VIGIADA

Hilton da Silva¹

RESUMO

A informação tem assumido grande relevância na denominada sociedade da informação, isso porque nova forma de organização social, política e econômica, vem surgindo com o uso de novas tecnologias, as quais facilitam a coleta, a produção, o processamento, a transmissão e o armazenamento de dados, expondo a intimidade e a vida privada da pessoa, principalmente quando essas novas tecnologias são usadas nas cidades sob a justificativa de proporcionar mais segurança e comodidade aos seus cidadãos coletando suas informações e as controlando sem muitas das vezes uma percepção clara do próprio cidadão, obrigando-o a viver em uma sociedade vigiada. Assim, o presente estudo se propõe a uma reflexão sobre cidade digital e a proteção ao direito à privacidade na sociedade vigiada.

Palavra-chave: Cidades digitais; Direito à privacidade. Sociedade da Informação. Vigilância líquida.

ABSTRACT

Information has become very important in the so-called information society, because a new form of social, political and economic organization has been emerging with the use of new technologies, which facilitate collection, production, processing, transmission and storage especially when these new technologies are used in cities under the justification of providing more security and convenience to their citizens by collecting their information and controlling them often without a

clear perception of the citizen himself, forcing him to live in a watched society. Thus, the present study proposes a reflection on the digital city and the protection of the right to privacy in the society under surveillance.

1 INTRODUÇÃO

As cidades, com o uso da internet e das novas tecnologias, têm propiciado mudanças no cotidiano das pessoas da sociedade brasileira. Continuamente, novas ferramentas capazes de classificar, selecionar, tirar e controlar as informações dos indivíduos, são disponibilizadas e esse conglomerado técnico informacional. Fato que resulta na possível mitigação dos direitos definidos como fundamentais do indivíduo pela Constituição Federal brasileira de 1988, como é o caso do direito à *intimidade e vida privada*, ambos previstos no artigo 5.º, inciso X, da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Diante dessa possível mitigação de um direito tido como fundamental, o presente estudo se justifica, servindo como meio de contribuição para uma reflexão a cerca do direito à privacidade e sua proteção como direito fundamental na sociedade da informação, em específico nas cidades digitais. Para tanto, o texto se iniciará com considerações sobre a cidade, passando para a cidade digital com características informacionais para então refletir sobre a proteção da privacidade na sociedade vigiada, concluindo pela manutenção da proteção ao direito à privacidade como um direito fundamental.

¹ Mestre em Direito na Sociedade da Informação e Pós-Graduado com título de Especialista em Direito Empresarial Contemporâneo pelas Faculdades Metropolitanas Unidas e em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito Empresarial e Direito Tributário da Faculdade de Tecnologia do Estado de São Paulo. Assessor da 20.ª Turma do Tribunal de Ética da Ordem dos Advogados de São Paulo. Advogado.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE CIDADE

Pode-se dizer que as cidades são como atores sociais complexos e de múltiplas dimensões que incluem e realizam uma articulação entre administrações públicas (locais ou não), agentes econômicos públicos e privados, organizações sociais e cívicas, setores intelectuais e profissionais e meios de comunicação social, ou seja, entre instituições políticas e sociedade civil (CASTELLS; BORJA, 1996).

A cidade, historicamente, surge pelo fato das pessoas se relacionarem, seja por desejo ou necessidade, a fim de promoverem entre si, proteção, produção e trocas de bens e serviços (LEITE, 2012, p. 72). No descrever de Lewis Mumford (In: *A cidade na história*. Tradução Neirl R. da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 38-39, *apud* LEITE, 2012, p. 72), a cidade, a partir das suas origens é:

[...] com uma estrutura especialmente equipada para armazenar e transmitir os bens da civilização e suficientemente condensada para admitir a quantidade máxima de facilidades num mínimo espaço, mas também capaz de um alargamento estrutural que lhe permite encontrar um lugar que sirva de abrigo às necessidades mutáveis e à formas mais complexas de uma sociedade crescente e de sua herança social acumulada. A invenção de formas tais como o registro escrito, a biblioteca, o arquivo, a escola e as universidades, constituiu um dos feitos mais antigos e mais característicos da cidade.

Conceitua-se cidade dizendo:

[...] ela pode ser compreendida como centro populacional permanente, altamente organizado, com funções urbanas e políticas próprias, espaço geográfico transformado pelo homem pela realização de um conjunto de construções com caráter de continuidade e contiguidade. Espaço ocupado por uma população relativamente grande, permanente e socialmente

heterogêneo, no qual existem atividades residencial, de governo, industrial e comercial, com um grau de equipamento e de serviços que assegure as condições de vida humana (ROCHA, 1999, p. 4).

Para Silva (2006, p. 26), “cidade, no Brasil, é um núcleo urbano qualificado por um conjunto de sistemas políticos-administrativo, econômico não-agrícola, familiar, simbólico como sede do governo municipal, qualquer que seja sua população.”.

A autora Silva (2004) entende que, apesar das diferentes definições de cidade, alguns pontos comuns são percebidos como: a cidade como um espaço material de relações, um lugar onde a cidadania faz sentido, um misto de representações, uma referência de lugar, um palco da política e um local onde estão presentes os dilemas do cotidiano.

Alinhados os pontos comuns de definição da cidade, passa-se a detalhar os aspectos informacionais na cidade digital.

3 A CIDADE DIGITAL NO CONTEXTO INFORMACIONAL

Com o surgimento e desenvolvimento tecnológico no uso das novas tecnologias e diante das necessidades de potencializar e complementar a organização das cidades reais, que eram essencialmente comerciais e/ou industriais, surgem as cidades digitais², baseadas no conhecimento e enquanto a informação é parte essencial de todo o processo produtivo e social, sendo elas concebidas para prover uma infraestrutura sobre a qual a sociedade informacional pode se consolidar, visando facilitar a vida das pessoas e criar canais democráticos de comunicação e informação (HOLANDA, 2006), podendo ser as pessoas conectas por uma infraestrutura de comunicação digital referenciando-se à cidade real, incluindo um espaço de manifestação política e cultural às pessoas e grupos e governos (ZANCHETTI, 2001, p. 313).

Guerreiro tenta trazer um conceito de cidades digitais, aplicado à realidade brasileira:

² Toffler (1995) foi um dos primeiros autores, em 1980, a definir cidade digital como o estágio evolutivo de capacitação de uma comunidade em um sistema tecnológico de informação com o objetivo de reestruturação interativa da vida social.

[...] ambiente ou plataforma de rede digital [...] que interliga sistemas tecnológicos avançados para conectar serviços públicos, bens, marcas, escolas, organizações do terceiro setor, empresas, micro e macrocomunidades de pessoas, disponibilizando informações em diversas ordens e padrões com o propósito de desenvolver as potencialidades da sociedade de informações e transformar o cidadão em ator e protagonista de uma outra realidade: a virtual (GUERREIRO, 2006, p. 221-222).

As cidades digitais se relacionam, como conceito, com as redes digitais, arquitetura física como um espaço híbrido e fluido e são constituídas de múltiplas e inteligentes camadas baseadas em interação em tempo real, comunicação, novas formas de organização, política e relações de poder, controle, localização baseada em conteúdo e informação que vem alterando a concepção de espaço e a vida das pessoas, donde se encontra espaços³ que são inter-relacionados e se cruzam desbravando fronteiras, dominados por oposições como o familiar e o social, o público e o privado (HANDLYKKEN, 2011, p. 22-37).

Esse movimento de transformação das cidades em cidades digitais teve como um dos fatores de idealização a Nova Carta de Atenas (A NOVA, 2003), assim denominada em homenagem

a Carta de Atenas⁴, trazendo consigo um novo conceito-chave, a cidade coerente⁵. Essa nova Carta de Atenas, no dizer da professora Flávia Piva Almeida Leite “pretende ser uma base para construir a cidade do futuro, tendo como princípios orientadores a “Coerência Social” a “Coerência Econômica” e a “Coerência Ambiental” (LEITE, 2012, p. 82-83). E continua a autora:

[...] trata das qualidades de uma cidade, centra-se nos seus habitantes e nas suas reais necessidades num mundo de grandes mudanças. A Nova Carta de Atenas de 2003 não atribuiu às cidades apenas quatro funções com na Carta de 1933, mas aponta novos conceitos e funções da cidade para o século XXI, tais como: a cidade para todos, cidade participativa, cidade refúgio, cidade saudável, cidade produtiva, cidade inovadora, cidade do movimento e da acessibilidade, cidade meio ambiente (ecológica/sustentável) (LEITE, 2012, p. 83-84).

Na busca de se manter na linha da pesquisa, dentre essas funções da cidade do século XXI apresentadas, a *cidade inovadora* é a que se destaca, por ser aquela que utiliza tecnologias de informação e comunicação⁶ nos processos de planejamento e gestão e permite o acesso dessas tecnologias a todos os cidadãos.

³ “A revolução da Internet não nega o caráter territorial das revoluções ao longo da história. Em vez disso, ela o estende do espaço dos lugares para o espaço dos fluxos;” (CASTELLS, 2013, p. 56).

⁴ “Carta de Atenas” - essa denominação indica pelo menos dois escritos distintos, produzidos por instâncias diferentes: o primeiro é a Carta de Atenas elaborada pelo 1.º Congresso Internacional de Arquitetos e Técnicos de Monumentos Históricos em 1913; o segundo é aquele redigido no âmbito do Congresso Internacional de Arquitetura Moderna (CIAM), a bordo do navio Patris II, em 1933.

Desse segundo documento, conhecem-se várias versões. A primeira corresponde à ata do IV CIAM, publicada nos Anais Técnicos da Câmara Técnica de Atenas. A segunda versão foi publicada por Le Corbusier em 1941, sob o título de “A Carta de Atenas”, em que o autor acrescenta tópicos e ênfases particulares ao conteúdo do documento dos Anais. A terceira, de autoria de Josei-Luis Sert, foi publicada nos Estados Unidos em 1942, como parte da obra: “Can Our Cities Survive?”. Há referência ainda a uma quarta versão publicada em holandês, cujo conteúdo confronta o texto de Le Corbusier com o da ata do IV Congresso. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/16/16133/tde-26042010-150955/.../10.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

A cidade moderna idealizada no texto da Carta de Atenas se organiza a partir das quatro funções-chave: habitação, trabalho, recreação e circulação. Funções que transcenderam a ciência da arquitetura e do urbanismo e ingressaram no ordenamento jurídico constitucional de 1988, como princípio constitucional da função social da cidade. A Carta de Atenas, a cidade é vista apenas pela sua funcionalidade. (LEITE, 2012, p. 81-83).

⁵ A Cidade Coerente integra um conjunto variado de mecanismos de coerência e de interligação que atuam a diferentes escalas; incluem tantos elementos de coerência visual e material das construções, como os mecanismos de coerência entre as diversas funções urbanas, as redes de infraestruturas e a utilização das novas tecnologias de informação e comunicação (ANOVA, 2003, p. 28).

⁶ A infraestrutura de Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) existente nas cidades, a utilização das TIC na gestão e em políticas públicas, a oferta de e-serviços e o uso das TIC para o acesso à informação pública e participação são insumos para reflexão e tomada de decisão nos governos locais. (MIRANDA; CUNHA, 2014, p. 65-70, p. 65-70).

Assim, nessa nova roupagem, há possibilidade, ao menos no discurso, de tentar reorganizar as cidades existentes, na relação entre o espaço urbano (e suas práticas) e as tecnologias digitais de informação e comunicação e o governo (*e-Gov*)⁷, para a promoção de vínculo social, inclusão digital, democratização do acesso à informação, permitindo um melhor e maior exercício da política pelo indivíduo-cidadão digital, ou o *cibercidadão*, quando da interação entre os cidadãos e o Governo, em tempo real.

Nesse sentido, Dias e Matos (2012, p. 173), manifestam-se dizendo que a cidade se constitui “como um ator político fundamental e polo central de articulação entre sociedade civil, iniciativa privada e as diferentes instâncias governamentais, devendo ser capaz de incentivar a cooperação social na busca de respostas integradas a diversos problemas.”.

Desse modo a contínua transformação da tecnologia da comunicação, amplia o alcance dos meios de comunicação para todos os domínios da vida social, em uma rede que é simultaneamente global e local, genérica e personalizada, em um padrão em constante mudança, uma mudança fundamental que é chamada de *autocomunicação*⁸. Contudo, essas transformações tecnológicas podem afetar alguns dos direitos considerados fundamentais, como é o caso do direito à privacidade, do qual se busca a proteção e reflexão no presente estudo passando-se então a ponderá-lo.

4 A CIDADE DIGITAL E A PROTEÇÃO À PRIVACIDADE NA SOCIEDADE VIGIADA

Apesar das possíveis vantagens no uso das tecnologias da comunicação nas cidades digitais⁹ (CD's) apontadas até momento, o uso delas pode por em risco a garantia e a proteção da privacidade, pois, as novas tecnologias trazem consigo ferramentas capazes de coletar dados pessoais informacionais quando do uso do perfil nas redes sociais, na vigilância realizada por câmeras (públicas ou privadas), na construção, circulação e distribuição da informação, vendas e compra *on-line*, nas interações com o governo eletrônico por meio das comunidades (*chats*, fóruns, etc.) sem, todavia, um controle de sua utilização, sendo necessário discutir a criação e implementação de novas regras capazes de preservar os direitos fundamentais. É necessário avaliar quais padrões de interação social nessa nova formatação da cidade digital.

Nas palavras de Dupas (2001), “No cotidiano da pós-modernidade, a máquina é substituída pela informação e contato entre pessoas passa a ser mediado pela tela eletrônica. O mundo social se desmaterializa, transforma-se em signo e simulacro.”.

Essa interatividade informacional entre as pessoas é convertida em dados digitais e enviados remotamente por meio da rede, para uma estação

⁷ O tema Governo Eletrônico ingressou nas agendas governamentais como assunto de grande relevância, notadamente associado aos movimentos de reforma do Estado e transformações da administração pública na era da informação, visto por grande parte da literatura como um dos resultados do próprio processo de reforma, configurando-se como um dos instrumentos para a modernização da gestão pública e para dotar o governo de mais eficiência (FERNANDES, 2006).

As tecnologias e técnicas de Governo Eletrônico são utilizadas no mundo contemporâneo, principalmente via websites para estabelecer relacionamento, prover recursos de conhecimento (informação e serviços) aos usuários (*stakeholders*), particularmente cidadãos, empresas e outros órgãos governamentais (AZIZAN; SMITH; COOPER, 2011).

⁸ A autocomunicação de massa fornece a plataforma tecnológica para a construção da autonomia do ator social, seja ele individual ou coletivo, em relação às instituições da sociedade. [...] Assim, enquanto as redes de comunicação processam a construção de significado em que se baseia o poder, o Estado constitui a rede-padrão para o funcionamento adequado de todas as outras redes de poder. [...] é construído um espaço híbrido [...] conectando o ciberespaço com o espaço urbano numa interação implacável e constituindo, tecnológica e culturalmente, comunidades instantâneas de práticas transformadoras (CASTELLS, 2013, p. 15-20).

⁹ A cidade digital pode ser chamada de cidade informacional ou cibercidade (GUERREIRO, 2006, p. 55).

base. Os detentores dessa base podem ser o Estado, a indústria, a empresa, ou até mesmo um terceiro interessado. Tais detentores terão acesso a todos os dados pessoais, sejam sensíveis ou genéricos, público ou privado, estruturado ou não, permitindo identificar o perfil daquele(s) usuário(s), ou seja, os hábitos, os gostos, até a linha ideológica, poderão ser verificados a partir do monitoramento dos usuários. Situação que pode causar condições discriminatórias, como estabelecer perfis de suspeitos e então passar a vigiá-lo constantemente.

Nesse contexto, o risco de uma sociedade de vigilância ou cidade vigiada se apresenta factível como um produto das relações de mercado e porque não políticas (Estado), já que a tecnologia possibilita dispor livremente de um conjunto crescente de informações que são estrategicamente indispensáveis para determinadas empresas, que pretende dispor das características de possíveis destinatários de um produto ou serviço ou ainda como alvo de uma campanha publicitária. Ao Estado, dentro da cidade, poderá usar as informações reduzindo o indivíduo a uma peça, ou para servi-lo através do controle total, incluindo o pensamento e a redução do idioma.

Castells entende quanto à relação entre cidadãos e Estado, apesar de seu receio, que

as novas e poderosas tecnologias da informação podem ser colocadas a serviço da vigilância, controle e repressão por parte dos aparatos do Estado [...] Do mesmo modo [que], podem ser empregadas pelos cidadãos para que estes aprimorem seus controles sobre o Estado, mediante o exercício do direito a informações [...] (CASTELLS, 2008, p. 350).

Parte-se, então, para reflexão sobre a possibilidade de o Estado ser considerado um possível refém das empresas detentoras da tecnologia da informação que realizam a coleta dos dados, as quais podem mitigar a autonomia e a soberania do Estado. Por outro lado, pode o Estado (no contexto de quem governa) usar os dados pessoais para fins político-partidário, como, por exemplo, ter o acesso a informações de eleitores através de dados sigilosos de seus perfis podendo ajudar a determinados políticos a criar plataformas específicas para aquele público e através desse

instrumento expressar novas formas simbólicas, em que sua visibilidade será apresentada a partir desses dados, ainda que inverídicos.

No entanto, apesar do ambiente negativo mencionado, para o cidadão há sinais do crescimento de uma democracia se se considerarem os instrumentos de participação democrática (e-democracia), proporcionados pelas novas tecnologias, em que a participação do cidadão, através de canais digitais (e-participação), e a prática da cidadania por meios digitais (e-cidadania), representam a possibilidade de ampliação do espaço público e a consequente inserção organizada de setores diversos e cidadãos, nos processos de definição de políticas públicas. A democracia digital ou e-democracia envolve “todos os meios de comunicação que permitem empoderar o cidadão em seu esforço de incrementar a transparência do processo político e elevar o compromisso direto e participativo do cidadão.” (SANTOS et al, 2010, p. 2.049). Todavia, a democracia eletrônica pode se tornar uma democracia plebiscitária que favoreça regimes populistas, ou favorecer uma democracia deliberativa, com cidadãos ativos que possam participar do processo de decisão.

Na rede, as informações são passadas com maior alcance e velocidade, o que acaba gerando um mercado de informações destrutivas, alimentando vazamentos cuidadosamente calculados (CASTELLS, 2008, p. 395-397). Contudo, aparentemente, o objetivo é transformar uma sociedade de informação em uma sociedade de vigilância materializando assim “a imagem do ‘homem de vidro’, o verdadeiro cidadão desse novo mundo” (RODOTÀ; MORAES 2008, p. 113-114), podendo ter sua privacidade violada quando não mitigada a qualquer momento.

Através das novas tecnologias de informação, transformam-se a democracia de massa em uma democracia de público, com a participação de uma considerável parte da população, podendo inclusive converter-se no ideal da democracia direta ateniense. Em contrapartida, esses instrumentos informacionais determinam também uma imensa fragmentação social, através do controle de vigilância total (RODOTÀ, 2008, p. 141).

Com o desejo de estar mais seguro, as pessoas têm entendido ser a vigilância uma solução aceitável¹⁰, surgindo daí mais um dos conflitos pela busca da manutenção da proteção da privacidade. No Brasil, por exemplo, como sustentam Gomes e Garcez (2013), é o terceiro país mais violento da América do Sul, com taxas inferiores apenas a Colômbia e a Venezuela e, a participação cidadã se torna fator fundamental na construção de uma relação importante no enfrentamento e na reversão desse quadro. Assim, a vigilância esta em todos os ambientes que o cidadão frequenta, seja ele locais públicos ou privados de qualquer natureza, pois as câmeras estão prontas para registrarem todos os movimentos e, em muitos casos, até o som do ambiente.

As redes sociais, por sua vez, usam de meios tecnológicos para processar e transmitir na velocidade do pensamento, o conjunto de dados sequenciais, coletados e transformados por ferramentas tecnológicas de sons, diálogos, fotografias, vídeos, possibilitando, determinar com margem de segurança e precisão, detectar onde se encontra a pessoa, numa aparente ou invasão ou ameaça à privacidade. Bauman (2013, p. 65), chama a atenção para a constante e intermitente vigilância da pessoa por meio de tecnologia que coletam os dados sensíveis pessoais com fatores que podem contribuir para a construção de perfis de minoria indesejáveis, gerando uma potencial exclusão social ou ao contrário, favores grupos não excluídos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As cidades denominadas digitais têm provocado aos seus cidadãos diversos desafios comportamentais, dos quais se procurou com o

presente artigo, destacar a reflexão sobre o direito à privacidade, buscando sua proteção diante da possível mitigação com o uso das novas tecnologias.

É importante dizer que a coleta de dados pessoais tem mais de uma fonte, ou seja, a coleta de dados pode ser realizada por câmeras instaladas no meio ambiente privado e público, sejam fixas ou móveis, tudo sobre a justificativa de (in)segurança lançada pelo Estado, ou quando não pela própria necessidade de fiscalização ou lazer. Contudo, concluiu-se que não se pode deixar que, sob o pretexto de (in)segurança, o direito à privacidade seja afrontado, pois, é um grande equívoco acreditar que se está seguro ao instalar câmeras em residências ou nos espaços públicos. Ademais, esse ato pode ser considerado uma forma de exercício do poder estatal em detrimento da opressão ao cidadão, em específico quando se fala sobre os seus direitos de privacidade. Além disso, uma sociedade de vigilância ou cidade vigiada se apresenta factível como um produto das relações de mercado e porque não políticas (Estado), já que a tecnologia possibilita dispor livremente de um conjunto crescente de informações que são estrategicamente indispensáveis para determinadas empresas, que pretende dispor das características de possíveis destinatários de um produto ou serviço ou ainda como alvo de uma campanha publicitária.

Essa constante vigilância, que levou da vigilância líquida alicerçada por Bauman, que vem alertar sobre a desconstrução daquilo que era sólido e passou a ser líquido. Em outras palavras, os cidadãos estão diante de uma nova (des)construção social, econômica e política de modo a não conseguir mais discernir se a perda de um direito, posto como fundamental nos moldes constitucionais, pode ser prejudicial ou não para o indivíduo titular daquele direito. Tudo acrescido pelo

¹⁰ Pesquisas recentemente efetuadas na Espanha acerca do tema do conflito entre a privacidade e a segurança pública, segundo as quais se apresentaram às pessoas situações de conflitos especialmente polemicamente e atuais como os relacionados às atividades policiais e luta contra o terrorismo, redundando na necessidade de vigilância acirrada nas comunicações privadas, demonstraram que a maioria dos entrevistados foi favorável à proteção da segurança pública e fiscalização das comunicações privadas, relegando ao segundo plano a proteção à privacidade e intimidade. Observa-se que esta mesma pesquisa quando realizada no ano de 2006 gerou uma adesão de 44,81% de pessoas favoráveis e repetida em 2009, gerou a concordância de 50,56% demonstrando a contraposição por parte destas pessoas, a uma cultura política com relação ao tratamento de dados pessoais em momentos de tensão social, quando se está à frente de sistemas individuais protetivos como o relacionado à privacidade e intimidade (SORO, José Félix Muñoz; OLIVER-LALANA, A. Daniel. *Derecho y cultura de protección de datos: un estudio sobre la privacidad en Aragón*. Madrid: Dykinson, 2012, p.128, *apud* SIMÃO FILHO; SCHWARTZ, 2016, p. 17).

desenvolvimento e utilização de novas tecnologias de informação e comunicação que mantém 24 horas do dia conectados, alimentando uma rede de dados com nossas informações, revelando a cada minuto os aspectos privados das vidas violando assim a própria privacidade ao expô-las publicamente.

Contudo, essa possível (des)construção social, política e econômica nas cidades digitais no contexto informacional da proteção à privacidade na sociedade vigiada, traz consigo grandes benefícios e malefícios. Os benefícios por propiciar uma maior participação do cidadão (cidadão-digital) tornando uma cidade mais democrática (e-democracia). Os malefícios, em específico quanto à privacidade, justificam-se em decorrência da informação dos cidadãos que são coletadas e armazenadas em banco de dados, sejam por câmeras, ou acesso a postais, ou fórum, chats, etc., podendo o Estado usar as informações reduzindo o indivíduo a uma peça, ou fazendo com que o indivíduo sirva ao Estado através do controle total, incluindo o pensamento e porque não a redução do idioma.

REFERÊNCIAS

AZIZAN, Nurdiana; SMITH, Ross; COOPER, Vanessa. Critical success factors for knowledge transfer via government websites. In: *Journal of E-Government Studies and Best Practices*, Norristown (Pensilvania, USA), Ed. Ibima, v. 2011.

A NOVA Carta de Atenas de 2003: a visão do Conselho Europeu de Urbanistas sobre as cidades do século XXI. Lisboa, novembro de 2003. Disponível em: <http://paginas.fe.up.pt/construcao2004/c2004/docs/SAT_02_carta%20atenas.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância líquida: diálogos com David Lyon*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade: a era da informação: economia, sociedade e*

cultura. v. 2. 6. ed. Tradução de Klaus B. Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CASTELLS, Manuel; BORJA, Jordi. As cidades como atores políticos. In: *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 45, p. 152-166, 1996.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos, processos*. São Paulo: Atlas, 2012.

DUPAS, Gilberto. *Ética e poder na sociedade da informação: de como a autonomia das novas tecnologias obriga a rever o mito do progresso*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. UNESP, 2001.

FERNANDES, Ciro Campos Christo. *Maturidade do governo eletrônico: análise de experiências estaduais (Projeto de Pesquisa) – Disciplina de Doutorado Gestão Estratégica da Informação*, São Paulo, Escola de Administração de Empresas de São Paulo, FGV, 2006.

GOMES, Carlos Alberto da Costa; GARCEZ, Maria Virgínia Sales. Bases da segurança pública em um futuro emergente: Brasil–Bahia. In: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM PLANEJAMENTO URBANO E REGIONAL (Anpur). *Anais...* v. 15, 2013.

GUERREIRO, Evandro Prestes. *Cidade digital: infoinclusão social e tecnologia em rede*. São Paulo: Senac, 2006.

HANDLYKKEN, Asne Kvale. Digital cities in the making: exploring perceptions of space, agency of actors and heterotopia. In: *Ciberlegenda*, Rio de Janeiro, Ed. Universidade Federal Fluminense, v. 0(25), n. 25, p. 22-37, 2011.

HOLANDA, Giovanni M. *As cidades digitais no mapa do Brasil: uma rota para a inclusão*

social. Brasília: Ministério das Comunicações, 2006. p. 61-82.

LEITE, Flávia Piva Almeida. *Cidades acessíveis*. São Paulo: SRS, 2012.

MIRANDA, Paulo Roberto de Melo; CUNHA, Maria Alexandra Viegas Cortez. Infraestrutura de tecnologia da informação: a plataforma de uma cidade inteligente. In: *TIC Governo Eletrônico 2013: pesquisa sobre o uso das TIC no setor público brasileiro*. São Paulo, Ed. CETIC, p. 65-70. 2014.

ROCHA, Júlio César de Sá. *Função ambiental da cidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

RODOTÀ, Stefano; MORAES Celina Bodin de (Org.). *A vida na sociedade de vigilância*. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stefano. *Vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. São Paulo: Renovar, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Michelle Tancman Candido da. A

(ciber)geografia das cidades digitais. In: *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*. Barcelona, Ed. Scripta Nova, v. VIII, n. 170, 2004.

SANTOS, Paloma M. et al. Governo eletrônico no Brasil: análise dos fatores críticos de sucesso e dos novos desafios. In: SIMPÓSIO ARGENTINO DE INFORMÁTICA E DIREITO (JAIIO), 39., 2010. *Anais...* Buenos Aires. 2010.

SIMÃO FILHO, Adalberto; SCHWARTZ, Germano Andréi Doederlein. Big data, big problema! Paradoxo entre o direito à privacidade e o crescimento sustentável. In: ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/OÑATI, 4., 2016. Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: CONPEDI, 2016.

TOFFLER, Alvin. *A terceira onda*. Tradução de João Távora. 20. ed. São Paulo: Record, 1995.

ZANCHETI, Sílvio Mendes. Cidades digitais e o desenvolvimento local. In: *RECITEC*, Recife, v. 5, n. 2, p. 313ss, 2001.

Submissão em: 27 julho 2018.

Pareceres favoráveis em: 17 outubro 2018.

**EL MONTO ESTIMADO POR LOS ACTORES NO
MARCA EL LÍMITE DE LA PRETENSIÓN**

**THE ESTIMATED AMOUNT BY ACTORS DOES NOT MARK THE LIMIT
OF PRETENSION**

**O VALOR ECONÔMICO ESTIMADO PELOS ATORES NÃO MARCA O LIMITE
DA PRETENSÃO**

**LE MONTANT ESTIMÉ PAR LES ACTEURS NO MARQUE LA LIMITE
DE LA PRÉTENTION**

*Jorge Pantoja Bravo*¹

RESUMEN

Luego de superar los obstáculos en su implementación en Colombia el Código General del Proceso, CGP, expedido mediante la Ley 1564 de 2012, entró a regir íntegramente desde el 1° de enero del año 2016 de conformidad con el Acuerdo No. PSAA15-10392 del 1 de octubre del 2015, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, vigente para toda la justicia ordinaria. Como toda nueva legislación genera expectativas y temores que se van decantando con el transcurrir del tiempo desempeñando un papel importante las decisiones judiciales que los litigantes aceptan o las controvierten en las diferentes instancias, generando jurisprudencia que es examinada por los estudiosos y apasionados del derecho. En el presente escrito se analiza el Juramento Estimatorio de las pretensiones económicas junto al principio de congruencia en la indemnización de perjuicios, planteando la posición consistente en que “el monto estimado por los actores no marca el límite de la pretensión sino la medida del daño”, sustentada con doctrina apoyada con la reciente jurisprudencia.

Palabras Clave. Daño, juramento estimatorio, principio de congruencia, incongruencia objetiva,

reparación integral, indemnidad de las víctimas, principio de equidad, infra petita, extra petita, plus petita, vertebración del daño.

SUMMARY

After overcoming obstacles in its implementation in Colombia, the General Code of Process, CGP, issued by Law 1564 of 2012, became fully effective on January 1, 2016 in accordance with Agreement No. PSAA15-10392 Of October 1, 2015, issued by the Administrative Chamber of the Superior Council of the Judiciary, in force for all ordinary justice. As all new legislation generates expectations and fears that are decanted with the passage of time playing an important role the judicial decisions that the litigants accept or controvert in the different instances come to cassation, generating jurisprudence that is examined by the scholars and passionate about law; Situation that is analyzed in the present writing regarding the Oath Estimatory of the economic claims together with the principle of consistency in compensation for damages, stating the position that “the amount estimated by the actors does not mark the limit of the claim but the measure of the Damage “, sustained by doctrine supported by recent jurisprudence.

¹ Catedrático Universitario y conferencista. Economista. Perito Financiero de la Fiscalía General de la Nación. Autor del libro “El Daño a la Persona y su Indemnización” (Bogotá: Leyer, 2017) (1.220 páginas); del libro “El Daño a la Salud” (Bogotá: Leyer, 2016) (1.169 páginas) e “Derecho de Daños” (Bogotá: Leyer, 2015) (3 Tomos).

Keywords. Damage, Oath Estimatory, principle of congruence, objective Incongruity, integral reparation, indemnity of the victims, principle of equity, infra petita, extra petita, plus petita, Vertebration of the damage.

RÉSUMÉ

Après le Code Général du Processus a surpassé les obstacles en son implémentation en Colombie, CGP, expédié au moyen de la Loi 1564 de 2012, a complètement commencé à régir depuis 1^o d'un janvier 2016 en conformité avec l'Accord Non. PSAA15-10392 du 1 octobre 2015, expédié par la Salle Administrative du Conseil Supérieur de la Judicature, en vigueur pour toute la justice ordinaire. Comme toute nouvelle législation suscite des attentes et des craintes qui sont décantant avec le passage du temps à jouer une décision judiciaire du rôle important que les justiciables acceptent ou controvert dans différentes instances atteint cassation, de la jurisprudence génération est examinée par les chercheurs et les amateurs la loi; la situation dont il est question dans le présent document en ce qui concerne le serment Dans l'évaluation des créances financières par le principe de la cohérence dans la réparation des dommages, ce qui soulève la position ne marque pas la limite de l'affirmation selon laquelle "estimé par le montant des acteurs, mais l'ampleur de la dommage", soutenu par la doctrine soutenue par la jurisprudence récente.

Mots-Clés. Le Serment Estimatorio, un principe de congruence, d'Incongruité objective, la réparation intégrale, l'immunité des victimes, un principe d'équité, infra petita, extra petita, petita en plus, vertebración du dommage.

RESUMO

Depois de superar os obstáculos na sua implementação na Colômbia, o Código Geral do Processo, CGP, emitido pela Lei 1564 de 2012, entrou em vigor a partir de 1º de janeiro de 2016 de acordo com o Acordo nº PSAA15-10392 do 1 de outubro de 2015, emitido pela Câmara Administrativa do Conselho Superior do Poder

Judiciário, em vigor para todos os tribunais ordinários. Como toda nova legislação gera expectativas e medos que são decantados com a passagem do tempo, desempenhando um papel importante as decisões judiciais que os litigantes aceitam ou controversem nas diferentes instâncias, gerando jurisprudência que é examinada pelos juristas. Este artigo analisa o Juramento afirmativo das reivindicações econômicas, juntamente com o princípio da consistência na compensação de danos, afirmando que "o valor econômico estimado pelos atores não marca o limite da reivindicação, mas a medida do dano", apoiado pela doutrina e jurisprudência recente.

Palavras-chave. Dano, juramento afirmativo, princípio de congruência, inconsistência objetiva, reparação integral, indenização das vítimas, princípio da equidade, infra petita, extra petita, ultra petita, vertebração do dano.

1 METODOLOGÍA

En el desarrollo de la investigación se emplearon: el método histórico-jurídico en el estudio de la evolución de la figura jurídica del Juramento Estimatorio y su impacto en la decisión judicial, analizada con el método jurídico comparado para el examen de legislación anterior con especial hincapié en el principio de congruencia, la reparación integral, equidad e indemnidad de las víctimas; bajo el método hermenéutico para el estudio e interpretación de los fallos recientes contemplando dos casos relevantes.

2 INTRODUCCIÓN

Para comenzar se requiere revisar el arraigado concepto según el cual el juez debe condenar sobre lo pedido, siéndole vedado condenar más allá de lo pedido; relación que no debe ser absoluta dado que la única limitación que tiene el juez en orden a establecer el *quantum* de la indemnización es la medida del daño y nada más que el daño, conforme a los elementos de persuasión regular y oportunamente allegados al proceso. Basta con que se dé la racionalidad

necesaria y una adecuación sustancial en donde la condena indemnizatoria está constituida solo por el monto que se pruebe, es decir, con lo probado en el proceso, ampliando el espectro dentro del cual el juzgador válidamente puede o debe moverse, hacia arriba o hacia abajo de esa cuantificación, sin caer, desde luego, en una resolución *infra petita* o *plus petita*.

Se presenta un caso de la jurisprudencia argentina del año 2015 en la cual el juez condena por 4,6 veces lo pretendido y dos casos nacionales que se analizan en extenso al final del presente escrito. El uno, trata de una demanda con una pretensión de 250 millones de pesos y en el transcurso del proceso se aportan dos dictámenes, uno de la parte que demanda y el otro de oficio, presentando una diferencia promedio con la pretensión de más de mil millones de pesos. En el otro caso la pretensión principal prospera, sin objeción o reparo alguno, pero el lucro cesante derivado de esta no se acepta, condenando al demandado por la sanción de Juramento Estimadorio y en costas.

Situación que nos lleva a analizar el principio de congruencia en la responsabilidad civil consagrado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil (C.P.C) que establece en su primer inciso: “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla [...]” (teniendo efectos la expresión “lo que se llegare a probar”), siendo viable condenar al demandado a pagar la suma pedida que, de ser mayor, aseguraba la eficacia jurídica las expresiones “o la que se pruebe”, o “la que resultare probada”, o “la que se probare en el proceso”, o cualquiera otra expresión de similar contenido, sin quedar subordinado al monto que de manera expresa fuera indicado. Esto, considerando la jurisprudencia vigente en el Código de Procedimiento Civil según la cual no hay impedimento en condenar por una suma mayor dado que el monto determinado está subordinado a lo que se llegue a probar, sin tener el juez ninguna restricción legal para disponerla en la extensión real y efectivamente demostrada del daño causado. En se sentido es de tener en cuenta que tanto el artículo 305 del C.P.C. como el artículo 206 del Código

General del Proceso (C.G.P.) vulneran de manera crasa el principio de indemnización integral del daño.

No obstante, el artículo 206 del CGP de manera taxativa en su inciso quinto, sobre la sanción al demandante, establece que el juez “no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio”. Además, serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento. Sin embargo, este mismo código en el artículo 283 (opera en consonancia con el artículo 16 de la Ley 446 de 1998), en su inciso final, consagra: “En todo proceso jurisdiccional la valoración de daños atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”. Es lo correcto privilegiar esta última disposición dado que la indemnización es integral, la víctima debe quedar en la posición más cercana antes de daño y, finalmente, ningún daño debe quedar sin resarcir; de tal manera que se pueda admitir, al contrario de lo que se desprende de esa tesis, que la única limitación que tiene el juez en orden a establecer el quantum de la condena está constituida solo por el monto que se pruebe y no por el monto estimado. Por lo tanto, conforme a los elementos de persuasión regular y oportunamente allegados al proceso, el juez tendrá la posibilidad de otorgar una suma superior, en aquellos casos que se lo permita el haber probatorio.

Es inconcebible e inaceptable que el agraviado no quisiese el resarcimiento íntegro, sino uno parcial o fragmentario, al respecto el doctor Enrique Gil Botero, manifiesta:

La reparación integral del daño como criterio exigido por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 plantea el problema de los fallos *ultrapetita*, es decir aquellos en que el juez encuentra en el proceso que la prueba de la naturaleza y la intensidad de los daños va más allá de la petición de la demanda formulada por el perjudicado o que no fue pedido separadamente ¿podría desconocer dicha realidad, y condenar sólo por lo pedido? No. Si ese fuera el sentido de la norma, no se hubiese necesitado siquiera de su consagración, el contenido sea tautológico y la norma sería un rey de burlas (GIL BOTERO, 2001, p. 39).

Esto es corroborado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

Por el otro [lado], con el moderno principio de *favor victimae*, conforme al cual las dudas que puedan surgir a la hora de establecer la dimensión de la reparación han de resolverse en beneficio de quien injustamente sufrió el daño, por cuanto una definición contraria a la acabada de señalar restringiría, sin motivo racional alguno y en detrimento de aquel, sus posibilidades indemnizatorias –como ocurriría de aplicarse la postura objeto de esta rectificación–, al tiempo que supondría, aún contra las reglas de la experiencia y en contravía del postulado de la equidad pregonado en la Ley 446 de 1998, que **el agraviado no quisiese el resarcimiento íntegro, sino uno parcial o fragmentario** (COLOMBIA, 2009a).

Para conseguir la verdadera indemnidad de la víctima, revalidado por el mismo artículo 206 en el inciso primero, al exigir en la presentación de la demanda la denominada vertebración del daño se debe, en sus términos, “estimarlos razonadamente, [...] discriminando cada uno de sus conceptos” a indemnizar, además atribuyendo a cada uno un valor determinado. De parte del juez, el mismo código en el artículo 281, inciso primero, determina que “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”, según esto la pretensiones aducidas en la demanda lo son de manera indicativa y general, no como un límite inamovible.

No obstante, la norma del Juramento Estimatorio plasmada en el artículo 206 del CGP tiene su aspecto positivo al exigir la vertebración del daño o perjuicios discriminando cada uno de sus conceptos a indemnizar, evitando de esta manera una cifra global, por lo general exagerada, sin especificar qué la compone. Es la primera vez que en Colombia se exige la discriminación de los rubros indemnizatorios facilitando la ponderación por el juez, el cual a un daño similar asigna una condena muy disímil entre una y otra.

Se constata que, durante un largo período, las resoluciones judiciales, haciendo uso de una gran discrecionalidad (que, en muchos casos, constituía arbitrariedad) fijaban cuantías muy diferentes para compensar supuestos similares y cantidades semejantes para compensar supuestos completamente diferentes, lo que comportaba un alejamiento del principio de igualdad [...], sometidos a los criterios personales de los jueces y magistrados que, haciendo uso de un poder discrecional, incurren en desigualdades inherentes a tal forma de valorar, sin que se entienda por qué una misma lesión corporal puede ser compensada de diferente manera (HERRADOR GUARDIA, 2016, p. 628 y 629).

Además, tiene su aspecto negativo al sancionar al demandante que sobreestime sus pretensiones ya sea que estas presenten una diferencia del 50% con lo que llegase a probar o cuando determinado rubro indemnizatorio no se llegare a probar, sin considerar ninguna sanción económica a la contraparte, es decir, demandados, terceros civilmente responsables y compañías aseguradoras; esto exclusivamente frente a los daños a las personas causados en su integridad, básicamente por lesiones personales y muerte.

En términos coloquiales se plantea que “la culpa es del que pide o del que otorga”. Si creemos que la culpa es del que otorga entonces se debe disciplinar al juez, con el agravante de que no existen unos baremos (tal como sucede en España) o unas bases de datos confiables (como en Francia o Argentina). También consideramos que se debe sancionar no solo al que pide mucho sino al que hace ofrecimientos irrisorios, como lo hacen generalmente las aseguradoras, incrementado la religiosidad sin facultar la conciliación o el arreglo extraprocésal. Por lo tanto, el juez tendrá la posibilidad de otorgar una suma superior, en aquellos casos que se lo permita el haber probatorio.

En el presente estudio nos referimos exclusivamente a la incongruencia objetiva, es decir en los eventos en que se peca por exceso o por defecto en la condena de una indemnización: *ultra, extra o mínima petita*. Cabe señalar que el juez sólo indemnizará los daños debidamente probados y que resulten ciertos, no la mera posibilidad o

hipótesis de daño, teniendo en cuenta que el monto estimado por los actores no marca el límite de la pretensión y conceder más de lo pedido no importando el principio de incongruencia por *ultra petita*, dado que el juez no está atado a los límites de la congruencia de su fallo, aspectos que se amplían a continuación.

3 EL JURAMENTO ESTIMATORIO NO MARCA EL LÍMITE DE LA PRETENSIÓN, SINO LA ENTIDAD E INTENSIDAD DEL DAÑO, SIENDO VIABLE LA CONDENA *ULTRA PETITA*

El caso emblemático lo tenemos en la jurisprudencia de argentina sobre la infección a una mujer titulado por la prensa argentina como: “Millonaria indemnización a una-mujer que, tras dar a luz, le amputaron sus miembros” (LA CAPITAL, 2016) en el cual se analiza en extenso en el presente escrito sobre la responsabilidad médica, nexo de causalidad, su reclamo, condena e indemnización, mediante sentencia del 7 de septiembre de 2015 del juez nacional en lo civil, Silvia Tanzi, donde los accionantes por daños y perjuicios estiman su cuantía en la suma de tres millones ochocientos cincuenta y ocho mil (\$3’858.000) pesos argentinos. En ampliación de la demanda formulan una nueva estimación de la cuantía del daño en la suma de ocho millones trescientos cincuenta y seis mil (\$8’356.000) pesos argentinos, fallando *ultra petita* por la suma total de dieciocho millones setenta y seis mil novecientos ochenta (\$18’076.980) pesos argentinos, o sea 4,6 veces la pretensión inicial equivalentes a más de cuatro mil doscientos cincuenta millones de pesos colombianos, exactamente a \$4.250’982.617,00 (un peso argentino a \$235,16 de 1 de febrero de 2016),

Considero que este caso es lo más grave que le puede suceder a una mujer que tras un parto normal el día 9 de mayo de su cuarto hijo, se le practica una nueva intervención en la que le amputaron un brazo el día 22 de

junio y previo consentimiento de la paciente, se amputaron los restantes miembros el día 26 de junio, es decir, en el trascurso de 47 días después del parto queda sin ninguna de sus extremidades y con un bebé de los mismos días bajo la situación de “amputar los cuatro miembros para salvarle la vida”; generado por una bacteria denominada estreptoco beta hemolítico del grupo A (ebhga) que fue adquirida por esta mujer (LACAPITAL, 2016)².

En términos sencillos es como si en Colombia la demandante pide 100 millones de pesos y el juez le concede 4,6 veces la pretensión inicial o sea 460 millones de pesos, en razón a que esta es la medida real del daño, de otorgarle solamente lo pedido simplemente sería una gran injusticia.

En otro escenario se infiere que para la Corte Suprema de Justicia tampoco constituye inconsonancia del fallo que se ordene una forma de reparación distinta de la solicitada en la demanda, toda vez que:

Según el principio dispositivo, el demandante en un proceso civil tiene derecho a establecer el límite de su pretensión y a reclamar que la reparación se haga de determinada manera; pero cuando el modo de resarcimiento que plantea es imposible de cumplir, o cuando resulta innecesario e inequitativamente oneroso, o cuando en criterio del juez no es el más adecuado para garantizar la indemnización plena, entonces nada obsta para que el funcionario judicial imponga la forma de reparación que estime más conveniente, sin que ello signifique que esté fallando extra o *ultra petita* (COLOMBIA, 2012).

Que el juez se obligue de modo taxativo a aplicar una regulación que impide una reparación completa, donde la ley quedaba entronizada como principal y casi única fuente de los derechos, sería desconocer sus prescripciones, además de hacer prevalecer lo ritual por encima de la realidad concreta que se presenta ante ellos. Aunque solo pueda advertirla y comprenderla una vez reconstruida la totalidad del cuadro probatorio.

² En el capítulo VI, “La Indemnización-Grandes Discapacitados” que se lo analiza en extenso, lo médico, la responsabilidad médica y del hospital, la indemnización analizada rubro por rubro entre lo reclamado y lo concedido por el juez y su argumentación por cada rubro, en mi libro “El Daño a la Salud” (Bogotá: Leyer, 2016 p. 740 y sgtes.).

[...] la cantidad que señaló fue solo una pauta o guía susceptible de modificación, toda vez que de modo expreso manifestó que el pago de los gastos de recuperación debía hacerse ‘por el tiempo que se requiera, según el concepto médico y que inicialmente estimamos en 24 meses’. En este punto conviene aclarar que la ausencia de petición expresa de ciertos rubros no es impedimento para que el juez los incluya en la sentencia, si en la demanda se reclama en forma generalizada la reparación integral de los daños, o si se emplean palabras o expresiones que estén inequívocamente dirigidas a obtener el pago de una indemnización plena (COLOMBIA, 2012).

Además del principio de reparación integral del daño, de su indemnidad total, de regresar al estado antes del daño o lo más cercano a este, tenemos el axioma según el cual “se debe reparar el daño y nada más que el daño, ni más ni menos”. La explicación que se da a esta regla se apoya en un principio general del derecho: si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin causa a favor de la “víctima”, si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima. Por eso, en materia de indemnización del daño resarcible rigen los principios de la reparación integral y de equidad³. De otro lado está el aforismo según el cual “todo aquél que cause un daño injusto debe repararlo”, tendencia a partir de la cual la doctrina ha venido a determinar qué daños son injustos, pues este es el filtro que se utiliza para establecer los daños resarcibles, entendiendo por injusto que no exista ningún derecho para causarlo y que la víctima, sin tener el deber de soportarlo, vea afectado un interés tutelado.

La no reparación del daño sufrido implicaría la ruptura del orden social y la aceptación de la posibilidad ilimitada de causar daño, siendo necesario reparar, resarcir o indemnizar. Por lo

tanto, es elemental establecer qué es lo que será reparado, resarcido o indemnizado; es decir, si efectivamente hay daño.

Siendo viable y legal el fallo más allá de lo pedido, *ultra petita*, es viable, que con el Juramento Estimatorio del Código General de Procedimiento se hace indispensable que los abogados litigantes y para quienes pretendan el resarcimiento de los perjuicios de tipo patrimonial conozcan el tema de la liquidación y cuantificación de los perjuicios con su correcta aplicación, acorde a los principios indemnizatorios, junto con la jurisprudencia de las altas cortes. No obstante, la discrepancia de algunas de sus decisiones incluso en una misma corte (a una persona por la pérdida de su extremidad inferior derecha con una disminución del 95% de la capacidad laboral le asigna cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes por daño en la salud y a otra persona a consecuencia del hecho dañoso queda en estado parapléjico con una disminución del 100% de la capacidad laboral le asigna doscientos (200) smlmv por daño en la salud)⁴, sin desconocer su aporte; “escenario en donde la regulación legal no es suficiente al doctrinante le corresponde trazar esos caminos que la oriente” (GAVIRIA CARDONA, 2016, p. 5).

Históricamente la jurisprudencia ha sido la encargada de concretar el alcance de la noción de daño y su tipología en cada momento histórico, de conformidad con los valores y principios en que se funda el sistema jurídico vigente y atendiendo al postulado de la reparación integral del perjuicio; lo que impide que se queden sin resarcimiento los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento constitucional y legal imperante. Ejemplo de ello es la consagración progresiva del daño moral, a la vida de relación y a los bienes jurídicos de rango constitucional como categorías autónomas de perjuicio indemnizable, los cuales fueron tenidos

³ “Artículo 16. Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”. Ley 445 de 1998.

⁴ Diferencia muy significativa transcrita en el acápite “B. Inconveniencia del ‘daño a la salud’ como lo concibe el Consejo de Estado” (PANTOJA BRAVO, 2016, p. 417 y sgtes), tomada de Pantoja Bravo (2015a, p. 74), capítulo III Clasificación de los daños, numeral 4, y en el Pantoja Bravo (2015b, p. 34 sgtes.) “12. El ‘daño a la salud’ como lo concibe el Consejo de Estado”, donde se analiza en detalle.

en cuenta por el sistema de la responsabilidad civil únicamente desde su incorporación por parte de la jurisprudencia, pues antes de dichas innovaciones simplemente no generaban la obligación de indemnizar.

En este punto cabe aclarar que para el derecho civil los preceptos constitucionales que tutelan bienes jurídicos particulares no son meros moldes arquetípicos o parámetros de interpretación, ni tan sólo principios que contienen mandatos de optimización que deben ser cumplidos en la medida de lo posible. Para el derecho civil, un derecho fundamental es un bien jurídico que goza de protección por el ordenamiento positivo, por lo que posee contenido sustancial y su quebranto apareja la consecuente indemnización de perjuicios en razón del postulado general de no causar daño a la persona o los bienes ajenos (HERRADOR GUARDIA, 2016, p. 628 y 629)

Por cuanto los bienes jurídicos protegidos por la Constitución y la ley son objeto de protección por el derecho civil, su vulneración apareja el consecuente resarcimiento en virtud del principio de reparación integral de los perjuicios; no hay ninguna razón para excluir del merecimiento indemnizatorio cuando a la pretensión sea menor a la entidad del daño:

no puede colmarse con una regulación sectorial sometida a un excepcional principio de reparación fraccional [...], pues no puede aplicarse un estatuto de reparación parcial a unos daños que están legalmente sometidos a la reparación integral, [...], dado que está fuera de toda duda razonable que la integridad reparatoria constituye el quicio del Derecho de la Responsabilidad Civil, tal como lo ha afirmado la jurisprudencia en consonancia con un criterio ultracentenario, reafirmado de continuo (MEDINA CRESPO, 2016, p. 259).

Veamos si nuestro Código General del Proceso se encamina en dicho sendero respecto del Juramento Estimatorio, siendo una prueba de carácter obligatorio para quien pretenda el reconocimiento. Dentro de una demanda, del pago de una indemnización, compensación, mejora o fruto, requisito formal para la admisibilidad (Art. 82, CGP), su incumplimiento genera inadmisión

(para que la subsane en el término de 5 días) y puede generar el rechazo (Art. 90, inc. 4, num. 6 e inc. 5, CGP). Si no se aportó el juramento estimatorio, la contraparte puede proponer esto como una excepción previa que implica nulidad de lo actuado o rechazo de la demanda, pues el artículo 206 determina que dicho juramento hará prueba de su monto mientras se hubiere presentado de manera idónea y su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo, de ser objetada faculta al juez a proferir un fallo superior a las pretensiones económicas y de otra parte, independiente de que se objete, debe sujetarse a lo probado, es decir, a la verdadera dimensión del daño.

4 EVENTOS DE NO APLICACIÓN DE LA SANCIÓN POR JURAMENTO ESTIMATORIO Y EL FALLO *ULTRA PETITA*

El juramento estimatorio es requisito de la demanda y a la vez una prueba de carácter obligatorio para quien pretenda el reconocimiento, dentro de una demanda, del pago de una indemnización, compensación, mejora o fruto. Por lo tanto, se reitera, de no prestar dicho juramento, según lo reglado en el CGP, el juez no podrá darle curso a la demanda.

Cuando se reclamen perjuicios el juramento no incluye los causados con posterioridad a la presentación de la demanda (inciso 6^o, art. 206), y teniendo en cuenta que no se aplica a los daños extrapatrimoniales, en nuestro criterio los puede pedir y cuantificar en salarios mínimos mensuales legales vigentes en la presentación de la demanda. El Código General del Proceso, según algunas disposiciones aclaratorias con vigencia desde el momento de la promulgación del código (Art. 627), dispone de manera conclusiva que el juramento estimatorio es requisito de la demanda, contestación o petición correspondiente. Así resulta sin duda del contenido del art. 82 numeral 7, art. 90 numeral 6, art. 96 numeral 3, art. 283 y art. 284.

Las sanciones a demandantes previstas en el Código General del Proceso están en el parágrafo único del artículo 206, que regula el medio

de prueba del juramento estimatorio, al pago de una sanción, en dos eventos: a) al prever una sanción equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre el valor pretendido y lo probado; y b) del cinco por ciento (5%) del valor pretendido, en el evento que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios pero cuando sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte, como requisito de procedencia de la sanción. Por esta razón los reclamantes deben evaluar cuidadosamente qué suma están en condiciones de probar.

En el evento de que el juzgador acepte algunas pretensiones pero niegue las demás, se podría inferir que no hay un actuar negligente, ni mucho menos temerario, dado que la pretensión prospera parcialmente, deviniendo inaplicable la sanción. En consecuencia aplicaría cuando se nieguen la totalidad de la pretensión en donde no se alcanzó por lo menos a demostrar uno de los rubros indemnizatorios, daño emergente y lucro cesantes básicamente, sin incluir los extrapatrimoniales en razón a que se tasan bajo la discrecionalidad del juez.

Sin embargo, con relación a la sanción prevista en los casos en los que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios, pese al obrar exento de culpa de la parte a la cual le correspondía hacerlo, la sanción se torna desproporcional, pues la falta de prueba puede deberse a la ocurrencia de alguna de las contingencias a las que están sometidos los medios de prueba, como, por ejemplo, la muerte del testigo o la pérdida o deterioro de documentos (QUINTERO PÉREZ, 2016).

Dicha sanción no aplica para los perjuicios extrapatrimoniales, “El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales” (Art. 206, inc. 5, CGP), además cuando se reclame la indemnización de daños extrapatrimoniales se tendrán en cuenta para efectos de determinar la competencia por razón de la cuantía, los parámetros jurisprudenciales máximos al momento de la presentación de la demanda (Art. 25, inc. 6, CGP); la objeción habilita al demandante para pretender y probar una suma mayor, sin sanción alguna, de tal manera que quien objeta deberá analizar cuidadosamente su

estrategia.

Cuando se objete dicha estimación el juez (Art. 206, inc. 5, CGP) puede fallar más allá de lo pedido. En nuestro criterio, lo mismo que cuando el juez dispone la estimación, si el demandado objeta la estimación con explicación de la inexactitud que le atribuye, el juramento estimatorio pierde eficacia como prueba y es necesario acudir a otras pruebas, facultando al juez a condenar por una suma superior a la estimada bajo juramento, sin aplicar sanción alguna al demandado dado que no consagró consecuencias adversas cuando el demandado objete y su objeción resulte infundada. De ser así, el demandante debe aportar o solicitar las pruebas para determinar el valor de los perjuicios (art. 206, inc. 2º CGP), y si logra demostrar que el valor real es igual o superior a la estimación realizada en la demanda, el juez condenará al pago de la suma demostrada. Es decir, en la hipótesis expuesta, el juez podrá condenar a suma superior a la que se estimó siempre que las pruebas así lo demuestren, siendo una decisión *ultra petita* que se autoriza en el inciso final del artículo 283 del Código General del Proceso consagra: “En todo proceso jurisdiccional la valoración de daños atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”, opera en consonancia con el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

5 LA SANCIÓN POR JURAMENTO ESTIMATORIO

La sanción por juramento estimatorio reglamentada en el inciso cuarto del artículo 206 del Código General del Proceso, adicionada en la Ley 1743 de 2014 por medio del artículo 13, modificando el juramento estimatorio, en adelante el inciso cuarto y el párrafo del artículo 206 del Código General del Proceso, queda así:

Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

[...]

Parágrafo. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

Tenemos dos partes, la del inciso cuarto de sanción del 10% cuando excede la pretensión y la del parágrafo del 5%, cuando no se prueba la pretensión. Se analiza este último y después el inciso.

5.1 Sanción del 5%

La aplicación de la sanción prevista en el parágrafo transcrito solo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte, esta condición es fijada por la Corte Constitucional mediante sentencia C-157 y C-332 de 2013 declarando la exequibilidad condicionada del parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 del 2012, CGP, bajo el entendido que tal sanción –por falta de demostración de los perjuicios que conduce a la negación de las pretensiones– “no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de su obrar diligente y esmerado” (COLOMBIA, 2013a), afortunadamente esta condición se convierte en norma mediante la Ley 1743 de 26 de diciembre de 2014 (sobre nuevos recursos para mejorar el funcionamiento de la administración de justicia).

Esta ley además reglamenta el juramento estimatorio en dos aspectos: el primero, relacionado con el destinatario de las condenas impuestas, en vez del demandado como estaba en la ley inicialmente, al Consejo Superior de la Judicatura como consecuencia de la sobrestimación del valor de las pretensiones; consideramos que su destino debería ser a un fondo común para las víctimas tal como está reglamentado en Francia (Ley Badinter). El segundo, este muy importante, consiste en

introducir en el texto legal, como condición para la procedencia de la sanción, la actuación negligente y temeraria de la parte que formuló el juramento, sin definir qué puede considerarse como actuación negligente y temeraria, dejando al juez de manera discrecional definir qué situaciones o circunstancias cumplen esta condición para proceder a la sanción del 5% de lo no probado.

En consecuencia lo que se sanciona es “por la falta de demostración de los perjuicios, no por su sobrestimación”, o sea, por la inexistencia del daño, porque el hecho dañoso es inventado siendo racionalmente imposible demostrarlo; mas no por pretender una indemnización exagerada, y dentro de ella la solicitud de los diferentes rubros indemnizatorios para su reconocimiento, valoración y cuantificación por el juez. Para este último parámetro las condenas en abstracto están prohibidas, por lo cual al juez le es permitido acudir al criterio de “equidad”. Sobre los rubros indemnizatorios se pueden solicitar todos los habidos y por haber, retomando el caso de fallecimiento de un ser querido además del daño emergente, lucro cesante y daño moral, es viable solicitar el daño a la vida de relación, al proyecto de vida, “Daño a la salud” como lo denomina últimamente el Consejo de Estado, daño sexual, daño psicológico y/o siquiátrico, “desequilibrio emocional”, etc., etc., etc., sin que –en nuestro concepto– haya temeridad, la cual es inexistente dado que su ponderación es responsabilidad del juez, quien los aprueba o rechaza si estos rubros no están soportados siendo simples afirmaciones sueltas, pero bajo ningún sentido constituyen temeridad, esta temeridad se genera por el daño inexistente mas no por su sobrestimación en su cuantificación y/o en la solicitud de rubros indemnizatorios, aspectos que el juez debe ponderar, siendo por ello inaplicable la sanción del 10% que se analiza a continuación.

5.2 Sanción del 10%

El inciso tercero del artículo 206 del Código General del Proceso establece que “Si la cantidad estimada **excediere** en el cincuenta por ciento (50%) a la que **resulte probada**, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio [...]” (negrilla fuera de texto).

La norma es clara, procede la sanción cuando exceda la cantidad estimada en el cincuenta (50%) a la que resulte probada, por lo tanto no aplica cuando la cantidad estimada o reclamada sea deficitaria, menor –como en el caso mencionado de la jurisprudencia de Argentina donde el juez condena por 4,6 veces la pretensión inicial–, deviene inaplicable la sanción; argumento que refuerza nuestra tesis: el juramento estimatorio no marca el límite de la pretensión sino la entidad e intensidad del daño, siendo viable que el juez condene *ultra petita* y a la vez de gran utilidad para los litigantes de responsabilidad civil que estiman su pretensión muy por lo bajo o que, en términos comunes “*se queden cortos*”. Por ejemplo, la demandante estima su pretensión en 250 millones de pesos pero el dictamen de parte y del dictamen de oficio lo tasan en un mayor valor con un diferencia promedio de más de mil millones de pesos, sentenciando por el valor estimado en su pretensión o sea la suma 250 millones (ver Caso: Privilegio lo estimado de la pretensión y no el valor probado ostensiblemente mayor) demostrándose en el proceso una suma realmente mayor, so pretexto de lo estimado en demanda, o aún más grave que a la víctima no se le indemnicen los rubros a que tiene derecho, con la consecuencia de un enriquecimiento sin causa a su victimario o responsable civil del daño.

Entonces esta sanción se aplicaría cuando el litigante exagera su pretensión en relación a que lo probado resulte menor y esta diferencia supere el 50%. Consideramos que esta diferencia no debe ser de manera global sino por cada rubro indemnizatorio de manera individual dado que el Art. 206 del CGP exige una discriminación de los daños y perjuicios⁵, resultado, una sanción menor. De otra parte, se deben excluir para el cálculo de la sanción los rubros indemnizatorios con su monto que se solicitaron pero se negaron por falta de demostración de los perjuicios (con una sanción del 10 y 5% respectivamente). Por ejemplo se solicitan 100 millones por daño estético que se niegan por falta de demostración en el entendido que el daño existe faltando su demostración dado

que lo no existe no se puede demostrar. Salvo que el litigante se haya inventado el daño (el perjuicio), este es inexistente. Además resulta desquiciado reclamar algo inexistente lo que sería –tal vez– la única razón para no poder demostrarlo. Situación muy diferente a que el daño existe pero no se logró probarlo o su cuantificación económica no se hizo, en tal evento el juez debe aplicar el principio de equidad incorporado normativamente en el CGP en el artículo en el artículo 283 inciso final consagra: “En todo proceso jurisdiccional la valoración de daños atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”, tomado de manera íntegra de la Ley 446 de 1998 en su artículo 16 en donde la misma jurisprudencia nacional precisa: “es posible acudir a la equidad para determinar el monto del daño, en aquellos casos límite, en que, habiéndose acreditado el perjuicio patrimonial, la determinación de su cuantía se torna extremadamente difícil, no obstante el cumplimiento de las cargas probatorias por la parte demandante” (COLOMBIA, 2013b).

6 LO QUE SUCEDE EN OTROS LARES

En posición del autor (PANTOJA BRAVO, 2015a; PANTOJA BRAVO, 2015b; PANTOJA BRAVO, 2015c), se debe sancionar no al que solicite una pretensión alta o “*sobrestimada*” si su pretensión no prospera, sino a la parte responsable obligada a su pago como es el tercero civilmente responsable y la aseguradora, en especial la aseguradora, cuando hace ofrecimientos irrisorios, presionado que pagará cuando exista condena judicial, es decir que lo hará cuando en el proceso penal la sentencia esté en firme para dar vía al incidente de reparación integral. De esta manera se burla la acción directa de la víctima contra la aseguradora consagrada mediante la Ley 45 de 1990, que introdujo varias e importantes enmiendas al régimen del seguro de responsabilidad civil, estipulado en los artículos 1127 a 1133 de la codificación mercantil, con el propósito de otorgar una tutela eficaz a las personas lesionadas con la culpa del asegurado, a quienes dotó de instrumentos

⁵ Art. 206. “Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos”.

para obtener, de manera efectiva, la reparación del perjuicio recibido, que para su eficacia debe demandar civilmente ante la justicia ordinaria.

Sobre la sanción pecuniaria que debería ser solo aplicable a la parte obligada a su pago en responsabilidad civil como está legislado en Francia con la Ley Badinter (ley francesa 85-677 del 5 de julio de 1985), vigente a la fecha, que corresponde a un porcentaje del monto establecido en la base de datos AGIRA, *Association pour la Gestion des Informations sur le Risque Automobile*, además de obligar a su pago le quita el recurso de la segunda instancia, para de esta manera conminarlos a pagar indemnizaciones justas o por lo menos cercanas a la establecida en la base de datos, así:

[...] En el caso de una oferta insuficiente, la ley prevé⁶; si el juez al fijar en definitiva la indemnización, estima que la oferta propuesta por el asegurador era manifiestamente insuficiente, condenará de oficio al asegurador a entregar al fondo de garantía una suma a lo sumo igual al 15% de la indemnización concedida, sin perjuicio de los daños e intereses que en el caso se hayan infligido a la víctima. Situación que incentiva la transacción o conciliación extraprocesal de montos justos y descongestionando la justicia al evitar la fijación por vía judicial de la indemnización que es demorada (PANTOJA BRAVO, 2015a, p. 78).

Otra medida sería obligarlas a entregar a las víctimas un anticipo, generando el saldo de la indemnización un interés moratorio, tal como estaba legislado en España, ahora mediante la oferta de indemnización establecida mediante la Ley 35 del 22 de septiembre de 2015 de reforma a la ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. Cabe observar en especial

el artículo 7, que generaliza el sistema de oferta de indemnización o respuesta motivada; siendo su objetivo principal el de conseguir un resarcimiento justo, intentando restituir a la víctima a una situación lo más parecida posible a la gozada con anterioridad al accidente. Con ello quedan identificados nuevos perjudicados, se produce aumento de las indemnizaciones prestando especial atención a los casos de fallecimiento, incluyendo de igual manera nuevos conceptos resarcitorios como gasto médico futuro, lucro cesante, daños morales etc. Por ello el sistema de valoración va a apoyarse en los siguientes pilares: Principio de vertebración que vela porque se valoren por separado los daños patrimoniales y los no patrimoniales, y dentro de éstos aquellos conceptos perjudiciales.

Esta ley consagra además el Principio de reparación integral⁷ que permite incrementar la protección a las víctimas mediante la garantía de una indemnización suficiente, lo que sitúa a España a la altura de las reformas que en el ámbito comunitario se han emprendido en relación con el seguro del automóvil. Esta reforma se hacía necesaria no solo como intento de armonizar la responsabilidad civil a la del resto de la Unión Europea, sino en aras de conseguir una interpretación uniforme de las reglas del sistema español, velando porque a situaciones de hecho idénticas se le apliquen respuestas similares, evitando de este modo las incertidumbres a las que se venían sometiendo los perjudicados frente a las entidades aseguradoras. Cabe destacar que el nuevo baremo no solo se aplica en el ámbito de los accidentes de tráfico, sino que la jurisprudencia también lo viene aplicando como criterio orientativo para aquellos supuestos en los que medie una mala praxis médica o a los daños sufridos por un accidente laboral, entre otros.

⁶ Ley francesa 85-677 del 5 de julio de 1985 conocida como Ley BADINTER, artículo 17 "Si le juge qui fixe l'indemnité estime que l'offre proposée par l'assureur était manifestement insuffisante, il condamne d'office l'assureur à verser au fonds de garantie prévu par l'article L. 421-1 du code des assurances une somme au plus égale à 15% de l'indemnité allouée, sans préjudice des dommages et intérêts dus de ce fait à la victime".

⁷ La Ley 35 del 22 de septiembre de 2015 proclama los principios fundamentales del sistema de valoración en el Art. 33.1 y 2: "1. La reparación íntegra del daño y su reparación vertebrada constituyen los dos principios fundamentales del sistema para la objetivación de su valoración.

2. El principio de la reparación íntegra tiene por finalidad asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos. Las indemnizaciones de este sistema tienen en cuenta cualesquiera circunstancias personales, familiares, sociales y económicas de la víctima, incluidas las que afectan a la pérdida de ingresos y a la pérdida o disminución de la capacidad de obtener ganancias".

7 LA SANCIÓN NO ES LA VÍA PARA DESESTIMULAR LA PRESENTACIÓN DE PRETENSIONES SOBRESTIMADAS

El argumento principal y único que argumenta la Corte Constitucional de la aplicación de sanciones únicamente a la parte demandante que sobreestime su pretensión o resulte no probada, es la de desestimular la presentación de pretensiones sobrestimadas (C-157 y C-332, 2013). Creemos que por vía sanción no se logra esta finalidad, por el contrario se genera un efecto perverso de indemnizar el daño parcialmente limitado a lo estimado en el juramento, quitándole totalmente la connotación al vocablo “estimado” que significa que la cifra jurada puede resultar mayor o menor, es una cifra estimada, no un valor fijo, único e inamovible puesto que el artículo 206 en el inciso 5 del CGP establece una prohibición perentoria: “El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio”.

Sobre la sanción al demandante la Corte Constitucional asevera que “es potencialmente adecuado para cumplir la finalidad de desestimular la presentación de pretensiones temerarias” (Según el Comunicado N° 13 de la Corte Constitucional de 21 de marzo de 2013), conllevado a instaurar demandas reducidas y obligando a las víctimas a recibir una indemnización parcial. Esto a todas luces es injusto, repetimos que se debe sancionar no al que pida mucho sino al que hace ofrecimientos indemnizatorios irrisorios, como generalmente acostumbran las aseguradoras en su condición de tercero civilmente responsable. Sobre el papel de los seguros el doctor Mariano Medina Crespo es contundente:

[...] No han afectado a la sustancia del trágala normativo. Fenómeno consistente en que la norma ordena al asegurador que pague lo que él considera que debe pagar y que no pague lo que no quiere pagar; y ello mediante unos textos que, dictados por él, alcanzan el rango normativo [...], por la presencia del seguro porque el sector asegurador ambientó su conveniencia,

gestionó su implantación y lo diseñó de acuerdo con sus cálculos financieros para incentivar su solvencia y garantizar sus rendimientos, [...], se decía que se trataba de evitar un plus resarcitorio, pero se quería el *minus* al que se rendía disimulada pleitesía [...]. Se trataba de que esa cuantificación se acomodara al negocio del seguro para evitar las intervenciones y las quiebras que, por cierto, no causaron nunca los siniestros, antes bien, fueron otras actuaciones siniestras las que determinaron esas situaciones de insolvencia (MEDINA CRESPO, 2016, p. 252). (Resaltado fuera de texto)

Afirmación que el Medina soporta en una sentencia del Tribunal Supremo de España, según la cual “el seguro se establece en función de la responsabilidad civil que ampara y no al revés”. Con base en esta el autor dice: “Como si lo recto fuera volver las cosas al revés; como si la lluvia cayera en función de los paraguas manejados; como si la lluvia de los daños tuviera que adaptarse a los paraguas del ingenio del asegurador” (MEDINA CRESPO, 2016, p. 253).

El argumento “de evitar un plus resarcitorio”, siendo infrecuente que se dé, se esgrime para justificar la sanción al demandante avalado por la Corte Constitucional, cuando asevera que la “finalidad de desestimular la presentación de pretensiones sobrestimadas o temerarias resulta acorde con el ordenamiento constitucional, toda vez que la norma demandada se refiere a las sanciones impuestas por la falta de demostración de los perjuicios” (COLOMBIA, 2013a). 2013a). Esto en vez de contemplar la necesidad de disciplinar a los jueces que aceptan y condenan por “pretensiones sobrestimadas”, con todo lo que ello implica, especialmente la inseguridad jurídica que se genera con la incerteza del monto a condenar, obstaculizando así el arreglo extraprocesal.

Resulta pernicioso que el juez se obligue de modo taxativo a aplicar una regulación que impide una reparación completa, donde la ley quedaba entronizada con principal y casi única fuente de los derechos. El derecho ha mutado hacia un nuevo concepto que amplía el concepto de norma, no solo para superar la identificación de ley con legalidad sino también para incluir dentro de aquel a los

principios⁸. Esto exige que la interpretación de la ley sea hecha teniendo en cuenta no solo sus finalidades sino también, entre otras cosas, los principios entendidos como mandatos que requieren que algo (por ejemplo, la indemnidad de la víctima y la correlativa obligación de indemnizarla, el principio de no causar daño, la rectitud y buena fe procesales, o la voluntad de buscar empeñosamente la verdad de los hechos) sea cumplido en la mayor medida posible; es más, en el juramento estimatorio los sujetos destinatarios son, ni más ni menos, los jueces, y sería desconocer sus prescripciones el hacer prevalecer lo ritual por encima de la realidad concreta que se presenta ante ellos, aunque solo pueda advertirla y comprenderla una vez reconstruida la totalidad del cuadro probatorio.

Los bienes o intereses protegidos por el derecho no están tipificados en todos los casos, pues la voluntad del legislador ha sido siempre –según una tradición que se remonta a los orígenes de la codificación– dejar abierta tal posibilidad para que sean los jueces quienes determinen en cada situación concreta qué eventos o consecuencias son dignos de ser considerados como **daños resarcibles**. Por ello los jueces de la República “detentan un poder discrecional de gran trascendencia, en cuanto a la valoración del merecimiento de tutela del interés vulnerado” (VISINTINI, 2015, p. 101). Siendo viable y legal el fallo más allá de lo pedido, o sea una condena *ultra petita*, es viable. De otra parte, indudablemente una de las cuestiones más prácticas a la vez que trascendente en el seguro en general, pero, sobre todo, en el de responsabilidad civil en particular, es la reparación del daño al tercero que sufre contractual o extracontractualmente un perjuicio, un daño como consecuencia de un hecho ilícito, causado por el asegurado y que debe resarcir una deuda o indemnidad frente al mismo y que precisamente constituye el objeto del seguro de responsabilidad civil.

El quid estriba en qué ganamos todos con la trascendencia de una interpretación uniforme de

las reglas del sistema, que dote de certidumbre al perjudicado y a las entidades aseguradoras respecto de la viabilidad de sus respectivas pretensiones, garantizando una respuesta igualitaria ante situaciones idénticas, y que contribuya decisivamente a la rápida solución judicial o extrajudicial de los conflictos.

Situación que nos lleva a estudiar el principio de congruencia en la responsabilidad civil y el artículo 206 del CGP para concluir que el monto estimado por los actores no marca el límite de la pretensión y conceder más de lo pedido no importa incongruencia por *ultra petita*, dado que es el daño el que fija el límite teniendo en cuenta el principio de reparación integral, principio consagrado en el mismo CGP en el artículo 283 inciso final: “En todo proceso jurisdiccional la valoración de daños atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”; es lo correcto, dado que la indemnización es integral, la víctima debe quedar en la posición más cercana antes de daño, ningún daño debe quedar sin resarcir; para conseguir la verdadera indemnidad de la víctima tiene que procederse a la denominada vertebración del daño como lo establece el mismo artículo 206 del CGP de incluir la totalidad de los daños y perjuicios a indemnizar, atribuyendo a cada uno un valor determinado en sus términos. “Deberá estimarlo razonadamente, [...], discriminando cada uno de sus conceptos” a indemnizar, atribuyendo a cada uno un valor determinado, exigencia del Código General del Proceso. Dicha estimación de la cuantía no se reduce a la simple enunciación de los valores que se consideran son los correspondientes a los perjuicios, sino que es necesario explicar de dónde resultan, “punto en el que se debe aplicar la teoría de los daños y de la estimación del perjuicio” (PINZÓN MUÑOZ, 2016, p. 104).

Al respecto, el siguiente análisis arroja luces sobre el tema:

⁸ Al respecto ver el trabajo de Jiménez Gil (2008, p. 15) construye un mapa confiable de los pronunciamientos constitucionales, emitidos por la Corte Constitucional colombiana, y que “originalmente aparecían dentro del sistema jurídico colombiano como Principios Generales del Derecho Privado no escrito, pero incorporados como fuente final de cierre del sistema aplicado con base en la Ley 153 de 1887”.

El derecho de la víctima siempre debe ser indemnizada no es creación caprichosa o meramente producto de la razón humana, del voluntarismo. Un derecho injusto no es derecho o lo es solo desde el punto de vista formal y no material; así como una sentencia injusta no es sentencia.

Dado que el responder no es un simple sancionar sino reconocer daños e indemnizarlos estableciendo la obligación de reparación del daño causado que comprende tanto el derivado de los actos ilícitos como igualmente de los lícitos, la responsabilidad puede definirse diciendo que es la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra; en tal sentido, varios tratadistas, especialmente de derecho civil, al analizar el tema de la responsabilidad, comienzan sus estudios definiendo o expresando lo que se entiende por la noción de responsabilidad, y la mayoría de ellos concuerda en decir que es la obligación que tiene una persona que ha inferido daño a otra, de reparar dicho daño (PANTOJA BRAVO, 2015a, p. 41 y 42).

Así, para Arturo Alessandri Rodríguez, “en derecho civil la expresión responsabilidad no se define por su fundamento que puede variar, sino por su resultado, es decir, por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para el autor” (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, 1981, p. 10), en este sentido se dice que un individuo es responsable cuando está obligado a indemnizar el daño. Para los hermanos Mazeaud, “una persona es responsable civilmente cuando queda obligada a reparar un daño sufrido por otro” (MAZEAUD; MAZEAUD; TUNC, 1961, p. 7). En tal sentido Planiol y Ripert expresan que “existe responsabilidad en todos los casos en que una persona queda obligada a reparar un daño sufrido por otra” (PLANIOL; RIPERT, 1946, p. 664). Que aplica tanto en la responsabilidad Contractual y Extracontractual o Aquiliana, y sobre el deber general de no causar daño, exprese:

El deber general *neminem laedere* –no causar daño– es genérico; se aplica a las relaciones de los sujetos de derecho con independencia de que se hayan estipulado pautas de su conducta recíproca; es fundamento del orden jurídico y su violación genera responsabilidad como sanción. Por eso, el no causar daño a los

demás es quizá, la más importante regla de las que gobiernan la convivencia humana. El principio general del derecho de no dañar al otro, hace que sea posible la vida en sociedad y que cuando es conculcado, acarrea una sanción que consiste en la obligación jurídica de indemnizar el daño causado.

El derecho no protege entonces a quien causa un daño a otro, sino que muy por el contrario hace nacer una obligación –en sentido jurídico– de dejar a esa persona en una situación lo más parecido posible a como se encontraba antes de sufrir el daño. Esto es lo que se llama “responder” o ser “responsable” o tener “responsabilidad” por el daño padecido por otra persona. La obligación de reparar el daño ha sido considerada como una sanción, más propiamente como una sanción resarcitoria, para diferenciarla de la sanción represiva propia del ámbito penal (PLANIOL; RIPERT, 1946, p. 43 y 44).

La palabra indemnización quiere decir que quien la percibe quede indemne y ello significa que abarca los perjuicios que se padezcan tanto en el orden material, en nuestros términos patrimonial, como en el moral (como categoría genérica, daños extrapatrimoniales), extendiéndose tanto al daño emergente como al lucro cesante; y, en concreto, en relación con la responsabilidad civil ex delicto, señala que el espíritu de los preceptos que integran dicha regulación es claramente extensivo, pues el legislador quiere que los perjudicados sean resarcidos de forma cabal e íntegra, alcanzándose la total indemnidad. Lo anterior con independencia del orden jurisdiccional en que se hayan de establecer, siendo necesario siempre analizar el principio de congruencia.

8 NI EL DOBLE PAGO ES LEGAL, COMO TAMPOCO LO ES UNA INDEMNIZACIÓN REDUCIDA

Para evitar la indemnización minorada o menguada y la indemnización que duplique el daño al superponer o repetir idénticas partidas, conviene acudir al principio de la reparación plena o integral del daño; más allá de dogmatismos o de rotulaciones reduccionistas se debe indemnizar todo el daño injusto padecido considerando conceptual y dinerariamente los distintos rubros que lo integran.

Rubros indemnizatorios que se deben probar y, de ser posible, cuantificar, para que el juez los identifique, diferencie, observe su identidad, alcance, evaluación concreta, los reconozca e indemnice. Lógicamente que no se pueden generar todos ellos, pero por lo general están presentes el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral, por lo menos. La reparación del mismo debe efectuarse de manera integral, esto es procurando la mayor adecuación posible, en el caso concreto, entre el menoscabo y la indemnización.

Teniendo cuidado de caer en duplicaciones indemnizatorias, en excesos o demasías que transformen la reparación del juez en una fuente de lucro para el damnificado y de injustificado agravamiento de la situación del deudor, pero también por la mezquindad a la que desembocan en una indemnización escasa o insuficiente, desde que al ser menor a la debida no es el equivalente al daño sufrido, y por ende, no lo repara íntegramente, sufriendo un menoscabo en la esfera del damnificado. Tan solo la reparación jurídicamente plena o integral, que no es otra cosa que la indemnización o el equivalente dinerario en la medida de lo justo (equitativo) para el caso determinado.

El hecho de que las normas relativas a la responsabilidad civil extracontractual tengan una función indemnizatoria, obliga a distinguir –afirma Luis Díez Picazo– nítidamente Derecho de daños y Derecho de enriquecimiento. No pertenecen al primero, sino al segundo, la normas cuyo objeto es la reintegración o restitución de valores patrimoniales obtenidos mediante el ejercicio indebido de un derecho ajeno (DÍEZ PICAZO; DE LEÓN, 1999, p. 48).

El principio general es que el responsable debe resarcir todo el daño ocasionado con el acto ilícito, teniendo en cuenta que la finalidad de la indemnización es procurar restablecer, tan exactamente como sea posible, el equilibrio destruido por el hecho ilícito, para colocar así a la víctima en la misma o parecida situación patrimonial a la que se hubiese hallado si aquel no hubiese sucedido, bajo el lema de “se debe indemnizar el daño causado, todo el daño causado y nada más que el daño causado” pone de relieve la naturaleza cierta y exclusivamente resarcitoria de la acción

de responsabilidad. Se trata, en definitiva, de indemnizar “todo” el daño causado pero no más. En la tarea de fijar el alcance y cuantía de la indemnización, lo que se procura es no trasponer o fugarse de la equidad y justicia, acotada, por un lado, por el principio de reparación integral y plena, y por otro, por el que impide lucrar con el daño sufrido, de manera tal que el perjudicado no quede ni más pobre ni más rico de lo que hubiera sido de no acaecer el evento dañoso.

Como regla, el daño debe medirse por lo que específicamente ha producido a quien lo ha padecido, “el resarcimiento entendido como la reparación que corresponde a la medida del daño” (DE CUPIS, 1975, p. 753). Esto impone, consecuentemente, asegurar al responsable que su obligación no habrá de asumir un límite mayor del daño causado. Insistimos en que desde una perspectiva netamente resarcitoria, el hecho dañoso no debe convertirse en una fuente de enriquecimiento para la víctima y de correlativa expoliación para el dañador. Las reglas que regulan la extensión del resarcimiento, se orientan hacia esa finalidad, al menos en el plano de los principios universales. El clásico francés Ives Chartier (1983, p. 165) expresa de manera general que conduce a la aplicación de cuatro reglas fundamentales: el daño debe ser fijado al momento de la decisión; la indemnización no debe ser inferior al perjuicio; la apreciación debe formularse en concreto y la reparación no debe ser superior al daño sufrido.

9 DEBE REPARARSE EL DAÑO, TODO EL DAÑO Y NADA MÁS QUE EL DAÑO

La responsabilidad civil, concebida lato sensu como la obligación de reparar, resarcir o indemnizar un daño causado injustamente, encuentra venero en la eterna búsqueda de la justicia, equidad y solidaridad para restablecer el equilibrio alterado con la conculcación de la esfera jurídica protegida por la norma.

La consecuencia jurídica inmediata de que exista un daño resarcible, siempre que el mismo haya sido debidamente probado por la víctima, es la reparación correspondiente. En otros términos, la reparación es el fenómeno que se produce como reacción del derecho al hecho de que una persona

le cause daño a otro, tal como lo prevén los artículos 2341⁹ y 2356¹⁰ del Código Civil estableciendo la obligación reparatoria “para el que ha cometido delito o culpa, que ha inferido daño a otro [...]” (Art. 2341) y que “[...] todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta” (Art. 2356). Por su parte el artículo 1494 del Código Civil, dentro de las fuentes de la relación obligatoria, entre otras enuncia, el “hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos” y, en consecuencia, la obligación de repararlo. En el campo penal, el artículo 94 del Código Penal prescribe que “la conducta punible origina la obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquélla”, y los artículos 95 a 97 del mismo código hacen alusión a los daños patrimoniales (materiales) extrapatrimoniales (inmateriales), el artículo 96 establece “Los daños causados con la infracción deben ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria, y por los que, conforme a la ley sustancial, están obligados a responder” y en el artículo 97 la tasación de los daños hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales¹¹.

Estas normas admiten en forma implícita que la valoración del perjuicio y su cuantificación deben efectuarse en el caso concreto, en función del interés conculcado y del perjuicio que deriva de tal situación, así como a los perjuicios colectivos. Diferenciando la responsabilidad civil de la penal; es así como el daño determina la medida de reparación bajo el principio de raigambre jurisprudencial que “se debe indemnizar el daño causado, todo el daño causado y nada más que el daño causado”, que acude la doctrina francesa, en el sentido de que debe repararse el daño, todo

el daño y nada más que el daño (*le dommage, tout le dommage, mais rien que le dommage*), ni más ni menos (*tout le préjudice et rien que le préjudice, pas plus; pas moins*) (LAMBERT FAIVRE, 1987, p. 1 y ss.) que se plasma en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 transcrito en su totalidad en el Código General del Proceso en el artículo 283 inciso final: “En todo proceso jurisdiccional la valoración de daños atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”, complementándose en los artículos 2342, 2343 y 2344 del Código Civil.

Ahora bien, ¿Por qué se debe responder cuando se causa un daño? La explicación tradicional del fundamento de la responsabilidad civil, la basan en el principio de justicia que impone la necesidad de restablecer el estado anterior o a la situación más cercana antes de la lesión causada injustamente, “la mira del legislador es la de proteger a la víctima de un hecho dañoso, si el hecho del accidente deja a la víctima en condiciones inferiores a las que tenía antes de ocurrir el accidente, indudablemente hay obligación de indemnizar” (TAMAYO JARAMILLO, 2007, p. 398). Indemnizar es volver al otro “índemne” (íntegro, íntegro) en lo más cercano posible, o en que “la sanción jurídica de la conducta lesiva responde a una elemental exigencia ética” (DE ÁNGEL YAGUÉS, 1993, p. 13), afirmaciones todas correctas no pudiéndose discutir su acierto dada su obviedad. “Hay, desde luego, un sinnúmero de sentencias que proclaman la vigencia del principio de la reparación completa, enlazando con una tradición supercentenaria que siempre ha sostenido que la indemnidad constituye el designio del Derecho de la responsabilidad civil” (PANTOJA BRAVO, 2005a, p. 308 y 309).

⁹ “Art. 2341. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

¹⁰ “Art. 2356. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación: 1. El que dispara imprudentemente un arma de fuego. 2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche. 3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino”.

¹¹ “Art. 97. Indemnización por daños. En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales. Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado. Los daños materiales deben probarse en el proceso”.

Como ya lo expresamos, los bienes o intereses protegidos por el derecho no están tipificados en todos los casos, pues la voluntad del legislador ha sido siempre –según una tradición que se remonta a los orígenes de la codificación– dejar abierta tal posibilidad para que sean los jueces quienes determinen en cada situación concreta qué eventos o consecuencias son dignos de ser considerados como daños resarcibles. Por ello los jueces de la República “detentan un poder discrecional de gran trascendencia, en cuanto a la valoración del merecimiento de tutela del interés vulnerado” (VISINTINI, 2015, p. 101)), puesto que el exceso de ritualidad, el formalismo sin sentido y la reverencia irreflexiva hacia las reglas, significa desconocer que entre las tareas más altas que han sido confiadas a un juez, cualquiera sea el fuero en que se desempeñe, está la de juzgar con equidad preservando el principio secular de la reparación integral.

10 EL PRINCIPIO DE LA CONGRUENCIA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

De conformidad con la jurisprudencia vigente sobre el principio de congruencia, la causal se configura en los siguientes casos: a) cuando en la sentencia se decide o concede más allá de lo pedido, o sea *ultra petita*; b) cuando el fallo recae o decide sobre puntos no sometidos al litigio, es decir, de manera *extra petita*; c) también se presenta incongruencia cuando se decide con base en *'causa petendi'* distinta a la invocada por las partes; y, d) cuando el pacto compromisorio se refiere a controversias que no son transigibles por orden constitucional y legal.

En otros términos, para que la sentencia no sea susceptible de anulación por la causal en mención, debe estar en estrecha identidad y resultar armónica con las pretensiones formuladas en la demanda, los hechos puestos en conocimiento por las partes en las oportunidades que el ordenamiento procesal contempla, y las excepciones que hubieren sido alegadas o resulten probadas; y dentro de los

límites previstos celebrado por las partes, en la ley y en la Constitución Política, fuentes estas que otorgan y enmarcan la competencia de los jueces.

No se produce incongruencia porque la sentencia recurrida conceda una cantidad superior a la que se había pedido en la demanda, teniendo en cuenta que el suplico de la demanda contiene una serie de peticiones subsidiarias por lo que no se produce la incongruencia o la cantidad –pretensión– que señaló fue solo una pauta o guía susceptible de modificación.

Se infiere que el aludido postulado propugna por asegurar los derechos de defensa y de contradicción en cuanto impide que al convocado a un litigio se le sorprenda por el juzgador con hechos o peticiones no alegadas, respecto de las cuales careció de oportunidad para confutarlas, resultando admisible para su demostración, la confrontación o parangón entre lo resuelto en el fallo, con lo planteado en la respectiva demanda, o con el escrito de excepciones de mérito, o con los hechos demostrativos de alguno de tales medios enervantes que deban ser reconocidas de oficio; resultando eficaces las expresiones “o la que se pruebe”, o “la que resultare probada”, o “la que se probare en el proceso”. En tal sentido la Corte suprema de Justicia en Sala de Casación Civil con ponencia del doctor Luis Alonso Rico Puerta¹² en sentencia del 7 de diciembre de 2016 hace alusión a que la Corte modificó la doctrina que sobre el particular venía aplicando la Corte suprema de Justicia de la Sala de Casación Civil en sentencia del 15 abril de 2009 se sostuvo:

Al contrario de lo que en el pasado estimó, la Corte considera ahora que en aquellos asuntos en cuya demanda, reforma o sustitución de esta, la parte actora pretenda condenación por una suma explícitamente determinada, pero acompañada de expresiones como las particularizadas arriba, (tales como, “o la que se pruebe”, o “la que resultare probada”, o “la que se probare en el proceso”, o cualquiera otra de similar contenido), que son las palabras con las que de modo usual se formulan o plantean las súplicas que tengan como propósito una condena pecuniaria, ninguno de esos agregados

¹² Nombrado en la Corte desde el mes de abril de 2016 proviniendo de la academia como docente prestigioso de la Universidad de Medellín de la Maestría de Derecho, en donde el autor fue docente en dicha Maestría en 2016.

se puede concebir como dependiente o subordinado de la cifra expresada que a su alrededor se hubiere manifestado; todo lo contrario, una cabal comprensión del tema permite admitir que dichos complementos la modifican de tal manera que amplían el espectro dentro del cual el juzgador válidamente puede o debe moverse, hacia arriba o hacia abajo de esa cuantificación, sin caer, desde luego, en una resolución *infra petita* o *plus petita*, pues en tal supuesto está limitado, eso sí, solo por el importe probado a través de los diversos elementos de convicción incorporados al plenario.

Este es, desde luego, el sentido lógico y coherente de las mencionadas locuciones, en tanto están llamadas a representar el verdadero querer del promotor de la causa judicial cuando las súplicas fueren formuladas de la anotada manera; y es bajo el entendimiento que se viene sustentando como ellas adquieren su verdadera eficacia, su importancia y real concreción, pues, con arreglo a esta nueva posición, si las mismas no aparecen en el escrito contentivo de las pretensiones al juez le estará vedado sobrepasar el monto allí indicado, más si llegaren a ser incluidas este entonces no estará supeditado a la cuantía que le haya sido expresamente demandada, puesto que con el presente cambio tendrá la posibilidad de otorgar una suma superior, en aquellos casos que se lo permita el haz probatorio; expresado de otro modo, las memoradas frases resultarán provechosas bajo la doctrina que ahora se prohija, porque si están incluidas en la súplica respectiva y si el acopio probatorio permite establecerlo, harán posible imponer una cifra mayor de la que en términos numéricos la parte actora haya solicitado (COLOMBIA, 2009a).

La excepción consagrada al artículo 305 del Código de Procedimiento Civil y al artículo 281 del Código General del Proceso, normas que prevén el principio de la congruencia, ambos con similar redacción –salvo lo relativo a los asuntos de familia y agrarios y a la oportunidad para alegar hechos sobrevinientes a la demanda–, que prohíbe al juez fallar *extra* o *ultra petita*, es decir, por fuera o por más de lo pedido, en la medida en que, si media objeción o si se demuestran perjuicios causados con posterioridad a la demanda, tal limitación desaparece, lo cual supone una alteración

sustancial al instituto de la congruencia, pues recuérdese que la posibilidad de fallar por más y aún por fuera de lo pedido sólo se consagró en beneficio del demandado, a quien, tanto el artículo 305 del C.P.C. como el 281 del C.G.P., permiten probar hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, siempre que hubiesen sido alegados a más tardar en el alegato de conclusión o que la ley permita considerarlos de oficio (art. 306 C.P.C. y art. 282 del C.G.P.) y aparezcan debidamente probados en el proceso, regla que supone un mayor equilibrio procesal y un avance en materia de acceso a la administración de justicia.

Por su parte el art. 281 del CGP consagra de entrada, en su primer inciso: “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”; tal vez, en aparente contradicción con su inciso segundo que establece: “No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta”, y con el inciso tercero “Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último”, en nuestro criterio, por orden de precedencia para su consideración y aplicación se impone, siendo aplicable el inciso segundo donde los hechos y las pretensiones son claras, que no hay asomo de duda, como es en los títulos ejecutivos en donde la ejecución es única por determinado valor y solo por ese valor; y en su inciso tercero, no hay reparo dado que lo probado es menor, es correcto, aunque no compartimos la sanción, como ya lo expresamos, se debe sancionar no al que pide mucho sino al que ofrece muy poco, como sucede en el ordenamiento francés y la exigencia de la oferta indemnizatoria en España por parte de la compañía aseguradora.

En consecuencia, para poder inferir si existió o no incongruencia entre lo concedido en el fallo y lo solicitado en la demanda, no bastará con examinar las cifras que se hayan reclamado en el libelo, sino que esas cantidades deberán ser analizadas en el contexto íntegro de la pretensión

y de conformidad con la verdadera intención que a ella subyace, lo cual se consigue a partir de la dimensión del daño –ni más ni menos– atendiendo al principio de la reparación integral, dado que es el daño el que da inicio a la acción.

11 MONTO DE LA PRETENSIÓN ES LIMITADO ÚNICAMENTE POR LO QUE LLEGARE A PROBARSE

Es claro, que el juez puede fallar *ultra petita*, más allá de lo pedido, limitado a lo que resulte probado. Al abrirse paso este nuevo entendimiento, se le quitan al juez las amarras que lo ataban a la absurda posición de no condenar por encima del importe determinado, ya que si el libelo no albergaba alguna de las citadas expresiones “o lo que resulte probado”, bajo esa interpretación a él no le era dable imponer suma superior a la abiertamente indicada en la súplica respectiva, más si las ostentaba, de igual modo se encontraba sujeto al *quantum* demarcado. En ese orden de ideas, resultaba que con arreglo a tal postura daba igual que esos agregados se insertaran u omitieran, por cuanto en nada afectaba lo uno o lo otro, de nada servían tales complementos y, por tanto, afloraban inútiles, posición que fue superada por la jurisprudencia de antaño. Afortunadamente la Corte Suprema de Justicia fija una nueva posición en sentencia del 15 de abril de 2009a, (citada en el numeral anterior).

Por tanto, si al decir del Estatuto Procesal Civil, “[...] La sentencia deberá estar en consonancia [...]”, en particular, con “las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades [...]” que dicho código contempla, y si en el acto introductorio la parte demandante deprecó que se ordenara a la demandada a pagar, por concepto de la indemnización de perjuicios, la cantidad de dinero allí dicha en una cifra concreta, o “la suma que se probare”, con arreglo a la doctrina que ahora rectifica el juzgador, de hallarse demostrado dentro del proceso por tal concepto una cuantía superior a la que de aquel modo el actor hubiera determinado, tendrá forzosamente que imponer la condena por la suma así probada y no por la cifra exacta fijada, porque, ha de reiterarse, al haberse

invocado en la pretensión la condenación a cargo de la opositora por la cantidad precisa aducida o “por la que se probare”, él juez no tendrá ninguna restricción legal para disponerla en la extensión real y efectivamente demostrada. Aún de este modo estará pronunciándose dentro de los precisos límites trazados por el mentado precepto normativo; antes bien, si en tal supuesto, esto es, de encontrar evidenciado un *quantum* mayor del expresamente pedido en el libelo, llegara a reducir la condena al guarismo explicitado en la demanda, incurrirá en un fallo incongruente, por mínima *petita*, por cuanto en tal hipótesis la definición de la controversia judicial no estará en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades legalmente previstas.

A su vez, el Consejo de Estado sobre el verdadero alcance del principio de la reparación integral indica que se debe buscar en la posibilidad de que sea de la esencia que el daño se cubra integralmente. Frente a situaciones donde el juez descubra que la intensidad y naturaleza del daño va más allá del *petitum*, o que no fue pedido separadamente ¿podrá desconocer dicha realidad y condenar solo por lo pedido? La respuesta es negativa.

Así lo consideró la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 20 de febrero de 2008, al hacer prevalecer el cumplimiento cabal del principio de reparación integral en la cual se declaró solidariamente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa, Policía Nacional– y al municipio de Tuluá, Valle del Cauca, por la muerte de dos hermanos, quienes fueron secuestrados el 27 de enero de 1995, cuando se encontraban privados de la libertad, y fueron posteriormente asesinados.

En el fallo en cuestión se condenó a los demandados al pago de perjuicios morales y materiales a favor de los familiares de las víctimas y, adicionalmente, a que realizaran una serie de medidas de carácter simbólico, tales como el solicitar excusas en una ceremonia oficial, la publicación de la sentencia en el comando de la policía donde ocurrieron los hechos y la implementación de programas de promoción y respeto a los derechos de las personas.

Por lo tanto, es deber del juez, en estos eventos, no solo limitarse a decretar indemnizaciones monetarias –a partir de la aplicación de bases y criterios actuariales, sino que, su obligación, es integrar las medidas con que cuenta a partir del ordenamiento jurídico interno en su plenitud, como del internacional, con miras a que el restablecimiento derivado de una vulneración a los derechos humanos sea materializado (COLOMBIA, 2008).

En la misma sentencia se deja en claro que no se vulneran los principios de jurisdicción rogada y de congruencia, toda vez que por la naturaleza de la violación el ordenamiento jurídico interno debe ceder frente al internacional, lo que implica adoptar las medidas necesarias prescritas por este último. Allí se precisó:

De otra parte, las medidas que puede adoptar el juez, dirigidas a la reivindicación de los derechos humanos transgredidos en un determinado caso, no desconocen la garantía fundamental de la no *reformatio in pejus* (relacionado íntimamente con el de congruencia), en tanto no suponen la modificación o el desconocimiento de los límites trazados por la causa *petendi* de la demanda, sino que dichas medidas conmemorativas, simbólicas, o de no repetición de la conducta, suponen una labor pedagógica e instructiva encaminada a sensibilizar a las entidades públicas y a toda la población, acerca de la importancia del respeto de las garantías fundamentales del individuo (COLOMBIA, 2008).

El Consejo de Estado ha delimitado el principio de reparación integral, así como su contenido y alcance frente a otros principios de índole procesal, en los siguientes términos:

En todo proceso en el que se juzgue la responsabilidad patrimonial del Estado, será posible deprecar medidas de reparación integral, con miras a que se restablezca el *statu quo* preexistente a la producción del daño.

En consecuencia, siempre será posible que en las demandas de reparación directa los demandantes formulen pretensiones

dirigidas o encaminadas a la reparación *in integrum* del perjuicio, incluso reparaciones *in natura*. No obstante, en estos supuestos, el juez estará siempre vinculado por el principio de *congruencia procesal* y de la *no reformatio in pejus*. (COLOMBIA, 2009b).

El anterior ejemplo, así como otras jurisprudencias del Consejo de Estado, muestran una fuerte dinámica de innovación en materia de indemnizaciones y dan cuenta de un panorama auspicioso en el desarrollo y aplicación del principio de reparación integral. Sin embargo, no puede olvidarse, en ningún momento, que el núcleo central del régimen de responsabilidad estatal, establecido por la Constitución Política de 1991, en su artículo 90, son las víctimas de los daños antijurídicos y que su resarcimiento debe guiarse, siempre, por los principios de la justicia material y de equidad.

En aplicación del artículo 16 de la Ley 446 de 1998 que establece el principio de reparación integral la jurisprudencia ha dado aplicación al reconocimiento de perjuicios cuando a pesar de no haberse solicitado expresamente en la demanda, de su contenido se infiere tal solicitud y además se encuentre debidamente probado, en especial al daño a la vida de relación o alteraciones a las condiciones de existencia o anteriormente daño fisiológico, en relación con el reconocimiento oficioso de este tipo de perjuicios (COLOMBIA, 2000a), el Consejo de Estado precisó:

Si bien es cierto que la reparación de este perjuicio no fue solicitada expresamente en la demanda, la Sala reitera lo que ha afirmado en decisiones anteriores en el sentido de que el perjuicio fisiológico –hoy denominado daño a la vida de relación (COLOMBIA, 2000b) o alteración de las condiciones de existencia–, debe ser indemnizado cuando el mismo se encuentra debidamente acreditado, aunque no haya sido pedido en la demanda¹³.

En fallo del 19 de octubre de 2011 expresa:

La Sala en aplicación del principio de reparación integral, y a lo consagrado en el

¹³ Al respecto pueden consultarse sentencias del 18 de febrero de 1999, exp. 12.210; del 3 de mayo de 1999, exp. 11.169 y del 2 de marzo de 2000, exp. 11.250 del Consejo de Estado.

artículo 16 de la Ley 446 de 1998, ordenará unas medidas de satisfacción, teniendo en cuenta que debe ceder el fundamento procesal del principio de congruencia ante la primacía del principio sustancial de la *'restitutio in integrum'*, máxime cuando existe la vulneración a un derecho humano (COLOMBIA, 2011).

Este concepto de fallo más allá de lo pedido (*ultra petita*), es diferente de que alguna materia quedó sin resolución (*citra petita*), o porque la sentencia se remontó a aspectos ajenos al debate (*extra petita*), cada uno de ellos tiene sus connotaciones específicas.

12 EL DESTINATARIO DE LAS SANCIONES DEBE SER UN FONDO PARA LA INDEMNIZACIÓN DE VÍCTIMAS

El beneficiario del pago del valor de la sanción deja de ser la contraparte y pasa a ser del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial o quien haga sus veces.

Consideramos que lo correcto, según el derecho comparado, en especial Francia y España, es que esa sanción vaya a un fondo para el pago de víctimas cuando su causante sea un insolvente y sin seguro alguno, o cuando no se pudo determinar un responsable civil, ya sea un tercero o una aseguradora; me refiero exclusivamente a las víctimas de los delitos culposos ya sea por lesiones personales o muerte, generados por un accidente de tránsito o por responsabilidad médica (PANTOJA BRAVO, 2016) en general, en las cuales desde el primer día del hecho dañoso el monto indemnizatorio genera intereses, y si su pago es obligación de una entidad de seguros, a partir del primer mes, o sea después de los 30 días de no efectuado su pago. Estos intereses son moratorios o sea a la una y media veces de la tasa de interés corriente respecto de las víctimas y/o beneficiarios; ilustro lo anterior con un análisis del libro Derecho de Daños, en el cual se dijo:

Además de la función indemnizatoria el nuevo derecho de daños tiende no sólo a reparar los daños ya ocurridos, sino a prevenir los futuros, siendo indudablemente preferible evitarlos que

repararlos, la participación del Estado es muy importante; sólo los instrumentos que suprimen las fuentes de peligro, o de daño, resultan idóneos para satisfacer globalmente a los grupos sociales que en estos casos se encuentran interesados en forma colectiva; pretendiendo por la socialización del riesgo con políticas de aseguramiento globales y la conformación de fondos que garanticen la reparación de las víctimas sino plena por lo menos parcialmente; junto a la sanción penal debe ir necesariamente la respectiva indemnización. *'Estaba bailando y lo último que recuerdo es que un tipo empezó a disparar al aire, muy borracho, para celebrar la Navidad—narra John—, quien luego de tres años todavía tiene en su cuerpo la bala que lo dejó cuadripléjico. Me desperté en la camilla de un hospital y no podía moverme. Me dijeron que habían pasado tres días y que había quedado invalido'*. Dice el joven de menos de 20 años de edad, deportista, quien había ganado tres campeonatos de microfútbol. La persona que festejó de esta manera, cuyo resultado no se lo representó ni tuvo intención de causar daño, es condenado a 11 años de cárcel, condena que es ratificada por la Corte Suprema de Justicia en el año 2010.

En el 2008 el juez de primera instancia le impuso una condena de 20 años de prisión por el delito de tentativa de homicidio agravado. Los testimonios de varios asistentes a la fiesta —que afirmaron que el hombre intentó escapar después del incidente— fueron claves durante el juicio. Sin embargo, la decisión del Juzgado 32 penal del circuito fue apelada y llegó al Tribunal Superior de Bogotá, que cambió el delito a tentativa de homicidio simple. La pena pasó de 20 a 11 años. En un nuevo intento por tumbar la condena, el implicado interpuso un recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia, argumentando que los testigos en su contra eran poco confiables, pues habían consumido licor esa noche de Navidad. La Corte desechó el recurso y dejó en firme la condena de 11 años de prisión, *"(el implicado) plantea su propia valoración de las pruebas [...] No expresa argumento alguno que haga evidente cuál fue el error cometido por el Tribunal [...] Es una demanda carente de los mínimos requisitos para la impugnación"*, consideró la Corte (PANTOJA BRAVO, 2015a, p. 15 y 16).

Desde el Derecho de Daños, el Estado debe ir más allá de la sanción penal, el satisfacer una indemnización, inicialmente por el implicado que de tener medios económicos lo hará, pero en los casos de balas perdidas cuando no se encuentra al causante, que de ser un agente del Estado se ejercita la acción directa pero si es una persona del común, el Estado debería responder por medio de un fondo, similar por ejemplo a cuando el responsable es un “vehículo fantasma”. Con mayor razón si el Estado condena a una persona, y esta resulta ser insolvente, debe indemnizarse al afectado por cualquier medio, la sola sanción social es insuficiente.

De qué le vale al joven cuadripléjico del caso mencionado que la sanción sea de 11 años o de 20 años, o más años o menos años, esto no cambia su situación en absoluto. Para el joven es insuficiente. En algo mitigara su situación si la dignísima alta Corte, hubiese condenado a un ente oficial (llámese alcaldía, gobernación, policía o cualquier otro) a sufragar un pensión vitalicia, por lo menos, de un (1) salario mínimo legal mensual; para remediar esta situación es que se hace necesario la creación de un fondo para las víctimas como en el caso relatado.

Las sanciones penales tienen una función esencialmente punitiva y represiva, el fundamento de tal autoridad, como lo precisa la doctrina ‘reside en un motivo de orden público sumamente simple. Los tribunales represivos, cuando resuelven la acción pública, fallan dentro de un interés social; no juzgan entre dos partes determinadas, sino entre una parte y la sociedad entera’ (MAZEAUD; MAZEAUD; TUNC, 1961, p. 354). Lo que deciden para fallar sobre la acción pública debe, pues, imponerse a todos. A su vez la responsabilidad civil intenta asegurar a las víctimas la reparación de los daños privados que le han sido causados, tratando de poner las cosas en el estado en que se encontraban antes del daño y reestablecer el equilibrio que ha desaparecido entre los miembros del grupo. Por estas razones, la sanción de la responsabilidad civil es, en principio, indemnizatoria y no represiva.

13 PRUEBA DEL PERJUICIO PATRIMONIAL Y SU CUANTÍA PROCESALMENTE SON DIFERENTES

Hay que puntualizar que, desde el punto de vista procesal, una cosa es la prueba del perjuicio patrimonial, en sí mismo considerado, y otra la de su cuantía.

Acreditar lo primero, es comprobar el “detrimento, menoscabo o deterioro” económico que sobrevino a quien pretende el respectivo resarcimiento, es decir, que su patrimonio tuvo una “pérdida”, como quiera que se presentó una disminución en sus activos patrimoniales o debió hacer erogaciones o adquirir pasivos para contrarrestar el hecho dañoso o sus efectos (daño emergente) o que a él dejó de reportarse una “ganancia o provecho” que, de manera cierta, esperaba (lucro cesante), o con algunas probabilidades de lograrlo (pérdida de oportunidad).

Comprobar lo segundo, *el quantum*, requiere indefectiblemente que previamente se haya establecido el perjuicio, propiamente dicho, por lo que comporta establecer en cifras concretas su dimensión económica, esto es, determinar a cuánto trascendió la pérdida o erogación que debió realizar el damnificado o concretar la cuantía de la ganancia o provecho que dejó de ingresar a su patrimonio.

Como se dijo, una cosa es la existencia o no del perjuicio, y otra la cuantía del mismo; en efecto, lo importante para que el daño sea considerado como cierto no es que se pueda acreditar su cuantía sino que se pueda acreditar su existencia. Para que el perjuicio se considere como existente, debe probarse su certeza. Por tanto, los daños patrimoniales y extrapatrimoniales cuya existencia se acrediten debidamente dentro del proceso, serán considerados como ciertos, sin importar que su cuantía no esté acreditada o determinada para ese momento. Por tal razón debe enfatizarse la autonomía e independencia de cada uno de esos laboríos, pese a su estrecha relación, y que, por consiguiente, no debe confundírseles como si se tratara de una misma actividad y, menos aún, sujetarse la demostración del daño a la de

su *quantum*, pues, como se aprecia, la regla que al respecto pudiera elaborarse sería exactamente la contraria, es decir, que la comprobación de la cuantía del perjuicio depende de la previa y suficiente constatación de la lesión patrimonial sufrida por el afectado.

Ello explica que en el plano procesal el incumplimiento de uno u otro deber provoquen efectos diversos. Mientras que la falta de acreditación del daño conduciría a colegir la insatisfacción del más importante elemento estructural de la responsabilidad civil, contractual y extracontractual, y, por ende, el fracaso de la correlativa acción judicial, la insatisfacción del segundo impone al juez decretar “de oficio, por una vez, las pruebas que estime necesarias” para condenar “por cantidad y valor determinados”. Entre otros supuestos, al pago de los “perjuicios” reclamados debidamente discriminados (art. 206 CGP), en ausencia de un valor determinado, el juez puede acudir al principio de equidad incorporado normativamente en la Ley 446 de 1998 en su artículo 16,

es posible acudir a la equidad para determinar el monto del daño, en aquellos casos límite, en que, habiéndose acreditado el perjuicio patrimonial, la determinación de su cuantía se torna extremadamente difícil, no obstante el cumplimiento de las cargas probatorias por la parte demandante (COLOMBIA, 2013b).

desde luego que la falta de la prueba del quantum de ese perjuicio corresponde suplirla a los juzgadores de instancia, cumpliendo con el deber de decretar pruebas de oficio, tal como lo ordena el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, precepto este que vedó, como principio general, las condenas en abstracto o in genere y, por ende, la absolución por la falta de determinación de una condena concreta (COLOMBIA, 2004).

14 CASO: APLICA LO ESTIMADO DE LA PRETENSIÓN Y NO EL VALOR PROBADO OSTENSIBLEMENTE MAYOR (MÁS DE MIL MILLONES DE PESOS)

El demandante estima su pretensión en 250 millones de pesos y el dictamen de parte y de oficio

los fijan en \$1.202'552.387 y en \$1.397'587.126 respectivamente, sentenciando por el valor estimado, con una diferencia promedio en más de mil millones de pesos.

El Instituto Nacional de Educación y Superación Politécnico INDES, instauró acción de tutela con el propósito de obtener el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y a la “tutela efectiva de la justicia”, que considera vulnerados por las autoridades accionadas (Tribunal de Arbitramento y Sala Civil de la Corte Suprema Justicia). Argumentó que convocó a Tribunal de Arbitramento a la Corporación Universitaria Remington, debido a la controversia surgida por el incumplimiento del contrato cuyo objeto es la oferta y promoción de los programas académicos de la convocada en los departamentos de Sucre y Córdoba, con excepción de Montería. Adujo que, mediante fallo del 29 de mayo de 2013, que fue adicionado el 12 de junio siguiente, mediante la cual el Tribunal de Arbitramento de Sincelejo declara que la convocada incumplió las obligaciones del contrato suscrito entre las partes, pero al cuantificar los daños dispuso reconocer únicamente la suma de \$250'000.000, a pesar de que en la demanda se solicitó el pago de la suma señalada o “el valor que se demuestre en el proceso”.

En el trámite arbitral se practicaron dos dictámenes periciales, el primero por solicitud de ambas partes y el segundo ordenado por el Tribunal de Arbitramento, los cuales cuantificaron los perjuicios en las cantidades de \$1.202'552.387,45 y en \$1.397'587.126,51, respectivamente, pero este Tribunal tomó la cifra estimada por el actor en la demanda o sea la suma de \$250'000.000,00, “por considerar [...] que sus facultades no comportan las de condenar por encima de lo pedido por el demandante”, de conformidad con lo establecido en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.

Argumentó que el citado Tribunal desconoció la salvedad de su pretensión, pues si bien se pidió una condena por \$250'000.000,00 también dijo “o por el valor que se demuestre en el proceso”, y se probó en forma incuestionable que los perjuicios sufridos fueron por una suma mayor, como lo reconoció el mismo fallador. Añadió que el Tribunal de Arbitramento incurrió en error al dejar de

valorar una prueba practicada en debida forma, se refiere a los dos dictámenes mencionados.

Presentó recurso de anulación con fundamento en las causales 8º y 9º de D.1818/1998, dada la incongruencia existente entre lo pedido y lo reconocido y porque el laudo dejó de decidir sobre un punto sometido a su consideración. Empero, el Tribunal Superior de Sincelejo lo declaró infundado al considerar que no estaban dados los supuestos fácticos que encuadraba en cada una de las causales invocadas, desconociendo el tenor literal de la demanda que originó el litigio y, por ende, que el Tribunal de Arbitramento no falló sobre “el valor que se demuestre en el proceso’.”, manifestando el Tribunal de Arbitramento que analizó la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil, que le da la posibilidad a los jueces de imponer condenas, siempre que estén demostradas, por cuantías superiores a la determinada por el actor, cuando a la cifra exacta se haya acompañado la expresión “o por la que se probare”. Sin embargo, con argumentos razonados se apartó de ella.

El juez de tutela (Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral) expresa:

No sobra señalar, que el Tribunal de Arbitramento al fijar el valor de la indemnización, en la suma estimada por el actor en la demanda al presentar el juramento estimatorio de perjuicios, se avino a lo señalado en el CGP art. 206, que prohíbe al juzgador *reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento*. Situación que constituye una razón demás para revocar el fallo impugnado, pues no era viable que se tuviera en cuenta la expresión ‘o el valor que se demuestre en el proceso’, como es la pretensión del accionante (COLOMBIA, 2014).

Resolviendo en sentencia del 30 de julio de 2014 negar la tutela de los derechos invocados por el Instituto Nacional de Educación y Superación Politécnico INDES, es decir, dio prioridad al valor

de las pretensiones estimados mediante juramento estimatorio frente a la suma demostrada y probada por dos dictámenes, uno de parte que el CGP privilegia y otro de oficio. Los dos señalan una diferencia promedio de más de mil millones de pesos del año 2013, aseverando que no era viable que se tuviera en cuenta la expresión ‘o el valor que se demuestre en el proceso’ que fue el imperio del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil que ahora deroga el Código General del Proceso, enviando al barranco lo probado. En el presente caso el dictamen de parte que este mismo código privilegia y lo entroniza como prueba. Diríamos además que es una prueba calificada que ha superado el interrogatorio de la contraparte y del juez, además el mismo juez lo ha corroborado por su análisis integral con las demás pruebas, so pretexto de una interpretación insular del inciso segundo del artículo 281 desdeñando el inciso primero de este mismo artículo, que por supuesto tiene precedencia en su consideración y aplicación, está antes, de primero. Su texto: “*La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos*”, que en criterio del investigador es la medida de daño que se ha logrado probar dentro del proceso, imperante desde los comienzos del derecho, es más es el derecho en sí.

Volviendo al caso que nos ocupa, el tribunal de arbitramento, para el efecto juez, ante la diferencia significativa entre el juramento estimando por 250 millones de pesos y el monto del dictamen de parte dictaminados en \$1.202'552.387 resultando una diferencia de cerca de mil millones de pesos, por lo cual el juez (tribunal de arbitramento) acude al mismo artículo 206 que reglamenta el Juramento Estimatorio, aplicando el inciso tercero:

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la **estimación es notoriamente injusta**, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, **deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido**. (resaltado fuera de texto)

Dado que el Juez advierte que la estimación es notoriamente injusta (y por lo tanto ilegal)

decreta de oficio un dictamen judicial para tasar el valor pretendido, como lo estipula el CGP, emitido por un experto (perito) de la lista de auxiliares escogido por el mismo juez, siendo imparcial, capaz y garante de credibilidad total, puesto que es el juez que lo elige y es ante él que presenta sus conclusiones. Este tasa la indemnización en \$1.397'587.126, suma que comparada con el valor pretendido de 250 millones de pesos resulta en una diferencia de más –no cercana– de mil millones de pesos (exactamente de \$1.147'587.126), que avala el dictamen de parte y lo corrobora las demás pruebas del proceso. El juez de manera prevalida se sujeta ciegamente a lo tasado en el juramento estimatorio sin mirar, en absoluto, la prueba ordenada por él mismo, la cual cumple con todos los requisitos, no se observa impedimento alguno o que el perito era incapaz o recusado por alguna razón. En nuestro criterio de esta investigación lo tasado bajo juramento es válido mientras no se objete. De objetarse da vía al fallo *ultra petita* (art. 206 del CGP) siempre que el daño probado su monto sea mayor; igual consideración si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, como en el presente caso, que dicha codificación lo amplía a si es ilegal o sospecha que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, entonces el mismo juez “deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido”, su finalidad es clara e inequívoca para tasar el valor pretendido, deviniendo inaplicable la pretensión estimado bajo juramento.

15 CASO: NIEGA EL LUCRO CESANTE E IMPONE SANCIÓN ECONÓMICA DEL JURAMENTO ESTIMATORIO (ART. 206 DEL CGP)

La demandante Ferroequipos mediante **contrato de compraventa suscrito el 27 de febrero de 2004** compró 34 (treinta y cuatro) montacargas y pagó el día 1º de marzo de 2004 a la demandada Bavaria S.A., quien se ha abstenido de cumplir con la entrega real y material de la totalidad de los mencionados montacargas, así como con la totalidad de los documentos y títulos de propiedad necesarios para su uso y disposición. A pesar de los varios requerimientos hechos a la

demandada se ha abstenido de entregar tanto la documentación para su registro, títulos de propiedad y documentos de importación de la totalidad de los 34 montacargas importados como tampoco la entrega real y material de 18 de los equipos pagados mencionados. Todo lo anterior ha imposibilitado el uso, usufructo, tránsito y disposición en el territorio nacional de los equipos comprados a Bavaria S.A.

Se presentó una demanda ante el Tribunal de Arbitramento de Bogotá para que se declare resuelto el contrato de compraventa suscrito el 27 de febrero de 2004 con Bavaria S.A., y se condene a esta última a pagar a favor de Ferroequipos la suma de novecientos cincuenta y cinco millones quinientos sesenta y cuatro mil seiscientos treinta y tres pesos (\$955'564.633,00) M/cte., por concepto de daño emergente, y la suma de cinco mil ochocientos ochenta y seis millones quinientos cincuenta y siete mil novecientos setenta y seis pesos (\$5.886'557.976,00) M/cte., por concepto de lucro cesante.

El Tribunal de Arbitramento profiere laudo el 8 de noviembre de 2013 que declara la resolución del contrato de compraventa y niega el lucro cesante al declarar próspera la excepción llamada “objeción a la estimación jurada de los perjuicios”, ordenando las restituciones mutuas y reconociendo el daño emergente al ordenar a la sociedad Bavaria S.A. a pagar a la sociedad Ferroequipos, a título de indemnización compensatoria por concepto de daño emergente, la suma actualizada de cuatrocientos cuarenta y cuatro millones noventa y ocho mil ochocientos veintisiete pesos (\$444'098.827) moneda corriente, que Ferroequipos pagó como precio de treinta (30) montacargas según el Contrato de Arrendamiento de Bienes Muebles y Prestación de Servicios celebrado entre Ferroequipos y Bavaria S.A. el 27 de febrero de 2004 –se refiere al contrato de compraventa–. Denegó el lucro cesante, condenando a Ferroequipos a pagar Bavaria S.A., la suma de doscientos noventa y cinco millones setecientos ocho mil pesos (\$295'708.000) moneda corriente por concepto de costas del proceso.

Recurso de anulación. Contra el anterior laudo ambas partes presentan recurso de anulación ante la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito

Judicial de Bogotá, que mediante providencia del 4 de junio de 2014, declaró fundado el cargo formulado por Bavaria S.A. respecto “[...] a la falta de congruencia [...]”, imponiéndole a Ferroequipos la sanción prevista en el inciso 4º del artículo 206 del Código General del Proceso sobre el Juramento Estimatorio. Apelación que el Tribunal Superior de Bogotá adiciona la sanción prevista en el inciso 4º del artículo 206 del Código General del Proceso sobre el Juramento Estimatorio al declarar fundado el cargo formulado de la contraparte, Bavaria, respecto “[...] a la falta de congruencia [...]”, en este orden de ideas, el juez de primera instancia (el Tribunal de Arbitramento) debería haber aplicado dicha sanción, dado que posteriormente vía tutela y la impugnación a la misma confirman la decisión del laudo.

Es comprensible que en las restituciones mutuas son un conflicto difícil de solucionar en razón a que el bien a devolver con sus mejoras, utilidades y frutos, y su contraparte en dinero a reintegrar con su actualización y/o intereses, de encontrar un balance a más de las pretensiones que puede ser muy diversas, entre ellas quedarse con el bien o recibir determinadas cantidades de dinero, que en el proceso pueden tomar un curso imprevisto que conlleven a que se nieguen algunos rubros indemnizatorios o que en la demanda determinada circunstancia no se tuviera en cuenta, aplicando la sanción del juramento estimatorio como sucedió en el laudo arbitral en comento:

[...] Eran montacargas viejos ya obsoletos, terminado el contrato de arrendamiento algunos podrían ser aun servibles, aunque más obsoletos y otros podrían ser ya inservibles y tampoco se sabría qué vida útil podría tener cada uno de ellos, obviamente ese escenario no planteado por la convocante hace que en este proceso las estimaciones sobre lucro cesante hasta el año 2015 resultan hipotéticas y especulativas, lo cual se opone a que sean indemnizados¹⁴. (negrillas fuera de texto)

Sea necesario hacer un paréntesis, la empresa Ferroequipos recibe de Bavaria la suma

de \$444'098.827,00 (valor actualizado a la fecha de la sentencia) que pagó por la compra de los montacargas, pero a su vez, debe pagar a Bavaria el valor de \$295'708.000,00 por concepto de costas del proceso, o sea que realmente recibe \$148'390.827,00, es decir recibe menos del 35% del valor pagado a Bavaria, faltando pagar la sanción por Juramento Estimatorio que la segunda instancia le impone, que si se toma el 10 o el 5% absorbe este valor residual y queda debiendo, hasta aquí el paréntesis.

Debido a lo anterior Ferroequipos instaura una tutela censurando la decisión adoptada por los árbitros, de denegar sin justificación sus exigencias resarcitorias, y al Tribunal Superior de Bogotá por imponerle la citada multa “a pesar de que ese punto había sido fallado y por ende emitir pronunciamiento sobre un asunto frente al cual no eran competentes”. Solicita el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, y como consecuencia dejar sin efecto la sentencia proferida por el Tribunal Superior, y en su lugar se corrija el Laudo Arbitral declarando impróspera la objeción a la estimación jurada de los perjuicios y se condene al pago de la indemnización reclamada; a su turno la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil profiere sentencia del 11 de diciembre de 2014 negando el amparo constitucional pretendido, toda vez que en las providencias censuradas no se advierte un proceder arbitrario o caprichoso por parte de los querellados. Por lo cual Ferroequipos, impugna este fallo proferido el 11 de diciembre de 2014 por la Sala de Casación Civil. La Sala de Casación Laboral mediante sentencia del 4 de marzo de 2015 confirma el fallo impugnado, ambas de la Corte Suprema de Justicia.

Nos llama la atención que Tribunal de Arbitramento declara resuelto el contrato de compraventa por el incumplimiento de Bavaria S.A. y ordenó las restituciones mutuas; no alcanzamos a vislumbrar los efectos del incumplimiento de Bavaria S.A., que deberían reflejarse en algunos perjuicios de daño emergente y lucro cesante, por

¹⁴ Laudo arbitral, Ferroequipos Yale Ltda., contra Bavaria S.A. Bogotá, D. C., 8 de noviembre de 2013, Árbitros: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo y Marcela Castro de Cifuentes.

la sencilla razón que tuvo la maquinaria por algún tiempo, en nuestro concepto que lo utilice o no debe generar un pago dado que es un bien productivo, se trata de maquinaria que si el incumplido –el comprador– la recibió era para utilizarla (sino para qué la compra). Lo anterior salvo lo que exprese el laudo.

De otra parte, consideramos que el Tribunal Superior del Distrito Judicial, como juez de segunda instancia, comete un yerro al imponer la sanción económica del inciso 4 del Art. 206 del CGP a Ferroequipos dado que el Tribunal de Arbitramento de Bogotá declara la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de Bavaria, sin ninguna inconformidad o cuestionamiento de esta decisión, siendo esta su pretensión principal y única; de no darse esta situación no se genera ninguna otra pretensión. Es decir, habría cumplimiento de Bavaria sin tener sentido instaurar la demanda de perjuicios que serían inexistentes; sin embargo, el Tribunal Superior para imponer dicha sanción argumenta que a Bavaria le prospera la excepción llamada “objeción a la estimación jurada de los perjuicios”, le prospera pero de manera parcial dado que el daño emergente sobre el pago de las montacargas se aceptó por el Tribunal de Arbitramento el cual ordena restituirlos actualizados; estamos convencidos de que sobre excepciones que prosperan parcialmente que se derivan de una principal, que si prosperó, dicha sanción deviene inaplicable. Esperamos que la jurisprudencia venidera así lo considere.

16 CONCLUSIÓN

En consecuencia con la doctrina, jurisprudencia y normas del Código de Procedimiento Civil, del Código del Proceso, y los pronunciamientos de la Corte analizadas, forzoso es concluir que el monto de la pretensión es limitado únicamente por lo que llegare a probarse, siendo viable y legal que el juez sobre la cantidad pedida en las pretensiones puede condenar por una suma mayor de hallarse demostrado dentro del proceso por tal concepto una cuantía superior a la que de aquel modo el actor hubiera determinado. Caso contrario, esto es, si se llegara a reducir la condena al guarismo explicitado en la demanda, incurrirá

en un fallo incongruente por mínima *petita*, con el agravante de legitimar la indemnización parcial a la víctima debido a la instauración de demandas reducidas por temor a la sanción al sobrepasar en el 50% de lo probado en el proceso y en el evento que los daños se declaren no probados.

Tiene un rol importante el abogado litigante al tener que esgrimir los argumentos e interpretaciones de las normas expuestas de manera integral en favor de las víctimas y/o beneficiarios, como lo interpretó en su momento la Corte suprema de Justicia de la Sala de Casación Civil en sentencia del 15 abril de 2009a, sosteniendo que la expresiones “o la que se pruebe”, o “la que resultare probada”, o “la que se probare en el proceso”, o cualquiera otra de similar contenido, tienen eficacia superando la retrograda interpretación que el demandante solo quería lo pedido, siendo a todas luces injusto cuando el daño es mayor. La sentencia en comentario concreta: “expresado de otro modo, las memoradas frases resultarán provechosas bajo la doctrina que ahora se prohija, porque si están incluidas en la súplica respectiva y si el acopio probativo permite establecerlo, harán posible imponer una cifra mayor de la que en términos numéricos la parte actora haya solicitado”.

En las condiciones expuestas la afirmación: “el monto estimado por los actores no marca el límite de la pretensión sino la medida del daño”, adquiere validez jurídica y procesal.

REFERENCIAS

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*. Santiago de Chile: Universal, 1981.
- CHARTIER, Ives. *La reparation du prejudice*. París: Dalloz, 1983, N° 124.
- COLOMBIA. Cámara de Comercio de Bogotá. Tribunal de Arbitramento profiere laudo el 8 de noviembre de 2013c. Ferroequipos Yale Ltda., contra Bavaria S.A. Árbitros: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo y Marcela Castro de Cifuentes.
- COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de 1.º Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 10 de agosto de 2000a, exp. 12718.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de 1.º Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2008, rad. 16.996. C.P. Enrique Gil Botero.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de 1.º Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de marzo de 2009b, exp. 17994. Sentencias del 20 de febrero de 2008, exp. 16996 y del 19 de agosto de 2009b, exp. 18364.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de 1.º Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de octubre de 2011, rad. 68001-23-15-000-1999-00606-01 (20861). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sentencia del 19 de julio de 2000, exp. 11.842. Sentencias del 18 de febrero de 1999, exp. 12.210; del 3 de mayo de 1999, exp. 11.169.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sentencia del 19 de julio de 2000, exp. 11.842. Sentencia del 2 de marzo de 2000b, exp. 11.250.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-157 de 21 de marzo de 2013, exp. D-9263, y Sentencia C-332 de 05 de junio de 2013, exp. D-9514, ambas con ponencia del doctor Mauricio González Cuervo (2013a).

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de marzo de 2004, exp. C-7623.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de abril de 2009a. M. P. César Julio Valencia Copete.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de febrero de 2013b, exp. 11001-3103-004-2002-01011-01, M. P. Arturo Solarte Rodríguez.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de diciembre de 2012. Proceso 05266-31-03-001-

2004-00172-01, M. P. Ariel Salazar Ramírez.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 30 de julio de 2014, STL10760-2014, radicación 55051. M.P., Carlos Ernesto Molina Monsalve.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 4 de marzo de 2015, STL2541-2015, radicación 60359, M.P., Luis Gabriel Miranda Buelvas.

DE ÁNGEL YAGUÉS, Ricardo. *Tratado de responsabilidad civil*. Madrid: Civitas, 1993.

DE CUPIS, Adriano. *El daño*. 2.ª edición. Madrid: Bosch, 1975.

DÍEZ PICAZO, Luis; DE LEÓN, Ponce. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999.

GAVIRIA CARDONA, Alejandro. Manual de liquidación de perjuicios patrimoniales. En: *Revista Anuala*, Medellín (Colombia), Ed. Universidad Autónoma Latinoamericana, junio de 2016.

GIL BOTERO, Enrique. *Teoría de responsabilidad extracontractual del estado*. 2. ed. Medellín: Librería Jurídico Sánchez, 2001.

HERRADOR GUARDIA, Mariano José (Director). *Daño, responsabilidad y seguro: dossier practico*. Madrid: Francis Lefebvre, 2016.

JÍMENEZ GIL, William. Entre reglas y principios. En: *Revista Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Bogatá, Facultad de Derecho de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, v. 1, n. 1, 2008. p. 15-50.

LACAPITAL. Millonaria indemnización a una mujer que, tras dar a luz, le amputaron sus miembros. (En línea) En: <<http://www.lacapital.com.ar/informacion-gral/>

millonaria-indemnizacion-una-mujer-que-dar-luz-le-amputaron-sus-miembros-n468880.html>.

Acceso en: 1 diciembre 2016.

LAMBERT FAIVRE, Yvonne. La evolución de la responsabilidad civil; de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización. Traducción de Eliana Núñez. En: ALTERINI, Atilio; LÓPEZ CABANA, Roberto. *Derecho de daños (y otros estudios)*. Buenos Aires: La Ley, 1992.

LAMBERT FAIVRE, Yvonne. L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation. En: *Revue trimestrielle de Droit Civil*, París, Ed. Paris / Sirey, 1987.

MAZEAUD, Henri; DE LEÓN, Jean. *Lecciones de derecho civil: la responsabilidad civil: los cuasicontratos*. Parte segunda. v. II. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1960.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León; TUNC, André. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil. In: *EJEA*, Buenos Aires, tomo I, volumen I, 1961.

MEDINA CRESPO, Mariano. Conservación y progreso en el nuevo baremo de tráfico: gozos y sombras por lo que se resarce y deja de resarcir. En: HERRADOR GUARDIA, Mariano José (Director). *Daño, responsabilidad y seguro: dossier practico*. Madrid: Francis Lefebvre, 2016.

PANTOJA BRAVO, Jorge. *Derecho de*

Daños. Tomo I. Bogotá: Leyer, 2015a.

PANTOJA BRAVO, Jorge. *Derecho de Daños*. Tomo II. Bogotá: Leyer, 2015b.

PANTOJA BRAVO, Jorge. *Derecho de Daños*. Tomo III. Bogotá: Leyer, 2015c.

PANTOJA BRAVO, Jorge. *El daño a la salud*. Bogotá: Leyer, 2016.

PINZÓN MUÑOZ, Carlos Enrique. *La reparación directa: aspectos procesales y probatorios*. 3.ª edición. Bogotá: Ibañez, 2016.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Tratado práctico de derecho civil francés: las obligaciones*. Traducción española del Dr. Mario Diaz Cruz, con el concurso de René Savatier. Tomo VI. Primera Parte, Habana: Ed. Cultural La Habana, 1946

QUINTERO PÉREZ, Magda Isabel. El juramento estimatorio en el Código General del Proceso. En: *Legis on line*, publicado el 04 de agosto del 2016.

VISINTINI, Giovanna. *¿Qué es la responsabilidad civil?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*. Tomo I. Bogotá: Legis, 2007.

Submissão em: 19 julho 2018.

Pareceres favoráveis em: 30 setembro 2018.

FEMINICÍDIO - ORIGEM - TRATAMENTO ATUAL NO CÓDIGO PENAL - CONTEXTUALIZAÇÃO NOS TRATADOS INTERNACIONAIS

P. Ximena Morales¹

RESUMO

Através deste artigo será abordado o feminicídio, entendendo este como o homicídio cometido por um homem sendo sua vítima uma mulher. Este tipo legal contido no artigo 80, inc. 11.º do Código Penal da República Argentina. Agrava-se a pena para situações como a descrita. A Argentina recebeu em seu Código Penal a figura jurídica em 2012, baseado em instrumentos internacionais, refletindo os compromissos assumidos no momento da ratificação. Essa circunstância tem sido um grande passo no tratamento de questões complexas, como crimes causados em um contexto de desigualdade física, em alguns casos de sujeição psicológica, violência doméstica, econômica, trabalhista, etc., que colocam as mulheres em um contexto de falta de proteção que merece custódia especial pela legislação.

1 DIRETRIZES GERAIS. FASE ANTERIOR À PROMULGAÇÃO DA LEI 26.791 QUE INCORPOROU O FEMICÍDIO/FEMINICÍDIO NO ARTIGO 80 INC. 11 NO CÓDIGO PENAL DA NAÇÃO ARGENTINA

Nos últimos anos, observou-se uma tendência legislativa na Argentina e alguns países vizinhos, dando um passo claro na direção da expansão dos direitos das mulheres e que tem seu alvo na igualdade de gênero. Nesse sentido, a figura do femicídio ou feminicídio se tornou a bandeira de luta dos movimentos ativistas das mulheres na América Latina, obtendo seu tratamento legislativo.

Com isso, assumiu-se a obrigação internacional de muitos Estados de prevenir, erradicar e punir a violência contra as mulheres, com base em seu *status* como tal.

Em abril de 2009, com a promulgação da Lei 26.485, a República Argentina chegava próximo de cumprir as normas internacionais de proteção e acesso à justiça para mulheres que sofreram algum tipo de violência, a qual é definida como na Lei 26.485, assim:

Artigo 4.º [...] toda conduta, ação ou omissão, que direta ou indiretamente, tanto na esfera pública quanto na privada, baseada em uma relação de poder desigual, afeta sua vida, liberdade, dignidade, integridade física, psicológica, sexual, econômicos ou patrimoniais, bem como sua segurança pessoal, inclusive aqueles perpetrados pelo Estado ou seus agentes. A violência indireta é considerada, para os fins desta lei, como qualquer conduta, ação, omissão, disposição, critério ou prática discriminatória que coloque as mulheres em desvantagem em relação aos homens.

Ações de proteção judicial e administrativa surgem do restante de seus artigos. Desta forma, dispõe a referida Lei 26.485 da República Argentina:

Artigo 3.º Direitos protegidos. Esta lei garante todos os direitos reconhecidos pela Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, a Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, a Convenção sobre os Direitos de Crianças e Lei 26.061 de Proteção Integral dos Direitos de Meninas, Meninos e Adolescentes e, especialmente, os referidos a:

¹ Advogada-Bacharel (UBA). Especialista em Administração de Justiça (UBA). Funcionária da Justiça Federal Penal. Argentina.

- a) uma vida sem violência e sem discriminação;
- b) saúde, educação e segurança pessoal;
- c) integridade física, psicológica, sexual, econômica ou patrimonial;
- d) que sua dignidade seja respeitada;
- e) decidir sobre a vida reprodutiva, número de gestações e quando tê-los, de acordo com a Lei 25.673, que estabelece o Programa Nacional de Saúde Sexual e Procriação Responsável;
- f) intimidade, liberdade de crença e pensamento;
- g) receber informação e aconselhamento adequados;
- h) desfrute de assistência abrangente, proteção e medidas de segurança;
- i) desfrutar de livre acesso à justiça nos casos que se enquadram no âmbito de aplicação desta lei;
- j) a real igualdade de direitos, oportunidades e tratamento entre homens e mulheres;
- k) um tratamento respeitoso às mulheres que sofrem violência, evitando qualquer conduta, ato ou omissão que produza revitimização.

Ao mesmo tempo, indica-se como obrigação do Estado a de garantir às mulheres em qualquer processo judicial ou administrativo, além de todos os direitos reconhecidos na Constituição Nacional, nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pela Nação Argentina, na lei em assunto e nas leis que consequentemente serão ditadas, os seguintes direitos e garantias:

Artigo 16 [...]

- a) a gratuidade do processo judicial e do patrocínio legal especializado;
- b) a obter uma resposta oportuna e eficaz;
- c) a ser ouvida pessoalmente pelo juiz e pela autoridade administrativa competente;
- d) a ter sua opinião levada em conta ao chegar a uma decisão que a afete;
- e) a receber proteção judicial urgente e preventiva quando algum dos direitos previstos no art. 3.º desta lei estiver ameaçado ou violado;
- f) à proteção de sua privacidade, garantindo a confidencialidade do processo;
- g) a participar do procedimento recebendo informações sobre a situação do caso;
- h) a receber um tratamento humano, evitando a revitimização;
- i) amplitude de elementos comprobatórios para provar os fatos denunciados, levando em conta as circunstâncias especiais em que os atos de violência ocorrem e quem

- são suas testemunhas naturais;
- j) a opor-se à realização de inspeções ao seu corpo fora do estrito enquadramento da ordem judicial. No caso de consentimento e em perícias judiciais, têm o direito de serem acompanhadas por alguém de confiança e que sejam executadas por profissionais especializados treinados com perspectiva de gênero;
- k) a ter mecanismos eficazes para denunciar os funcionários por descumprimento dos prazos estabelecidos e outras irregularidades.

Entre os instrumentos internacionais que serviram de base para o tratamento normativo na Argentina de uma legislação que sanciona atos de violência contra a mulher, tal como está sendo desenvolvida, toma grande protagonismo a Convenção de Belém do Pará (09/06/1994, de qual a Argentina é um país signatário).

Nela afirma que:

Artigo 1.º [...] a violência contra as mulheres deve ser entendida como qualquer ação ou conduta, com base em seu gênero, que cause a morte, dano físico ou sexual ou psicológico ou sofrimento às mulheres, tanto na esfera pública como na privada [...].

Artigo 2.º [...] Se entenderá que a violência contra a mulher inclui violência física, sexual e psicológica:

- a) que tenha lugar dentro da família ou unidade doméstica ou qualquer outra relação interpessoal, quer o agressor comparta ou não a mesma residência com a mulher, e que compreende, entre outros, estupro, maus tratos e abuso sexual;
- b. que tenha lugar na comunidade e seja cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outros, estupro, abuso sexual, tortura, tráfico, prostituição, sequestro e assédio sexual no trabalho e em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro lugar; e
- c. perpetrada ou tolerada pelo estado ou seus agentes, onde quer que ocorra [...].

2 DEBATE PARLAMENTAR LEI 26.791

A Lei 26.791 foi sancionada em 14 de novembro de 2012 e promulgada em 11 de dezembro do mesmo ano. O debate parlamentar que enquadrou e precedeu sua sanção é de interesse. O contexto social foi um ponto de

encontro no discurso de **todos os legisladores que expressaram sua convicção de que, com a reforma, eles passaram a reconhecer uma realidade social que merecia uma crítica particularmente significativa ao valor especialmente vulnerável dos direitos humanos e sua direção óbvia para sustentar uma cultura de opressão. Todos mantiveram em maior ou menor grau que se tratava de um passo em direção aos objetivos de alcançar a plena igualdade no exercício dos direitos de homens e mulheres e no esforço para erradicar o brutal obstáculo ao progresso representado pela violência contra as mulheres.**

A Senadora Escudero argumentou que “[...] para a conduta do feminicida, a vida da mulher está condicionada ao cumprimento das expectativas do macho, o macho a considera parte de seu patrimônio. Então, quando a mulher falha em satisfazer suas expectativas, ele a castiga. [...]”.

O Deputado Milman acrescentou que “[feminicídio] é a palavra que mais bem descreve os assassinatos de mulheres por homens, motivados por desprezo, ódio, prazer ou um senso de propriedade sobre elas [...]”.

Ao anteriormente exposto acrescentaram que há um *plus* no femicídio que não está presente nas demais circunstâncias agravantes e que consiste no brutal desprezo à dignidade das pessoas “[...] aquele profundo desprezo em relação à condição humana da mulher que, se não admite se submeter às suas decisões, não merece continuar sua existência [...]”.

A Deputada Fernandez Sagasti indicou que

[...] a violência contra a mulher representa uma violação dos direitos humanos e constitui um dos principais obstáculos para alcançar uma sociedade igualitária, por isso o Estado deve agir para impedir a violação dos direitos das mulheres e investigar e

punir eficaz e adequadamente os atos de violência contra elas [...].

A Deputada Mirkin indicou que “[...] a morte de uma mulher nas mãos de um homem é o último passo de muitos anos de violência que, conforme estabelecido pela lei integral de violência contra as mulheres, se trata de violência sexual, psicológica, econômica, simbólica e a exibida na mídia [...]”².

Em outro ponto em sua apresentação a Senadora Escudero disse:

[...] Quanto à definição de feminicídio dizemos: o homem que mata uma mulher ou a uma pessoa que se autoperceba com identidade de gênero feminina e realize violência de gênero [...] O que significa que a violência de gênero? Em nossa legislação, em nossa lei, é claramente definido o que se entende por violência de gênero, tanto na lei 26.485, de proteção integral, precisamente para prevenir, punir e erradicar a violência contra as mulheres, como na que aprova a Convenção de Belém do Pará. Ou seja, a figura é absolutamente clara e específica. Este feminicídio que estamos tipificando como tal, inclui o feminicídio íntimo, ou seja, no contexto de uma relação íntima, e feminicídio sexual, quando existam relações sexuais ou desejo de ter, mas não se limita a esses dois tipos, existe sempre que a violência de gênero intervenha, seja feminicídio íntimo, sexual ou outro tipo [...]³.

Também se pronunciou a deputada Rodriguez ao argumentar que

[...] É verdade que a incorporação da palavra “feminicídio” foi solicitada, embora na realidade seja um reducionismo legal, porque aqui se trata de uma categoria muito mais ampla do que pode conter um tipo penal: inclui o homicídio sexual de mulheres, o homicídio ligado a uma situação de violência de gênero não só íntimo, que é o referido no parágrafo 1 – que foi ampliado – mas também quando é por meio de conhecidos ou estranhos [...]⁴.

² Confr. Diário de Sessões da E.^{xma} Câmara dos Deputados da Nação – República Argentina –, período 130, 5.^a reunião, 4.^a Sessão Ordinária, 18 de abril de 2012.

³ Confr. Diário de Sessões da E.^{xma} Câmara de Senadores da Nação – República Argentina –, período 130, 16.^a reunião, 11.^a Sessão Ordinária, 3 de outubro de 2012, p. 101.

⁴ Idem, ibidem.

3 TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE FEMINICÍDIO COMO HOMICÍDIO AGRAVADO (ARTIGO 80, PARÁGRAFO 11 CP)

A redação atual do artigo 80, parágrafo 11, do Código Penal da República Argentina, com subseção incorporada pela lei 26.791, art. 2 BO 12/14/12, é a seguinte:

Será imposta a prisão perpétua ou confinamento perpétuo, podendo ser aplicado o disposto no artigo 52, ao que mate:

[...] A uma mulher quando o ato é perpetrado por um homem e medeia violência de gênero.⁵

Como observado, a penalidade é agravada quando o sujeito passivo é uma mulher que foi vítima de violência de gênero por um homem. Neste caso, o sujeito ativo só pode ser um homem, enquanto o sujeito passivo deve necessariamente ser uma mulher. A razão para essa causa de agravamento da Sentença deve estar no contexto de violência física ou coercitiva que caracteriza a violência de gênero. O homicídio de mulheres nessas condições aparece como o epílogo fatal de um relacionamento atravessado pela sujeição e humilhação expressa em relação ao gênero feminino (ABOSO, 2017, p. 505).

Também se argumentou que

[...] o feminicídio [...] alcança a cada morte de uma mulher com base em seu gênero ou, em outras palavras, que é explicada pelo fato da vítima pertencer ao gênero feminino [...]. Por exemplo, para seguir uma das possíveis sistematizações, o modelo de protocolo de pesquisa latino-americana de mortes violentas de mulheres por gênero (o femicídio/feminicídio), identifica ao feminicídio íntimo [...] o não íntimo (morte de uma mulher, cometida por um homem desconhecido com quem a vítima não teve nenhum tipo de relação, por exemplo,

agressão sexual) [...] o “sexual sistêmico” (alude à morte de mulheres que foram sequestradas, torturadas e/ou estupradas) [...] Esses fatos têm em comum que são expressões extremas de violência, mas de um tipo específico de violência, que está diretamente ligado ao gênero da vítima [...] Por isso, esse tipo de violência é chamado de “violência de gênero contra a mulher” ou “violência contra as mulheres com base no gênero” ou “violência contra as mulheres porque são mulheres [...]” (PZELLINSKY; PIQUÉ, 2016, p. 353-354; TOLEDO VÁZQUEZ, 2014, p. 139ss.).

Nesse sentido, “[...] se o objetivo principal é proteger as mulheres vítimas de abuso, a resposta à violência baseada no gênero deve evitar soluções unitárias e uniformes que estejam longe das particularidades do caso [...]” (DI CORLETO, 2015, p. 197).

Argumentou-se que, para que um caso de violência de gênero seja configurado, um episódio isolado pode ser suficiente. Assim, como nem todo ato contra uma mulher será violência de gênero, também não é a sua repetição necessária para ser configurada. É necessário, portanto, avaliar as condições de cada caso particular para determinar a típica subsunção da ação na figura legal que está sendo analisada, levando em consideração as premissas indicadas acima.

A esse respeito,

“[...] ao caracterizar um ato de violência contra uma mulher como violência de gênero”, a localização geográfica de um evento é uma questão periférica. A variável relevante é que o ato foi baseado em uma relação desigual de poder (art. 4.º, lei 26.485) ou o gênero das mulheres (art. 1.º da Convenção de Belém do Pará) ou especialmente dirigido contra uma mulher em seu *status* (Corte IDH, caso: PEROZO e outros vs. Venezuela, Exceções preliminares, Mérito Reparações e Custas, parágrafo 295 e caso: RIOS e outros vs. Venezuela Exceções Preliminares, Fundo. Reparações e Custos, par. 279, ambos de 28/0109) [...] a

⁵ O referido artigo 52 do Código Penal argentino dispõe: “A detenção indeterminada será imposta como acessório da última condenação, quando a reincidência foi múltipla de tal maneira que as seguintes penalidades anteriores mediam:

1. Quatro penas privativas de liberdade, sendo uma delas maior de três anos;
2. Cinco penas privativas de liberdade, de três anos ou menores.

Os tribunais poderão, por única vez, deixar em suspenso a aplicação de esta medida acessória, fundando expressamente sua decisão na forma prevista no art. 26.”

violência doméstica é um fenômeno sistêmico e estrutural, um mecanismo de controle patriarcal que é construído sobre a superioridade masculina e inferioridade feminina, e expectativas estereotipada sobre papéis de gênero, ea predominância de aspectos econômicos, sociais e políticos de homens e dependência de mulheres (PIQUÉ, 2016, p. 207).

Então, a próxima pergunta está subjacente: quando um homicídio é tipificado como feminicídio? Quais são os elementos de agravamento do comportamento e com ele da imputação?

Existem casos de feminicídio que podem ser inclusos em outras figuras agravadas, como assassinato por ira ou homicídio por ódio⁶ e ódio ao gênero⁷. Mas, para um homicídio ser classificado como feminicídio, o fato deve estar ligado à violência de gênero. E é justamente isso que lhe confere o caráter de agravado, ou seja, o modo pelo qual as vítimas podem evitar a agressão do autor é se submetendo à sua vontade. A outra opção é que são assassinadas porque não se submeteram (PERALTA, 2013, p. 4). Nesta sujeição e coisificação da vítima reside uma das chaves para interpretar a violência de gênero e feminicídio.

4 A DECISÃO QUE DEU NOME AO FEMINICÍDIO

Meses antes de sua inclusão no catálogo penal e encontrando um terreno fértil para a sua introdução no assunto, o Tribunal Oral n.º 9 da Capital Federal [Buenos Aires], nomeou o crime com base nos fundamentos da condenação proferida em 8 de agosto de 2012.

Os eventos em que o Tribunal de primeira instância interveio foram os seguintes: em 2 de agosto de 2010, nas primeiras horas da manhã –

8h – Javier Weber, então com 53 anos, apareceu vestido de peruca, capa de chuva, chapéu e bengala, tentando fingir ser uma pessoa idosa, e foi até a porta da “Escola Manuela Pedraza”, aonde a ex-mulher ia levar as duas filhas. Confrontado com ela, ele proferiu insultos lhe dizendo que ele já havia avisado que iria matá-la. Então, ele colocou um revólver no seu peito e disparou. A mulher foi salva por milagre, já que dois projéteis atingiram o peito e o terceiro o abdômen.

Um dos juízes em seu voto afirmou:

[...] Não há dúvida de que a morte de uma mulher como resultado da violência de gênero constitui uma categoria sociológica claramente distinguível e que adquiriu especificidade normativa da Convenção de Belém do Pará. Não há razão, conseqüentemente, para não dar um nome e, neste sentido, deve-se notar que a conduta de Javier Claudio Weber constitui uma tentativa de feminicídio, ou seja, a morte de uma mulher – ou de uma pessoa com uma identidade feminina – executada para um homem por causa do gênero [...].

Também foi indicado que “[...] o feminicídio é, em si mesmo, a expressão extrema da violência de gênero porque implica a negação da própria vida [...]”.

As situações humilhantes pelas quais a vítima passou foram apontadas na resolução, como forçá-la a dormir no chão ou no quarto de serviço, acrescentando ao exposto que ela vivia ameaçada de morte – chegou a denunciá-lo oitenta vezes.

Weber foi condenado a 21 anos de prisão pelos crimes de tentativa de homicídio qualificado por ter sido cometido com arma de fogo e por porte ilegal de arma de fogo. Foi adicionado um ano e meio por ameaças consecutivas (LA SENTENCIA, 2012, p. 12).

⁶ Artigo 80 do Código Penal da República Argentina (CP) “Será imposto encarceramento perpétuo ou prisão perpétua [...] ao que mate [...]: 2) com crueldade, traição, veneno ou outro procedimento insidioso [...]”.

⁷ Artigo 80, inc. 4.º CP impõe pena ao que mata “[...] por prazer, cobiça, ódio racial, religioso, **de gênero** o à orientação sexual, identidade de gênero o sua expressão” (grifos nossos). Sobre o ódio de gênero ao que se refere este inciso, esta agravante captura aqueles feminicídios que estão guiados exclusivamente por ódio contra as mulheres. Estes fatos, chamados “feminicídios por misoginia” integram o conjunto dos crimes de ódio (PZELLINSKY; PIQUÉ, 2016, p. 368).

5 ANÁLISE DOS JULGAMENTOS DE FEMINICÍDIOS DESDE 2012

O trabalho de investigação realizado pela Unidade Especial de Promotoria em Violência contra a Mulher (UFEM), órgão da Procuradoria-Geral da Nação, do Ministério Público Fiscal, realizado por ocasião de cinco anos da sanção do tratamento agravante, é muito útil nesse sentido. Em seu relatório “Análise das primeiras 50 sentenças para o feminicídio do país, artigo 80, inciso 11 do Código Penal, 5 anos após a lei 26.791”, condensa dados concretos que permitem visibilizar categoricamente o problema em crise.

Foram tomados para a elaboração do relatório casos nos quais a Sentença proferida foi condenatória para os homicídios consumados, agravada pelo artigo 80, inc. 11.º do Código Penal da República Argentina (excetuando-se assim os que permaneceram em tentativa).

O universo de dados coletados foi de 54 Sentenças, sendo a primeira proferida em 29 de outubro de 2014 e a mais recente em 12 de junho de 2017. Registraram-se 55 vítimas, todas mulheres, e 58 autores condenados por feminicídio.

Desagregando esse número, obtém-se que, em 2014 foi emitida uma única Sentença para o crime em desenvolvimento; em 2015, houve 20 condenações nesse sentido; para 2016, as sentenças foram aumentadas para 27; e em 2017 – no momento do levantamento – havia seis.

No que diz respeito às jurisdições do país que mais aprovaram Sentenças para o feminicídio, Salta conta com doze; Córdoba com dez; Buenos Aires, continua com nove, a cidade autônoma de Buenos Aires com oito; e o número diminui no restante das províncias argentinas.

Das 54 Sentenças analisadas, aparece que 57 homens e uma mulher foram condenados. A mulher foi condenada como coautora com seu parceiro, pelo assassinato de uma mulher com quem ele teve outro relacionamento afetivo. Vale dizer que o agravamento só foi aplicado ao homem.

A idade média dos perpetradores desse crime é de 37 anos e 40% dos condenados têm entre trinta e 49 anos. Quanto à nacionalidade, 87% – de 51 casos – são de nacionalidade argentina;

existem apenas dois casos de autores de feminicídio de outros países da região: um paraguaio e um uruguaio.

Em 94% dos casos, havia conhecimento prévio entre a vítima e o perpetrador – geralmente como casal – e, em menor escala, eram conhecidos. Houve apenas três casos (6%) em que não havia nenhum vínculo anterior.

Feminicídios íntimos, entendidos como aqueles cometidos no campo de relacionamentos de um casal e ex-parceiro, havendo ou não coabitação, têm 46 vítimas, das quais 70% encontraram a morte à mão daqueles que eram seus parceiros no momento do evento. E os 30% restantes, morreram devido à intervenção fatal de seus ex-parceiros.

Nesse tipo de feminicídio, predomina o esfaqueamento (36%) seguido dos casos de mulheres baleadas (24%).

Assinalou-se que dezoito Sentenças registraram queixas prévias da vítima contra o agressor (39% dos casos foram condenados por feminicídio íntimo). Esta maior porcentagem das Sentenças poderia ser devido ao fato de que este é um elemento que os Tribunais consideram para aplicar a circunstância agravante.

Um fato que comove é que, em nove das Sentenças ditadas pelo feminicídio íntimo (19%), o ato foi cometido em frente aos filhos da vítima.

De outro ângulo, pode-se ressaltar que há também o chamado feminicídio sexual, que é aquele em que se estabeleceu que houve violência sexual no ataque, com ou sem acesso carnal e sem restringir a violência sexual à violência genital. Pode ocorrer em qualquer relação vincular.

Quanto ao método de tratamento do corpo sem vida, observou-se que em 22% dos casos, o agressor descartou-o com desprezo, assimilação ao lixo ou intenção de descarte. Houve casos em que o corpo foi embrulhado em sacos e jogado em valas ou esgotos, desmembrado e integrado ao sistema de coleta de lixo para seu desaparecimento, ou diretamente, não pôde ser encontrado. Em quatro casos foi evidenciada mutilação corporal, incluindo em dois deles a queima do cadáver.

6 INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS MENCIONADOS NAS SENTENÇAS

Sendo feita uma revisão dos antecedentes jurídicos se observa a frequente menção à sanção prevista no artigo 80, parágrafo 11.º do Código Penal, que reflete o compromisso que o Estado assumiu em nível internacional quanto aos Direitos Humanos. Em particular, a preocupação do Estado contra a desigualdade de gênero, o que tem sido um avanço qualitativo nas últimas décadas na Argentina. A reforma constitucional de 1994 foi o primeiro avanço neste sentido. Fundamentalmente, através da incorporação de acordos internacionais de hierarquia constitucional.

Nessa linha, destaca-se a frequente invocação nas Sentenças condenatórias do agravante contido no artigo 80, inc. 11.º do Código Penal, de um grande número de instrumentos internacionais. Assim, vê-se a menção da “Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher” (Convenção de Belém do Pará), na grande maioria dos casos (43).

Em 44 decisões (equivalente a 81%) mencionam-se os Tratados Internacionais adotados pelo Estado vinculados aos direitos das mulheres e das crianças.

Também são evidenciadas a “Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres” (CEDAW) – mencionada em 28 ocasiões, acompanhada pela nomeação da Recomendação do Comitê CEDAW n.º 19 sobre a violência contra as mulheres; e a “Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente” – três casos.

Também são mencionados instrumentos *soft law* como a “Conferência Mundial de Pequim” – oito casos –; a “Declaração Universal sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres”; o “Protocolo Modelo Latino-Americano para a Investigação de Mortes Violentas de Mulheres por Razões de Gênero” e as “Regras de Brasília” – entre outros.

A este respeito, não se deve perder de vista a responsabilidade assumida pelo Estado nesta matéria ao incorporar, como estatuto constitucional, vários

documentos que garantem a proteção integral das mulheres e castigo de todas as formas de violência contra elas.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “Velásquez Rodríguez” de 1988, concluiu que os Estados são obrigados a “investigar cada situação envolvendo uma violação dos direitos protegidos pelo direito internacional”.

7 CASO “GONZÁLEZ Y OTROS CONTRA O MÉXICO (CAMPO ALGODONERO)” –CORTE IDH

Também importante é a citação feita da jurisprudência internacional, que marcou um caminho no que diz respeito à investigação de casos em que ocorre a violência de gênero.

Veja-se.

Os fatos do caso narrado a seguir ocorreram em Ciudad Juarez (México), aonde três jovens desapareceram e foram encontradas mortas. Elas eram:

- Laura Berenice Ramos, uma estudante de 17 anos, desapareceu em 22 de setembro de 2001;
- Claudia Ivette Gonzáles, uma maquiadora de 20 anos, desapareceu em 10 de outubro de 2001;
- Esmeralda Herrera Monreal, uma empregada doméstica de 15 anos, desapareceu na segunda-feira, 29 de outubro de 2001.

Seus parentes apresentaram as denúncias de desaparecimento. No entanto, nenhuma investigação adicional foi iniciada. As autoridades se limitaram a elaborar os registros de desaparecimento, os cartazes de busca, a extração de declarações e o envio do ofício à polícia judiciária.

Em seis de novembro de 2001, foram encontrados os corpos que mostravam sinais de violência sexual. Concluiu-se que as três mulheres foram privadas de sua liberdade antes de sua morte. Apesar dos recursos interpostos por seus familiares, os responsáveis não foram investigados ou punidos.

O caso foi tratado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que resolveu em 16 de novembro de 2009.

Solicitou-se à Corte Interamericana que declarasse o México responsável pela violação dos direitos consagrados nos artigos 4, 5, 8, 19 e 25 da “Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, em relação às obrigações estabelecidas nos artigos 1.1 e 2 da referida Convenção, e a violação do artigo 7 da “Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher”.

Houve petição dos representantes das vítimas para que a CIDH, além dos requerimentos com fundamentos nos artigos invocados pela Comissão, declarasse que o Estado é responsável pela violação dos artigos 7 e 11 da “Convenção Americana”, todos eles em relação com os artigos 1.1 e 2, bem como o artigo 7 da “Convenção de Belém do Pará”, em relação com os artigos 8 e 9 do mesmo instrumento. Além disso, pediram a condenação pela violação do artigo 5 da “Convenção Americana” em detrimento das três mulheres.

A Corte então se comprometeu a determinar se o México cumpriu com suas obrigações de respeitar e garantir os direitos à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal das jovens González, Ramos e Herrera.

Em relação ao **dever de prevenção**, defendeu-se que os Estados devem adotar medidas abrangentes para cumprir a devida diligência em casos de violência contra a mulher. Em particular, devem ter um marco jurídico adequado para a proteção, com uma aplicação efetiva do dever de prevenção e com políticas e práticas de prevenção que permitam atuar de forma eficaz diante das denúncias. A estratégia de prevenção deve ser abrangente, ou seja, deve prevenir os fatores de risco e, ao mesmo tempo, fortalecer as instituições para que possam oferecer uma resposta efetiva aos casos de violência contra as mulheres. Da mesma forma, os Estados devem adotar medidas preventivas em casos específicos em que é evidente que certas mulheres e meninas podem ser vítimas de violência. Tudo isso deve levar em conta que, em casos de violência contra a mulher, os Estados têm, além das obrigações genéricas contidas na “Convenção Americana”, uma obrigação reforçada pela “Convenção de Belém do Pará” – par. 258.

Foi feita a divisão de dois momentos-chave

em que o dever de prevenção deve ser analisado. A primeira é antes do desaparecimento das vítimas, e a segunda, antes da localização de seus corpos sem vida.

A esse respeito, indicaram que o México não demonstrou ter adotado medidas razoáveis, de acordo com as circunstâncias que envolvem os casos, para encontrar as vítimas com vida [...] – parágrafo 284.

Ademais, a Corte considerou que o Estado não demonstrou que havia adotado normas ou implementado as medidas necessárias, em conformidade com o artigo 2 da “Convenção Americana” e o artigo 7.c da “Convenção de Belém do Pará”, que permitia às autoridades oferecer uma resposta imediata e eficaz para as denúncias de desaparecimento e prevenir adequadamente a violência contra as mulheres. Tampouco demonstrou que adotou regulamentações ou tomou medidas para assegurar que os funcionários responsáveis pelo recebimento das denúncias tivessem a capacidade e a sensibilidade para compreender a gravidade do fenômeno da violência contra as mulheres e vontade de agir imediatamente – parágrafo 285.

Por essa razão, a Corte Interamericana considerou que o Estado violou os direitos à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal reconhecidos nos artigos 4.1, 5.1, 5.2 e 7.1 da “Convenção Americana”, em relação à **obrigação geral de garantia** contemplada no artigo 1.1 e a obrigatoriedade de adotar disposições de direito interno previstas no artigo 2º da mesma, bem como as obrigações previstas nos artigos 7.b e 7.c da “Convenção de Belém do Pará”, em detrimento de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Monárrez e Esmeralda Herrera Monreal – parágrafo 286.

[...]

De acordo com o exposto, concluiu-se que existiu impunidade no caso e que as medidas de direito interno adotadas foram insuficientes para enfrentar as graves violações dos direitos humanos ocorridas. O Estado não demonstrou que havia adotado normas ou implementado as medidas necessárias, em conformidade com o artigo 2 da “Convenção Americana” e o artigo 7.c da “Convenção de Belém do Pará”, que permitia às autoridades oferecer uma investigação com a devida diligência.

Essa ineficiência judicial diante de casos individuais de violência contra a mulher promove um ambiente de impunidade que facilita e promove a repetição de atos de violência em geral e envia uma mensagem segundo a qual a violência contra a mulher pode ser tolerada e aceita como parte da vivência diária – parágrafo 388.

Como indicado, [...] A impunidade dos crimes cometidos envia a mensagem de que a violência contra as mulheres é tolerada, o que favorece sua perpetuação e aceitação social do fenômeno, o sentimento e a sensação de insegurança das mulheres, bem como uma persistente desconfiança delas no sistema de administração da justiça. (...) – parágrafo 400.

Uma definição interessante do **estereótipo de gênero** foi feita. Assim, indicou-se que se refere a um preconceito de atributos ou características possuídas ou papéis que são ou devem ser executados por homens e mulheres respectivamente. Dadas as declarações feitas pelo Estado [...], é possível associar a subordinação das mulheres com base em estereótipos de gênero e práticas socialmente persistentes e socialmente dominantes, condições agravadas quando os estereótipos são refletidos, implícita ou explicitamente, nas políticas e práticas, particularmente no raciocínio e linguagem das autoridades policiais judiciais, como ocorreu no presente caso. A criação e o uso de estereótipos se tornam uma das causas e consequências da violência de gênero contra as mulheres – parágrafo 401.

Com base no exposto, a **Corte IDH determinou a respeito da responsabilidade internacional do Estado** que:

- o Estado não é responsável por violações do direito à vida, à integridade pessoal, à liberdade pessoal em relação à sua obrigação de respeito contida no Artigo 1.1 da “Convenção Americana”;
- o Estado é responsável por violações do direito à vida, integridade pessoal (de acordo com as provisões do Artigo 5.1 e 5.2) e liberdade pessoal, em relação à obrigação de garantia contida no artigo 1.1 da “Convenção Americana” e à obrigação de adotar as disposições de Direito Interno estabelecidas

no artigo 2 do referido Tratado. Além disso, o Estado descumpriu as obrigações previstas nos artigos 7.b e 7.c da “Convenção de Belém do Pará”, em detrimento das vítimas;

- o Estado não cumpriu com seu dever de investigar – e com ele seu dever de garantir – os direitos à vida, à integridade pessoal (de acordo com as disposições dos artigos 5.1 e 5.2) e à liberdade pessoal, em relação às obrigações gerais de garantia estabelecida nos artigos 1.1 e 2 da “Convenção Americana” e nos artigos 7.b e 7.c da “Convenção de Belém do Pará”, em detrimento das vítimas. No mesmo sentido, continua a Corte, o Estado violou os direitos de acesso à Justiça e à proteção judicial, em relação às obrigações gerais de garantia estabelecidas nos artigos 1.1 e 2 da “Convenção Americana” e no artigo 7.b e 7.c da Convenção de Belém do Pará, em detrimento dos familiares das vítimas;
- o Estado violou o dever de não discriminação constante do artigo 1.1 da “Convenção Americana”, em relação ao dever de garantir os direitos à vida, à integridade pessoal (de acordo com as disposições dos artigos 5.1 e 5.2) e liberdade pessoal, em detrimento das vítimas; bem como em relação ao acesso à Justiça e proteção judicial, em detrimento dos familiares das vítimas;
- o Estado violou os direitos das crianças em relação às obrigações contidas nos pontos 1.1 e 2 da “Convenção Americana”, em detrimento das meninas Esmeralda Herrera Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez;
- o Estado violou o direito à integridade pessoal, consagrado nos artigos 5.1 e 5.2 da “Convenção Americana”, em relação ao artigo 1.1 do mesmo documento, pelo sofrimento causado aos familiares das vítimas;
- o Estado violou o direito à integridade pessoal, consagrado nos artigos 5.1 e 5.2 da “Convenção Americana”, em relação ao artigo 1.1 da mesma Convenção, pelos atos de assédio sofridos por vários dos familiares das vítimas (par. 425 a 440);

- o Estado não violou o direito à proteção de honra e dignidade, o que havia sido alegado pelos representantes das vítimas.

Como se observou, esta decisão emitida em 2009 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos tem sido de grande contribuição para interpretar as ações a serem tomadas em termos de prevenção e dever de garantia que os Estados devem respeitar, à luz dos instrumentos internacionais que regem o assunto. Do contrário, implicaria uma potencial responsabilidade internacional em face de desvios dos compromissos assumidos.

8 BREVE RESUMO DOS CASOS DE JURISPRUDÊNCIA

A fim de verificar em alguns casos concretos qual tem sido a base dos Tribunais para estabelecer a condenação no tipo penal tratado, a seguinte revisão é válida:

- * o Tribunal Criminal Oral n.º 8 da Capital Federal (Buenos Aires), levou em conta, ao aplicar a circunstância agravante, que o agressor havia assassinado sua esposa por meio de violência de gênero, avaliando para isso que a mulher havia sido vítima de assédio, violência física e psíquica, mostrando assim absoluto desprezo pela integridade, a psique, o desenvolvimento pessoal e a vida da vítima. A Corte deu ênfase especial ao fato de que a violência exercida teve um impacto na personalidade da vítima (processo n.º 25.507/14 “Casaballe Colacho, E. A./homicídio agravado”, seção 27/4/15);
- * o Tribunal Penal Oral n.º 9, ao aplicar a circunstância agravante em um antecedente ressonante (tratou-se do caso de um zelador de edifício, em relação a uma menor que morava com sua família), teve especial consideração do comportamento abusivo do agressor em relação à vítima, bem como o brutal desrespeito à dignidade da vítima, referindo-se à sua “coisificação” – foi introduzida em um saco de lixo e quando recolhida pelo caminhão coletor foi deixada em um aterro sanitário (processo n.º 29.907/

13 “MANGERI, Jorge Néstor s / homicídio agravado”, seção 24/8/15);

- * o Tribunal de Julgamento e Recursos de Gualeguay, estado de Entre Rios, levou em consideração que, embora não tivesse havido denúncias policiais e/ou judiciais ou vizinhos que houvessem alertado episódios anteriores constitutivos de maus tratos, não havia dúvida de que havia a relação entre o agressor e a vítima

[...] foi marcado pela assimetria e submissões próprias que caracterizam violência de gênero, mesmo que não se apresentasse da forma clássica em que normalmente surge, não resultando de qualquer forma conclusiva, menos aindeterminante, que a ausência de queixas, procedimentos ou processos policiais ou judiciais anteriores, inevitavelmente nos levarão a negar sua existência [...].

A este respeito, destacaram as diversas formas de violência psicológica que tinha sido submetida a mulher anteriormente à sua morte, a quem se proferiu tratamento indolente e de desprezo, influenciando abertamente o comportamento e autodeterminação da esposa, forçando-a, assim, a viver em última instância como ele queria: submissa, subserviente ao seu poder econômico e rejeitando qualquer possibilidade para lhe permitir reconstruir sua vida “(caso n.º 075/15, F III, LI”, Robel José Alberto s / homicídio agravado; artigo 23/6/15).

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Deve-se notar como um corolário final, que o tratamento do feminicídio no Código Penal da República Argentina foi imposto em face da necessidade de responder a uma reivindicação da sociedade, em resposta a um número de mortes violentas de mulheres em contexto de violência de gênero. Além disso, o marco jurídico internacional estava lutando pela proteção e sanção na esfera doméstica desse crime, do qual as mulheres são vítimas.

As Sentenças que foram emitidas desde 2012, e os casos que ainda aguardam resolução, deixam claro que se está passando por momentos

de mudança neste tópico e não é por acaso que seja agora, há apenas alguns anos, que começam a se tornar visíveis as situações em que as mulheres são protagonistas passivas dessa violência.

O tema cruza o gênero feminino em um sentido amplo (amplitude que incluem as pessoas que se percebem com um sexo diferente daquele de seu nascimento), sem distinção de classes sociais e das mais variadas arestas. Um deles é o dever de submissão ao masculino, como uma regra não escrita, mas acordada no passado. Assumem especial relevância o plano da sexualidade e as interpretações errôneas de gênero.

Um grande passo foi dado para evitar problemas como os analisados no presente. Nesta diretriz, estabeleceram-se políticas públicas para a prevenção e sanção desse tipo de crime, mas ainda há uma grande distância a ser percorrida.

Espera-se que novos ares de renovação nos permitam derrubar estereótipos profundamente enraizados na sociedade e que possam avançar para um tratamento igual, deixando de lado um atuar de posse irracional.

Um renomado advogado criminal disse uma vez que “o comportamento ilógico não pode ser entendido a partir de um discurso racional”. Crê-se que isso condensa o pensamento de muitos, aos quais se espera possam se juntar mais.

REFERÊNCIAS

- ABOSO, Gustavo Eduardo. *Código penal da República Argentina: comentado y concordado com jurisprudência*. 4. ed. Montevideo-Buenos Aires: Ed. IB, 2017.
- DI CORLETO, Julieta. A concessão de um julgamento experimental em casos de violência de gênero, limites e condições para concedê-lo. In: PITLEVNIK, Leonardo G. (Dir.). *Jurisprudencia penal de la Corte de Justicia de la Nación*. v. 15. Buenos Aires: Hammurabi, 2015.
- LA SENTENCIA que le puso nombre al femicidio. El País, Buenos Aires, Lunes, 3 de septiembre de 2012. Disponível em: <<https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-202476-2012-09-03.html>>.
- PERALTA, José Milton. Homicidios por odio como delitos de sometimiento: sobre las razones para agravar el femicidio, el homicidio por odio a la orientación sexual y otros homicidios por odio. In: InDret: Revista para el Analisis del Derecho. Barcelona, 25 octubre 2013. Disponível em: <www.indret.com>.
- PIQUÉ, María Luisa. Amplitude probatória e violência contra as mulheres. In: PITLEVNIK, Leonardo G. (Dir.). *Jurisprudencia penal de la Corte de Justicia de la Nación*. v. 20. Buenos Aires: Hammurabi, 2016.
- PITLEVNIK, Leonardo G. (Dir.). *Jurisprudencia penal de la Corte de Justicia de la Nación*. v. 15. Buenos Aires: Hammurabi, 2015.
- PZELLINSKY, Romina; PIQUÉ, María Luisa. La incidencia de las recientes reformas del derecho civil en la interpretación del artículo 80 del Código Penal. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; HERRERA, Marisa (Dir.); BAILONE, Matías; LEZCANO, Juan Manuel (Coord.). *El código civil y comercial y su incidencia en el derecho penal: impacto del derecho civil y comercial en el derecho penal desde la perspectiva constitucionalizada*. Buenos Aires: Hammurabi, 2016. p. 351-370.
- TOLEDO VÁZQUEZ, Patsilí. *Femicidio/feminicidio*. Buenos Aires: Didot, 2014.

Submissão em: 26 junho 2018.

Pareceres favoráveis em: 17 setembro 2018.

***ARTIGOS
DE EGRESSOS***

DOCÊNCIA DO ENSINO SUPERIOR NO CURSO DE DIREITO

Carlos Gilmar Colares¹

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo refletir sobre o exercício da docência no ensino superior, concernente a todas as ações pedagógicas desempenhadas pelo professor, direcionadas na sua própria formação e na formação dos estudantes, bem como em relação à participação do aluno na construção e apropriação do conhecimento científico e seu processo, para colocá-lo a serviço do bem comum.

Pretende-se verificar se os docentes do ensino superior valorizam a formação pedagógica; como se dá o exercício da docência no curso de graduação em Direito e a didática aplicada; quais os saberes docentes necessários ao professor universitário e, por último, um breve comentário sobre o ensino jurídico no Brasil.

A escolha do tema é relevante porque suscita questionamentos sobre os saberes docentes utilizados no curso de Direito, os critérios para seleção dos professores e sua formação docente, bem como a didática aplicada – ou a falta desta – contribuindo para conscientizar as instituições e os professores da necessidade de valorizar a formação pedagógica para uma prática reflexiva, integrando o estudante no processo de aprendizagem.

O resultado demonstra o entendimento majoritário dos autores citados de que na docência do ensino superior não se valoriza a formação pedagógica dos professores. Juízes, Promotores, Defensores, Advogados exercem a docência no curso de graduação em Direito. E, oriundos de

Cursos de Bacharelado, nem sempre têm cursos complementares que ensinam as práticas da docência, típicas dos Cursos de Licenciatura.

Os critérios para seleção de professores são, preferencialmente, pelo domínio do conteúdo técnico, em detrimento dos saberes pedagógicos. Percebe-se que o ensino jurídico no Brasil, ainda mantém uma metodologia tecnicista e divorciada da formação humanística.

A metodologia utilizada privilegia a pesquisa bibliográfica qualitativa para demonstrar o resultado obtido, salientando-se as devidas ressalvas, pois o resultado não diz respeito a todos os professores e instituições.

Além desta introdução, o trabalho está dividido em quatro sessões. A primeira analisa que a docência no ensino superior não valoriza a formação pedagógica. A segunda dispõe sobre alguns saberes necessários ao docente do ensino superior. A terceira relata breves comentários sobre o ensino jurídico no Brasil. E a quarta discorre sobre a docência no curso de graduação em Direito. Por fim, as considerações finais, na qual se mostra que, na docência do ensino superior, não se valoriza a formação docente.

2 A DOCÊNCIA NO ENSINO SUPERIOR NÃO VALORIZA A FORMAÇÃO PEDAGÓGICA

O exercício da docência no ensino superior é um tema que exige reflexão sobre a formação e o aperfeiçoamento contínuo dos professores, a didática aplicada no processo pedagógico dos

¹ Advogado, pós-graduado em Direito Processual, Direito Tributário, pós-graduando Direito Penal e Direito Processual Penal e Docência do Ensino Superior. Aluno especial disciplina isolada Docência do Ensino Superior Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Social (PPGDS) da UNIMONTES.

docentes universitários, ou a falta dela (PACHANE, 2006). A docência envolve todas as ações pedagógicas desempenhadas pelo professor direcionadas na sua própria formação e dos estudantes. Estas ações não se referem apenas aos conhecimentos específicos isolados, os saberes e fazeres, mas mantém uma correlação com o contexto social e relações interpessoais.

A concepção de docência para os professores pode “Constituir-se em um espaço para além da dimensão técnica, sendo perpassada não só por conhecimentos, mas também por relações interpessoais e vivências de cunho afetivo, valorativo e ético.” (ISAIA, 2006, p. 76).

Os professores do ensino superior no Brasil possuem formação pedagógica adequada? O conhecimento específico do conteúdo a ser ministrado é privilegiado em detrimento da formação pedagógica? Uma parcela significativa dos professores que exercem a docência nas instituições do ensino superior não possui formação sistemática do processo pedagógico (GIL, 2007).

Dentre os argumentos apresentados para justificar que a formação pedagógica dos professores fique em segundo plano, aparece o de que os estudantes do ensino superior são adultos. Seus interesses são principalmente profissionais. Portanto, se encontram devidamente motivados para o processo de aprendizagem, sem exigir atenção com problemas de disciplina que comumente ocorre em outros níveis de ensino. Assim, o domínio do conteúdo referente à disciplina ministrada é o mais relevante (GIL, 2007).

Esta justificativa perdurou por algum tempo, enquanto o acesso ao ensino superior era restrito aos estudantes da elite da sociedade brasileira nos primeiros cursos instituídos. Os estudantes eram em pequeno número e apresentavam uma conduta adequada. Nesse contexto, as ações pedagógicas dos professores, seu desempenho e a qualidade do ensino não representavam questionamentos significativos (GIL, 2007). Todavia, diante das transformações ocorridas com ampliação do acesso ao ensino universitário permitindo que maior número de estudantes participe do processo de aprendizagem, o controle de qualidade das instituições de ensino e cursos mais específicos, a capacidade do professor passa a ser questionada

(GIL, 2007).

Contudo, a formação do professor não é valorizada. A universidade desempenha determinada responsabilidade no tocante a desvalorização da formação pedagógica do professor, por não valorizar o trabalho do docente. O mesmo é mais valorizado por pesquisas realizadas e sua titulação do que em função do seu trabalho como professor (GIL, 2007).

As instituições estão conscientes de que os professores são os formadores dos futuros profissionais, todavia “[...] sua formação docente não tem sido valorizada nem pela maioria das IES nem pelas políticas públicas voltadas para o ensino superior.” (ISAIA, 2006, p. 68). Ademais, a adoção de critérios centrados na titulação e produção de pesquisas acadêmicas para seleção e progressão funcional que não implica diretamente em um ensino de qualidade, representa um “descaso”. A ausência de valorização do aprimoramento da docência está presente na Coordenadoria de Aperfeiçoamento do Pessoal de Nível Superior (Capes), Ministério da Educação (MEC) e Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), órgãos de incentivo e regulação, bem como nas políticas institucionais.

Salienta Isaia (2006) que os professores da educação básica são formados pelos cursos em licenciatura. Todavia, os cursos de bacharelado que se destinam a diversas profissões, não há na grade curricular disciplinas direcionadas a uma formação específica para o exercício da docência superior. Recentemente, algumas disciplinas esparsas são ofertadas nos cursos de pós-graduação *stricto sensu* ou *lato sensu*, para a iniciação no magistério superior. Mas são insuficientes para a formação de professores para as instituições superiores.

A não conscientização da necessidade de formação específica para o exercício da docência ocorre tanto por parte das instituições, como dos próprios professores. Estes entendem que a aquisição do conteúdo específico na sua formação inicial e o conhecimento desenvolvido no curso de suas atividades profissionais é suficiente para proporcionar um desempenho satisfatório. Embora, cientes de seu papel enquanto formadores, não sentem necessidade de uma preparação específica para exercer a docência (ISAIA, 2006).

Nas sociedades contemporâneas, a produção de novos conhecimentos como um fim em si mesmo de forma imperativa sobrepõe à formação docente. Dessa forma “[...] as atividades de formação e de educação parece passar progressivamente para o segundo plano” (TARDIFI, 2002, p. 34). A docência, em diversos casos, não é exercida como atividade principal do docente (ISAIA, 2006).

As instituições de ensino superior, reconhecendo a imprescindibilidade da formação pedagógica de seus professores, paulatinamente passaram a desenvolver programas neste sentido, após a edição da Resolução n.º 12, de 6 de outubro de 1983, pelo Conselho Federal de Educação, determinando que o mínimo de um sexto da carga horária dos cursos de pós-graduação *lato sensu*, fosse direcionado para disciplinas de conteúdo pedagógico (GIL, 2007). Importante destacar que esta Resolução foi revogada pela Resolução CNE/CES n.º 3, de 5 de outubro de 1999, que está em vigor regulando a emissão de certificação dos Cursos de Especialização (Pós-Graduação *Lato Sensu*).

3 COMPETÊNCIAS DO PROFESSOR UNIVERSITÁRIO

As novas demandas da sociedade contemporânea impõem desafios à docência superior em razão de sua complexidade, pressupostos e multiplicidade de questionamentos. Doravante, o professor não deve ser concebido como aquele que apenas transmite informações, tornando-se o protagonista do saber e da verdade (PIMENTA; ANASTASIOU, 2002). Os professores não são como outrora os portadores de um saber-mestre, que se sustenta em si mesmo. É necessário saber ensinar por meio dos recursos didáticos de transmissão dos saberes (TARDIF, 2002).

Quais os saberes docentes são necessários para o professor do ensino superior? A transmissão de conteúdos específicos não é suficiente. Mas, envolvem diferentes saberes e relações assim definido: “Pode-se definir o saber docente como um saber plural, formado pelo amálgama, mais ou menos coerente, de saberes oriundos da formação profissional e de saberes disciplinares, curriculares

e experiências.” (TARDIF, 2002, p. 36).

Os saberes da formação profissional consistem naqueles transmitidos pelas Instituições na preparação dos professores. Esta formação deve se dar de forma contínua, pois o professor não é um produto já pronto, mas digno de se colocar em constante evolução, enquanto sujeito em desenvolvimento (PACHANE, 2006).

Os saberes disciplinares referem-se às disciplinas específicas de cada curso. Os saberes curriculares definem os conteúdos, os objetivos, métodos a serem aplicados pelos professores, apresentando saberes sociais e culturais definidos pela Instituição para a formação de uma cultura erudita. Os saberes experienciais são produzidos pelos próprios professores no seu exercício docente e profissional. Incluem as experiências individuais e coletivas e, são por eles mesmos, validados (TARDIF, 2002).

A prática docente exige a integração dos saberes oriundos das ciências da educação e dos saberes pedagógicos. O domínio, a mobilização e comunicação destes saberes na prática docente fazem do professor um grupo social e profissional dependente deles. A complexidade da docência se desenvolve na articulação dos diversos saberes, dentre eles: os saberes relacionados com o contexto da prática pedagógica, com a ambiência da aprendizagem, o contexto socio-histórico dos alunos, o planejamento das atividades de ensino, a condução das aulas nas várias estratégias e a avaliação da aprendizagem (CUNHA, 2004).

As novas práticas pedagógicas pressupõem uma proposta de cooperação das ações e responsabilidades específicas entre professores e alunos, para o êxito do processo de aprendizagem, numa lógica dialética:

Propõe-se uma unidade dialética processual, na qual o papel condutor do professor e auto-atividade do aluno se efetivem em dupla mão, num ensino que provoque a aprendizagem por meio das tarefas contínuas dos sujeitos, de tal forma que o processo interligue o aluno ao objeto de estudo e os coloque frente a frente (PIMENTA; ANASTASIOU, 2002, p. 15-16).

O diálogo estabelecido no aprendizado proporciona a ampliação e modificação do novo

conhecimento. Não é um processo de simples memorização ou de passos pedagógicos concatenados a serem seguidos, mas construir o conhecimento, apropriando-se do conteúdo ministrado e do processo (PIMENTA; ANASTASIOU, 2002).

A competência do professor se torna uma obra de arte na busca e seleção de estratégias pedagógicas criativas que, sob sua orientação, possibilite a construção do processo de conhecimento e apreensão. Dessa forma, concretiza os objetivos determinados, motivando os estudantes na conquista do conhecimento por meio de uma parceria sedutora e solidária (PIMENTA; ANASTASIOU, 2002).

Uma prática docente transformadora, crítica para o educador progressista, fundamentada na pedagogia da autonomia, é proposta por Freire (1996, p. 10), e assim definida: “Uma pedagogia fundada na ética, no respeito à dignidade e à própria autonomia do educando”. Nessa perspectiva, o aluno não é apenas um receptor do conteúdo transmitido pelo professor, mas se torna sujeito no processo cognitivo de produção do conhecimento.

O professor deve possibilitar um ensinar e aprender críticos, ser problematizador, não permanecendo fechado em suas próprias certezas. O acesso ao conhecimento não é um dom concedido pelos deuses, ou contidos nos manuais de grandes intelectuais, antes tem que ser produzido na parceria entre professor formador e aprendiz (FREIRE, 1996). O ser professor exige o reconhecimento do inacabado, percebendo-se inserido no contexto de mundo, no qual luta para ser sujeito e, não, simples objeto.

Nessa perspectiva, a prática docente pressupõe uma dimensão ética, o respeito à dignidade do aluno, sua identidade e seus saberes, não impondo de forma arbitrária a vontade do educador. O papel do professor é valorizar o conhecimento ingênuo do aluno, possibilitando transformá-lo em um saber epistemológico (FREIRE, 1996).

No Brasil há um descaso com a educação pública, mas não se deve permanecer inerte: é necessário mudar. A mudança não é fácil, mas é possível. Este é um desafio do educador progressista (FREIRE, 1996). A beleza da docência

está na busca de competência do professor e do aluno, norteados pela ética. Pois, se o professor não vencer sua própria ignorância, como poderá orientar o aluno para que supere a sua?

A docência exige do professor os saberes da humildade, do bom senso, da aceitação do novo, da reflexão crítica, de respeito à autonomia do educando, da generosidade, do saber escutar, de apreensão da realidade, da motivação para a mudança, da alegria, da afetividade, do diálogo e do querer bem dos educandos. Doravante, promovendo a dignidade dos sujeitos que, de alguma forma estão relacionados com o processo de aprendizagem: “[...] O essencial nas relações entre educador e educando, entre liberdades, entre pais, mães, filhos e filhas é a reinvenção do ser humano no aprendizado de sua autonomia.” (FREIRE, 1996, p. 94).

4 ENSINO JURÍDICO NO BRASIL

O ensino jurídico foi instalado no Brasil em 1828 por Carta de Lei promulgada por D. Pedro I, em 11 de agosto de 1827, com as honrarias de uma medida política relevante, com o objetivo de formar uma elite intelectual para direcionar política e juridicamente o País. Inicialmente privilegiou-se uma formação política e não jurídica (MACHADO, 2005).

Os bacharéis assumiam cargos de deputados, senadores, presidentes de províncias e presidentes de conselho, outros cargos relacionados ao Estado e, em menor número na carreira jurídica. Na contemporaneidade, o ensino jurídico ainda vislumbra possibilidades de carreiras jurídicas relevantes na estrutura do Estado. Encontra-se presente a ideia de autoridade e vinculação ao poder oriundo do Direito Canônico e Romano (MACHADO, 2005).

O ensino era dogmático e técnico, formalista, fundamentado em uma ideologia hegemônica do Direito indisciplinar e acrítica. Contudo, o Direito é entendido como Ciência a partir da sua relação com as outras Ciências Sociais em razão da heterogeneidade do objeto jurídico que é interdisciplinar, exigindo um contexto histórico e metodologia multidisciplinar para atender a uma demanda global. Mas atualmente, percebe-se uma

preservação do modelo metodológico unidimensional e lógico-formal, apoiando-se na norma pura (MACHADO, 2005).

A didática utilizada é autoritária, reproduzindo a concepção de Direito idealizado pelas elites políticas e do mercado que legitima o poder. Pratica-se um Direito acrítico, desvinculado de conteúdo socioeconômico, evidenciando a relação existente entre o poder e o saber. O professor é o centro do saber, mantendo a certeza e segurança do conhecimento científico. Esta pedagogia reduz a participação do aluno na construção de um ensino jurídico que reflita sobre as principais demandas do conhecimento científico e o contexto social (MACHADO, 2005).

O ensino jurídico privilegia o saber disciplinar em detrimento das disciplinas de caráter humanístico e reflexivo, gerando a despolitização dos bacharéis como forma de mantê-los subservientes aos interesses do mercado. A hipervalorização da técnica no ensino do Direito sem a formação humanística causa sérios prejuízos aos operadores do Direito. Os bacharéis perdem a consciência de sujeitos da construção de um Direito direcionado para a justiça e a equidade (MACHADO, 2005).

O Direito é ensinado em uma dimensão pedagógica de transmissão de normas e técnicas processuais. Assim, “[...] o modelo pedagógico que atualmente prevalece no ensino jurídico é exclusivamente tecnicista, alheio às dimensões éticas e políticas quer o direito, quer de sua ciência, quer ainda de sua técnica.” (MACHADO, 2005, p. 183).

A ausência de um processo pedagógico adequado no Curso de Direito resulta na deficiência técnica, científica e humanística dos bacharéis para desempenharem com eficiência sua atividade profissional, além dos danos ao exercício da cidadania e vida cultural da nação.

Tentando minimizar o problema da má qualidade dos Cursos de Direito, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil-OAB criou o selo OAB Recomenda. Este é um tipo de selo de qualidade para determinadas instituições de ensino (MACHADO, 2005).

Salienta-se a mercantilização do Direito por meio de cursinhos promovidos apenas com o

objetivo de obter resultados da trajetória pessoal, como a aprovação em concursos públicos. Ademais, a edição de material didático sem nenhum critério pedagógico e compromisso científico, a promoção de eventos especializados (como congressos e seminários nos quais não se apresentam tons científicos) para atender ao lucro do mercado e ao sucesso do empresário da educação, assemelha-se ao modelo fordista de produção capitalista, limitando o Direito a um espaço de repetição e instrumento para manter o *status quo*, transformando a educação em mercadoria.

5 A DOCÊNCIA NO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

O papel do docente é fundamental no Curso de Direito, pois prepara o bacharel para atuar nas diversas esferas públicas e privadas da sociedade. Assim, deve proporcionar uma formação específica das disciplinas curriculares, sem excluir o conteúdo ético e social.

O Curso de Direito revela um perfil de formação acadêmica jurídica predominantemente formal, direcionada aos ritos processuais, procedimentos técnicos e despolitizada. Fortemente, influenciado pelo paradigma científico normativista de Hans Kelsen, centrado na norma, e o paradigma liberalista, em detrimento do modelo humanístico (MACHADO, 2005). Adota-se uma formação acadêmica próxima do modelo tecnicista, embora a função dos profissionais do Direito seja aplicar uma legalidade carregada de conteúdo político e social.

As aulas, comumente, adotam uma metodologia tradicional, conforme expõe Bittar (2001, p. 102): “[...], diante do fato de que o curso de direito se apoia muito na didática de sala de aula, sabendo-se que a prioridade pedagógica da área jurídica, secularmente, tem sido o monólogo professoral em sala de aula”. Percebe-se uma prevalência de aula expositiva tradicional, na qual o objetivo do professor é transmitir um determinado conteúdo técnico ao aluno por meio de apresentação oral (VEIGA, 2003). Nesse contexto, o aluno vai **assistir à aula**. Enquanto, no processo de aprendizagem deveria haver uma cooperação entre professores e alunos para **fazer**

aula, enfrentando o tema a ser abordado (ANASTASIOU; ALVES, 2004, p. 73).

A docência no Curso de Direito é exercida em número significativo por profissionais que dominam o conteúdo específico, tais como Promotores, Juízes, Defensores, Advogados, Delegados e outros funcionários públicos com formação jurídica. Sua competência é aferida pelos saberes práticos, adquiridos no exercício de sua atividade profissional (TARDIF, 2002). Mas, com pouco ou nenhum saber pedagógico. No Curso de Direito, os alunos, ao fazerem a avaliação dos professores, reconhecem sua competência técnica; no entanto, manifestam insatisfação no tocante a falta de didática (GIL, 2007).

Nota-se a incidência da Pedagogia Tecnicista própria dos anos 70, que valorizava a técnica, sobrepondo-se ao humanismo. Ao professor incumbia o papel de protagonista, enquanto o aluno era passivo (VEIGA, 2003).

As técnicas de ensino, tais como aula expositiva dialogada, estudo de casos, seminários, estudo dirigido, estudo de meio, oficinas, fórum, simpósio, discussão, debate e júri simulado, dentre outras, são utilizadas com menor incidência, limitando a participação do aluno na construção do processo de conhecimento. A metodologia empregada não valoriza o conhecimento prévio do aluno.

Embora relevantes, as técnicas de ensino não devem formalizar o processo pedagógico, ou obstruir a comunicação entre professores e alunos. Antes, elas se destinam a promover o processo de ensino, pois elas isoladamente não são suficientes, mas apenas um instrumento pedagógico (VEIGA, 2003).

Constitui um desafio na construção do processo de docência a formação profissional do professor universitário, que por vez, está diretamente relacionada com seu desenvolvimento pessoal e institucional (PIMENTA; ANASTASIOU, 2002).

Cabem às Instituições de Ensino Superior, quanto aos docentes, por meio de sua autonomia, promover métodos pedagógicos eficientes de ministrar aula; “Isso porque já existe uma preocupação com processos em que o aluno atue de forma significativa, responsável e com crescente

autonomia, na busca da construção do conhecimento: supera-se o assistir aula pelo fazer aula.” (ANASTASIOU; ALVES, 2004, p. 73)

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reflexão norteada pelo diálogo entre os autores abordados demonstram que no exercício da docência do ensino superior não se está valorizando a formação pedagógica dos professores. Isto ocorre de ambas as partes, tanto por parte das Instituições, bem como pelos próprios profissionais que entendem ser o saber disciplinar e experiencial suficiente para atender às contingências da docência superior.

No Curso de graduação em Direito se verifica que, hodiernamente, a docência é exercida por Juízes, Promotores, Defensores e Advogados, dentre outros profissionais da área jurídica. Estes, embora detenham o domínio do conteúdo técnico específico, não possuem uma formação docente em consonância com os saberes pedagógicos necessários aos professores universitários. Ressaltando-se que na seleção destes professores os critérios privilegiam a titulação, cargo profissional, domínio do conteúdo técnico, em detrimento dos saberes pedagógicos.

O ensino jurídico no Brasil revela a manutenção de uma pedagogia tecnicista, tradicional e direcionada a promover a concretização de objetivos pessoais na trajetória jurídica e preservação do *status quo*. O saber disciplinar sobrepõe às disciplinas de caráter humanístico e reflexivo, gerando a despolitização dos bacharéis. O aluno não é, ou pouco participa na construção, apropriação do conhecimento científico e seu processo, sem compromisso com a dimensão social que exige o direito contemporâneo.

Conclui-se que a docência do ensino superior no Curso de Direito não valoriza a formação docente, ou a docência como atividade principal. Doravante, sugere-se o despertar para construção de um novo processo pedagógico que priorize a formação docente e o exercício da docência como atividade principal. Assim, a responsabilidade institucional, a cooperação entre professores e estudantes poderá corroborar para um ensinar e

aprender críticos e progressistas, capazes de atender às transformações e complexidades da docência superior.

REFERÊNCIAS

ANASTASIOU, Léa das Graças Camargos; ALVES, Leonir Pessate. Estratégias de ensinagem. In: ANASTASIOU, Léa das Graças Camargos; ALVES, Leonir Pessate (Org.). *Processos de ensinagem na universidade: pressupostos para estratégias de trabalho em sala de aula*. 3. ed. Joinville: Univalle, 2004. p. 67-100.

BITTAR, Eduardo C. B. *Direito e ensino jurídico*. São Paulo: Atlas, 2001.

BRASIL. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Educação Superior. Resolução CES n.º 3, de 5 de outubro de 1999. Fixa condições de validade dos certificados de cursos presenciais de especialização. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 7 de outubro de 1999, Seção 1, p. 52.

CUNHA, Maria Isabel da. A didática como ação complexa: o papel da didática na formação de professores. In: ROMANOWSKI, Joana Paulin; MARTINS, Pura Lucia Oliver; JUNQUEIRA, Sergio Rogério Azevedo (Org.). *Conhecimento local e conhecimento universal: pesquisa, didática e ação docente*. Curitiba: Champagnat, 2004. p. 31-42.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São

Paulo: Paz e Terra, 1996.

GIL, Antonio Carlos. *Metodologia do ensino superior*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ISAIA, Sílvia Maria de Aguiar. Desafios à docência superior: pressupostos a considerar. In: RISTOFF, Dilvo; SEVEGNANI, Palmira. *Docência na educação superior*. Brasília: INEP, 2006. p. 65-86. (Coleção Educação Superior em Debate, 5).

MACHADO, Antônio Alberto. *Ensino jurídico e mudança social*. Franca: UNESP-FHDSS, 2005.

PACHANE, Graziela Giusti. Teoria e prática na formação de professores universitários: elementos para discussão. In: RISTOFF, Dilvo; SEVEGNANI, Palmira (Org.). *Docência na educação superior*. Brasília: INEP, 2006. p. 99-147. (Coleção Educação Superior em Debate, 5).

PIMENTA, Selma Garrido; ANASTASIOU, Léa das Graças Camargos. *Docência no ensino superior*. São Paulo: Cortez, 2002.

TARDIF, Maurice. *Saberes docentes e formação profissional*. Petrópolis: Vozes, 2002.

VEIGA, Ilma Passos Alencastro. *Técnicas de ensino: por que não?* Campinas: Papirus, 2003.

Submissão em: janeiro 2018.

Pareceres favoráveis em: 21 junho 2018.

A RELATIVIDADE DOS FENÔMENOS JURÍDICOS NO PENSAMENTO DE PONTES DE MIRANDA

Lucas Versiani Cardoso¹

RESUMO

O presente trabalho, estruturado em quatro partes, fará uma abordagem sobre a relatividade dos fenômenos jurídicos no pensamento de Pontes de Miranda, meditando, inicialmente, aspectos de epistemologia jurídica, com enfoque no valor da generalidade e da unicidade das ciências na busca por verdades aproximadas. Em um segundo momento, traz-se à baila a evolução da análise sociológica dos fatos do Direito, no intuito de, logo após, adentrar-se na doutrina do direito vivo de Eugen Ehrlich e no postulado pontesiano da relatividade das fontes do Direito. Por derradeiro, o artigo examinará o método indutivo-experimental proposto por Pontes de Miranda, desvelando os propósitos para se buscar normas jurídicas coerentes às relações de adaptação social.

Palavras-chave: Relatividade. Sociologia. Método. Ciência. Direito.

ABSTRACT

This work, structured in four parts, will make on the relativity of legal phenomenon in Pontes de Miranda's thinking, meditating, initially, aspects of juridical epistemology, focusing on the value of the generality and oneness of the sciences in the search for approximate truths. In a second moment, it will be treated the evolution of the sociological analysis of the social facts of law is brought to light, in order to penetrate Eugen Ehrlich's doctrine of living law and the pontesian postulate of the relativity of the

sources of law. Lastly, the article will examine the inductive-experimental method proposed by Pontes de Miranda, revealing the purposes to look for seeking juridical rules coherent to the relations of social adaptation.

Keywords: Relativity. Sociology. Method. Science. Right.

1 INTRODUÇÃO

A ideia de que os ordenamentos jurídicos se constituem, preponderantemente, por princípios e regras, quer expressos ou implícitos, é conhecida entre os juristas, e muitos até mesmo já a teorizaram. Destituído de elementos de ciência natural, o estudo do Direito de hoje por vezes se confunde com o conhecimento da lei de ontem, numa adaptação da realidade ao texto; e não o contrário. Daí talvez a diferença entre cientista e jurista: este se vale do dogmatismo, enquanto aquele segue o conselho de Rodin, não pensando apenas na superfície, mas no relevo que vem de dentro e determina o contorno das coisas da vida. Nesse último sentido, o presente trabalho investigará a relatividade dos fenômenos jurídicos no pensamento de Pontes de Miranda, analisando-se, num primeiro momento, as premissas da generalidade e da unicidade das ciências, pois que estas consubstanciam a proposta epistemológica do cientista brasileiro. Com isso, far-se-á breves considerações sobre a evolução do estudo sociológico dos fatos do Direito, examinando-se o

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA). Pós-graduando em Direito Administrativo pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Estagiário de Pós-graduação do Ministério Público da Comarca de Montes Claros - MG.

cerne das concepções positivistas de Auguste Comte e *Émile Durkheim*, predecessores a *Pontes de Miranda*, bem como as respectivas críticas que este endereçou àqueles. Assim, feito o percurso da “física social” de Comte até a “sociologia” de Durkheim, alcança-se o último degrau sobre a adaptação do pensar sociológico através das dobras do tempo-espaço-matéria: a doutrina científica do Direito vivo de Eugen Ehrlich, inspirado no postulado pontesiano da relatividade das fontes do Direito. Por fim, será sintetizada a visão científica de Pontes de Miranda, para a qual o descobrimento das normas jurídicas coerentes às relações sociais depende de método indutivo-experimental, o mais adequado para a sistematização da matéria social.

2 A RELATIVIDADE DO CONHECIMENTO JURÍDICO

No intervalo entre os anos de 1905 a 1917, o físico alemão Albert Einstein, apoiado em ferramentas físico-matemáticas, apresentou ao mundo a teoria da relatividade (restrita e geral). Decerto, a dimensão de seus estudos transformaria a ciência em todas as suas interfaces. Afinal, a dinamicidade dos fenômenos físicos, contida em suas equações, ressoava em um tom de heresia às mentes da época, que, eivadas por convicções invariáveis, faziam-se impenetráveis à possível constatação da falibilidade do conhecimento humano. Ocorre que Einstein, a fim de compreender os segredos da natureza, obrou descortinar, paulatinamente, o horizonte das verdades absolutas de seu tempo.

Segundo Hawking (2016, p. 12), “Einstein escreveu três artigos que não apenas o estabeleceram como um dos principais cientistas do mundo, mas também deram início a duas revoluções conceituais, que transformaram nossa compreensão do tempo, do espaço e da própria realidade.”. Em síntese, o físico alemão propôs que as leis da natureza devem parecer as mesmas para todos os observadores em livre deslocamento. Tal raciocínio foi o sustentáculo para a teoria da relatividade, “assim chamada porque sugeria que apenas o movimento relativo era importante.” (HAWKING, p. 19). Desta maneira, estruturando

sua teoria para contestar termos absolutos da ciência do século XIX, Einstein questionou conceitos físicos clássicos, até então tidos como intocáveis. Ao que tudo indica, o cientista alemão constatara o que seria mais tarde anotado por Miranda (2000, p. 85): “a verdade costuma trair os espíritos.”.

Nesse sentido, firme na integralidade movediça das certezas humanas, Einstein (2015, p. 14), ao se reportar à inaplicabilidade da noção de verdade na geometria euclidiana, afirma que “[...] verdadeiro em última análise significa aquilo que está em concordância com algo real [...]”. Por isso, diante da constante atualização da realidade, a verdade transparece-lhe relativa, dependente da relação entre determinados conceitos e da observação dos objetos da experiência.

Desse modo, pode-se concluir: o que é tido por verdadeiro encerra a dúvida preexistente apenas no tocante a certo ponto de vista, sendo a ‘verdade’, em si, uma perpétua incerteza, sempre progressiva e perfectível, pois submissa à investigação dos objetos da experiência e das relações conceituais que dela se extrai.

E é nesse viés, consorciando o intuito científico com a vontade de ser compreendido, que Miranda (2000, p. 27) sustenta: “todas as nossas derradeiras convicções e conquistas filosóficas e científicas são apenas para nós: outras virão, mais nítidas, após elas”, sobretudo porque “a relatividade está no conhecimento e em todas as coisas” (MIRANDA, 2000, p. 96).

Conforme ensina Iserhard (1994), Pontes de Miranda se empenha em sistematizar, com ímpeto científico positivo, o princípio da relatividade geral de Einstein, erigindo-o como tese central de sua postura epistemológica. Tanto é assim que, ao meditar sobre a máxima “o homem é a medida de todas as coisas”, cuja autoria se atribui ao sofista grego Protágoras, Miranda (2000, p. 77) infere a impossibilidade de alcance do real que constitui o objeto de análise científica, sintetizando que:

Em todo o caso, não falamos da coisa em si como objeto de conhecimento, nem mesmo como conhecimento – o que conhecemos é o nosso aparelho psicofisiológico de percepção do mundo, a relativa situação do seu alcance, a sua aptidão de ver o

exterior, as relações, e não o íntimo, a substância, o absoluto das coisas

Assim, Miranda (2000) defende a premissa epistemológica de que, se a própria existência é relativa, como não o será o conhecimento, resultado de correções sucessivas da atividade intelectual humana ante um mundo plástico, no qual tempo, espaço e matéria determinam o nível de aperfeiçoamento das ciências.

Com esse raciocínio, no entanto, o cientista brasileiro não procede ao exame exclusivista do mundo sensível, aquele apenas perceptível aos sentidos. Pelo contrário, Miranda (2000, p. 103) esclarece que

Ninguém nunca viu uma *relação jurídica*. É a maior arguição contra a realidade do fenômeno jurídico. Mas não é digna da meditação dos sábios: parte de quem desconhece a Filosofia e a Ciência. Os resultados das relações jurídicas, vemo-los todos os dias: a prisão do assassino, a penhora dos bens do devedor e outros tantos fatos da vida ordinária. Há muitas relações de ordem universal que nunca vimos. Não queiramos considerar os nossos sentidos o juiz da existência do mundo. O que se passa em todo ele não precisa ser sentido para que seja. Não queiramos identificar as coisas que “apenas se tocam” no aparelho de adaptação dos seres às circunstâncias, desde os unicelulares aos homens: a realidade e a sensação

Da mesma maneira, Miranda (2000) não olvida o argumento lógico contra o relativismo absoluto, no qual pelo menos uma ideia universal, que é o próprio relativismo, já seria suficiente para destruir a tese de que tudo é relativo (MARMELTEIN, 2010, p. 13). É que o postulado pontesiano da relatividade se refere ao conhecimento das relações sociais oriundas de fatos, mediante o uso de método científico específico (indutivo-experimental), cuja realidade então conhecida fornece os critérios investigativos para o cientista. Sobre esse ponto, ao tratar das diferenças existentes entre a lógica aristotélica e a contemporânea, apregoa Miranda (2000, p. 47) que

Hoje a lógica tem outros fundamentos: é estritamente objetiva; em vez de psicológica,

assenta nas aquisições das ciências mais sólidas, posto que não proscreeva as contribuições da psicologia. Para ela, a noção capital é a de relação, e não tem por objeto as leis do espírito, mas leis das relações lógicas. Não é o espírito que cria; nós é que descobrimos as relações. A indução é o método da sua gênese e da sua evolução. Nada do que acabamos de dizer importa absolutismo lógico: o relativismo banha com as suas águas todo o domínio do conhecimento humano. As relações são *externas*, mas o ser que a lógica tem por objeto não é menos relativo que o das outras. O que ela não é e não poderia ser, a despeito da tradição filosófica, é pura arte de pensar [...]. O que caracteriza a lógica é a implicação, isenta da espacialidade e temporalidade: o que lhe interessa é a ordem (sem espaço nem tempo), isto é, o simples *processus* para classificar os casos individuais (indução, dedução). Se examinarmos inversamente o encadeamento das ciências, isto é, das mais complexas para as mais simples, o que veremos será a progressiva rarefação de relações, que são múltiplas e entrelaçadas, na sociologia, e simples, insuladas, na lógica e na aritmologia

Como se observa, Miranda (2000) não mistura absolutismo com relativismo, e tampouco desconhece as questões lógicas que isso poderia implicar. Mas, em razão da falibilidade humana em compreender todas as relações sociais – que vão além do pensar lógico –, postula a preponderância do caráter relativista, de modo que o estudo dos fatos deve ser abalizado por método rigoroso, a fim de não tornar a ciência estática, sem anseios por novas descobertas, satisfeita com resoluções ainda aperfeiçoáveis. Portanto, conforme Iserhard (1994, p. 27), “nem mesmo a teoria da relatividade está imune às oscilações sociais, suscetível que é de experimentar mutações, uma vez que apenas revela o nível de conhecimento humano obtido em determinada etapa da vida social.”

Noutro aspecto, como todas as investigações subjetivas são perigosas, mesmo que estejam aliadas a método científico, Miranda (2000) considera excessivamente vaidoso o caráter definitivo de qualquer constatação, pois que apriorístico, apoiado em lastro de imutabilidade, o que não se compatibiliza com o processo adaptativo das relações sociais. Para Miranda (2000) é impossível a existência de verdades independentes

do sujeito que as postula, vez que “o fim de toda a Ciência é a convicção subjetiva, e não a certeza objetiva.” (MIRANDA, 2000, p. 77).

De forma a ilustrar o raciocínio acima, Miranda (2000, p. 30) elucida, através de um exemplo, a sua crítica gnosiológica ao intento de definitividade sugerido por aprioristas, dizendo:

Não nos preocupa nenhum objetivismo racional; a realidade a que aludimos é a que pode ser colhida pela relatividade do conhecimento humano, ainda com o contacto mais íntimo da intuição. O real humano é também aparência. Nada melhor no-lo prova do que o lápis do clássico psicólogo Ernst Mach: imerso na água, até o meio e obliquamente, parece quebrado; mas está perfeito. A realidade não é mais do que o mais prático e o mais verificável para o homem, porque o lápis que vemos direito, cá fora, não é o absoluto igual da coisa em si; como há hipótese da imersão, que tanto o deforma, há outras alterações produzidas pelo ambiente (ar, luz, os nossos próprios olhos, etc.), que não tiram à imagem o valor normal e prático, o valor resultante da verificabilidade e da comprovabilidade do mundo externo. E é esse, e somente esse, o valor objetivo da ciência

Por ser assaz complexo, o fenômeno jurídico também não se deixa, como no exemplo acima, fotografar-se a ponto de, pelas vistas obtidas num primeiro instante, em dadas circunstâncias e por determinado ser sensiente, fixar-se a realidade com índole invariável, como se ela não se renovasse no fazer-se incessante das coisas (MIRANDA, 2000).

Nesse contexto, em alternativa ao apriorismo como método de sistematização do conhecimento, Miranda (2000) propõe visão poliédrica dos fenômenos sociais, mediante a unicidade dos diferentes saberes, de modo a cinematografar as realidades jurídicas nas suas múltiplas manifestações. Não por outro motivo, assevera Iserhard (1994) que o “Sistema de Ciência Positiva do Direito” de Pontes de Miranda ambiciona a unidade, introduzindo na pesquisa do direito a noção de interdependência das ciências. Noutras palavras, o cientista brasileiro generaliza o fenômeno jurídico, a fim de elidir a aparente contradição existente entre a ciência do direito e as demais, sobretudo porque possuem objetos comuns: os fatos e as relações que deles se pode induzir.

No que respeita a essa importância das uniformidades e generalidades científicas, Miranda (2000, p. 73-74) arremata:

As ciências ganham em serem unificadas, ou, pelo menos, tornadas mais ajustáveis. As teorias einsteinianas são o melhor exemplo do valor da generalidade, quando o espírito do sábio se atém aos fatos. Ora, é justamente o que se nos faz preciso desenvolver: o pensamento da relatividade dos fenômenos e do valor prático do método científico. Por outro lado, a vantagem da generalização esteeda em fatos. Teremos que negar, no interior de cada círculo social, qualquer absolutismo, por isto mesmo que não admitiremos, cientificamente, qualquer privilégio aos critérios de cada um deles; mas a teoria geral abrangê-los-á a todos

Como se vê, Miranda (2000), na busca pela economia do pensamento, vindica a imprescindibilidade da unificação dos saberes vigentes, convocando todas as disciplinas (Matemática, Mecânica, Biologia, Física, Psicologia, etc.) para interpretação dos fatos sociais, com destaque para a Sociologia, visto que, para ele, o cientista do Direito deve ser um sociólogo que se especializa, sensível à percepção das relativas fontes de pesquisa deste fenômeno natural, posto que vivo, chamado Direito.

3 A RELATIVIDADE DO FATO SOCIAL DO DIREITO E A EVOLUÇÃO DA ANÁLISE SOCIOLÓGICA

Estatuídas as premissas da generalidade e da unicidade das ciências na busca por verdades aproximadas, a compreensão da relatividade dos fenômenos jurídicos no pensamento de Pontes de Miranda requer, igualmente, breves considerações sobre a evolução da análise sociológica dos fatos do Direito. Isso porque, conforme pontifica Iserhard (1994, p. 19), “em Pontes de Miranda, o fenômeno jurídico apresenta natureza sociológica.”.

Para tanto, far-se-á necessário percorrer – ainda que estreitos os limites deste artigo – o cerne das ideias positivistas de Auguste Comte e Émile Durkheim, predecessores à formação sociológica de Pontes de Miranda, bem como as respectivas críticas que este endereçou àquelas, a ponto de se conhecer,

gradativamente, as fontes da investigação social proposta pelo cientista brasileiro.

De início, não se faz descuidada a advertência de que o positivismo ora esmiuçado não se confunde com a concepção clássica de positivismo jurídico (direito legal) – tão combatida por Pontes de Miranda –, embora ambos os pensamentos possam, em algum momento, ter se correlacionado em outras doutrinas.

A esse respeito, aliás, registra Bobbio (1995) que a expressão “positivismo jurídico” não deriva daquela de “positivismo” em sentido filosófico, sobretudo porque as gênesis são diversas, vez que o positivismo jurídico surgiu na Alemanha, e o filosófico em França. Além disso, enquanto o primeiro reduz o objeto de análise da ciência do Direito aos componentes de dado ordenamento jurídico, o segundo se traduz em concepção filosófica, também aplicada ao estudo da ciência do Direito, dispondo de maior acervo de pesquisa social (leis, costumes, comércio, contratos, relações de dominação e posse, estatutos de associações, etc.). Portanto, ditos positivismos só se assemelham quanto à denominação, não havendo identidade no agir científico, conforme se observará no desenvolvimento deste trabalho.

Segundo Carnio (2014), Pontes de Miranda inspirou seu pensar sociológico a partir dos estudos de Auguste Comte, com enfoque na lei dos três estados, para a qual o desenvolvimento humano, em termos de relações sociais, atravessou sucessivos estádios, a saber: a infância (estado teológico); a juventude (estado metafísico) e a maturidade (estado científico).

Assim, o positivismo equivale ao terceiro e último estádio do desenvolvimento do ‘espírito’, ilustrado, historicamente, pelas revoluções intelectuais surgidas nos séculos XVII e XVIII, capitaneadas por pensadores como Francis Bacon, René Descartes, Galileu Galilei e Isaac Newton (ISERHARD, 1994). Em síntese, “o genuíno espírito positivo consiste em ver para prever, em estudar o que é, a fim de concluir o que será, segundo o dogma geral da invariabilidade das leis naturais.” (COMTE, 2002, p. 14).

Como se pode notar, Miranda (2000) ratifica a postura metodológica de Auguste Comte,

especialmente no que concerne à premissa de encadeamento sistemático das ciências. No entanto, abre divergência quanto ao pitagorismo sustentado por Comte, para quem tudo se reduz à questão de número, em um indisfarçável postulado absoluto (MIRANDA, 2000). Tanto que, com as atenções voltadas aos caminhos científicos abertos pelo filósofo francês, Miranda (2000, p. 19) diz:

Não escondemos, não diminuimos a nossa admiração pela obra de Auguste Comte. Conhecemo-la, e não há menosprezá-la quando se conhece tão sensata, tão sólida e tão fecunda construção sistemática. Sobretudo a parte metodológica. Se quiséssemos classificar a própria filosofia que há nesta obra, não seria possível deixar de reputá-la positivista, porém neopositivista: apenas incorporamos o Direito ao conjunto das Ciências, o que, na época em que escreveu, não podia fazê-lo o filósofo francês [...]. Teorias, como a das geometrias não-euclidianas e multidimensionais, em vez de se contradizerem, se confirmam ao fundamento empírico da matemática, tão excelentemente exposto em Auguste Comte; mas seríamos insensatos se persistíssemos nas doutrinas psicológicas do seu tempo e por ele adotadas.

Desta feita, impende ressaltar que o pensar positivo, como todo conhecimento humano, adaptou-se às novas circunstâncias de tempo, espaço e matéria que se lhe apresentaram, não se encerrando na física social de Auguste Comte, mas, ao contrário, evoluindo com os estudos da Escola Sociológica Francesa, em especial com as contribuições do sociólogo Émile Durkheim.

Ensina Lakatos (1990) que foi a partir de Durkheim que as interpretações sociológicas se apresentaram num formato de estudo científico da sociedade, pois este qualificou “o fato social como uma ‘coisa’, e preconizou que, para estudá-lo, fossem aplicados os métodos e processos, isto é, os recursos experimentais empregados nas ciências exatas.” (LAKATOS, 1990, p. 63-64).

Desse modo, pondera Lakatos (1990) que a explicação do fato social para Durkheim demandava investigação das causas sociais, transcendendo as questões históricas, psicológicas e biológicas, pois, em última análise, “é fato social

toda maneira de agir, fixa ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior, que é geral na extensão de uma sociedade dada, apresentando uma existência própria, independente das manifestações individuais que possa ter.” (DURKHEIM, *apud* LAKATOS, 1990, p. 64). Percebe-se, então, que Durkheim sugere o estudo da sociedade nas pessoas, e não das pessoas na sociedade, o que é algo diverso, pois pressupõe que “o patológico nos ajudará a compreender melhor o fisiológico.” (DURKHEIM, 1999, p. 9).

Se, por um lado, Miranda (2000) compartilhava com Durkheim a ideia de combate às prenoções que prejudicam o juízo sociológico, em outro, em contraponto ao método empregado pela Escola Sociológica Francesa e, notadamente, por Durkheim, Miranda (2000, p. 61) consigna que

Nada mais legítimo que este zelo da positividade: limita a atividade à esfera da realidade social objetiva, para dos fatos verificados tirar cautelosamente conclusões que progressivamente se impõem. Mas o objetivismo de Durkheim ficaria desprovido de sistema de referência se se desenvolvesse descosidamente, em mosaicos, no pluralismo estonteante das observações, das minuciosas análises de fatos, crenças, costumes, práticas, instituições e expediente da vida. Mas é justamente aqui que nos parece menos segura a sociologia do escritor francês: não porque recorresse a esteio de metafísica (as metafísicas têm o valor da aproximação da verdade, que elas representam), e sim por se contentar com as ideias de tipo social, normalidade e generalidade, algo de correspondência entre a saúde e à doença.

Portanto, Miranda (2000) entende superficial o método utilizado por Durkheim, vez que este volta os olhos para a análise das instituições, em vez das relações sociais (religiosas, jurídicas, morais, artísticas, políticas, econômicas, etc.) inerentes ao processo geral de adaptação, de modo que os resultados dessas investigações, no seu sentir, se consubstanciam em abstrações, sem a índole da verificabilidade exigida pelo saber sociológico ou de ciência jurídica.

4 A RELATIVIDADE DAS FONTES DO DIREITO

Feito o breve percurso da “física social” de Comte até a “sociologia” de Durkheim, faz-se necessário o alcance do último degrau sobre a adaptação do pensar sociológico através das dobras do tempo-espaço-matéria, trazendo-se à baila, finalmente, a doutrina científica do Direito de Eugen Ehrlich, que influenciou o postulado pontesiano da relatividade das fontes do Direito.

Preleciona Sacramento (2013) que Eugen Ehrlich é considerado o fundador da Sociologia do Direito, pois foi o primeiro a criticar o positivismo jurídico, confrontando-o com as premissas do seu método de investigação do Direito vivo, “aquele que, apesar de não fixado em prescrições jurídicas, domina a vida.” (EHRlich, 1986, p. 372).

Daí, partindo do ponto de que a realidade dos fatos é mais complexa que a letra morta da lei, Ehrlich (1986) assevera que o reducionismo legal não oferece um quadro completo das condições jurídicas, especialmente porque se atém apenas às necessidades práticas momentâneas, conservando-as de forma atemporal. Por isso, em contornos metafóricos para mais bem elucidar suas meditações, Ehrlich (1986, p. 374) se expressa assim:

Querer aprisionar o direito de uma época ou de um povo nos parágrafos de um código corresponde mais ou menos ao mesmo que querer represar um grande rio num açude: o que entra não é mais correnteza viva, mas água morta e muita coisa simplesmente não entra. Se além disso se levar em conta que cada uma das leis já estava superada pelo direito vivo no momento em que ficou pronta e a cada dia que está sendo mais superada, então deve-se reconhecer o imenso campo de trabalho, praticamente virgem, que aqui se abre ao pesquisador do direito.

Percebe-se, pois, que Ehrlich (1986) reivindica o trabalho investigativo do cientista do Direito, por acreditar que a realidade dos fenômenos jurídicos está para além do conhecimento das leis, da jurisprudência e da doutrina. Assim, o sociólogo alemão estabelece uma

distinção entre o Direito vivo e as normas jurídicas, ao dizer que aquele é derivado dos fatos do Direito, base imediata e direta da ordem legal, enquanto estas são impostas e constituem o fundamento mediato e indireto da ordem jurídica (ISERHARD, 1994).

Da mesma maneira, conforme leciona Iserhard (1994), Pontes de Miranda compreende que não há qualquer limitação entre as demais fontes jurídicas e a lei, vez que esta “constitui simples artificialidade dentre elas, se comparada, por exemplo, com os costumes, pois reveste de oficialidade o provimento do Direito, enquanto estes buscam provê-lo concreta e materialmente, por meio dos próprios fatos.” (ISERHARD, 1994, p. 213).

Nessa linha de intelecção, Miranda (2000, p. 307-308) obtémpera que

O conhecimento da lei é o conhecimento indireto, imperfeito e parcial do direito, porque a lei não é o conteúdo efetivo da ciência jurídica, como o documento constitui simples elemento de cognição indireta e não o conteúdo efetivo da história. Daí a diferença específica entre os que interpretam a lei e pretendem construir ciência de raciocínio e os que revogam a indagação jurídica à trilha da observação (análise), da indução e da experiência. Leis escritas nada mais são que os traços exteriores, mais ou menos acidentais, do conteúdo real do direito objetivo: de maneira que se há mister extrair toda a soma de realidade que elas representam, sem nos privarmos de buscar fora das leis tudo que possa completar a porção, talvez pequena, que dela tiramos.

Conclui-se, portanto, que, para o cientista brasileiro, não há por que a lei ser alçada em plano hierarquicamente superior, quase exclusivo na solução dos conflitos oriundos dos fenômenos jurídicos, devendo todas as fontes do Direito serem estudadas objetivamente, com a isonomia valorativa exigida pelos fatos subjacentes às relações sociais. Afinal, “na vida da regra jurídica tem a lei simples valor episódico.” (MIRANDA, 2000, p. 138).

Não por outra razão, Iserhard (1994) propõe que Pontes de Miranda, ao fazer das relações sociais seu objeto de investigação e revelação objetiva do Direito, procura consorciar as fontes

formais com as fontes materiais, no intuito de compatibilizar as normas jurídicas com os fatos sociais, ainda que haja inconvenientes metodológicos para a efetivação de tal mister. Em síntese, Miranda (2000, p. 226) sustenta que “a preponderância das fontes do direito é questão de fato, e não de direito; e a hierarquia postulada pela lei escrita é como o gesto de violência, que exterioriza com mais rigor e excesso cênico a força muscular, porém não lhe acrescenta nenhuma partícula nova.”.

Ressalta-se, ainda, que o sistema de ciência positiva do Direito de Miranda (2000) não olvida a adoção de certo escalonamento normativo entre as constituições dos Estados e as leis infraconstitucionais. Ocorre que, como o fenômeno jurídico é relativo por excelência, não se pode conferir valor absoluto às suas manifestações formais. Nesse passo, afirma Miranda (2000, p. 211) que

A constituição de qualquer país deve ser sistema de conclusões sociológicas, que possam valer expressões de leis gerais. O valor que ela terá não será absoluto, porque o absoluto é ficção, o último termo, arbitrariamente fixado, de série indefinida, o nome que se dá ao que, na metafísica, corresponde ao infinito matemático. Em relação às outras leis deve preponderar e impor-se; porém, por ser lei mais geral, envolve as menos gerais, e assim a proposição mais geral se conserva inalterada a despeito da substituição e variação das proposições menos gerais. Batida sobre tais alicerces, a constituição prescindirá, progressivamente, de quaisquer barreiras, anteparos e escoras artificiais, que entenda criar o artificialismo político para garantir a sua supremacia e a sua significação de princípio em que se dilata o fenômeno da segurança do direito.

Por isso, arremata Iserhard (1994) que o cientista brasileiro busca, com ímpeto positivo, a adequação entre os sistemas jurídicos e os sistemas sociais – consubstanciados os primeiros nas constituições, leis, costumes, doutrina e outras fontes adjacentes; e os segundos, nas relações sociais (econômicas, políticas, morais, etc.) – pois em cada sistema social brota um determinado sistema jurídico. Assim é que, a partir da proposta

de relatividade das fontes do Direito, Miranda (2000, p. 226) constata que “doutrina, jurisprudência e legislação, galhos da mesma árvore; cumpre não os separar, porque, ou viverão autônomos, como novas árvores, ou terão de secar e morrer.”.

Pois bem, estabelecido o caráter relativo das fontes jurídicas, dada a própria relatividade das relações sociais onde se acham e, por consequência, do próprio conhecimento dos fenômenos jurídicos, um último problema aflora à superfície: qual método deve guiar a ciência do Direito na visão sócio-relativista de Pontes de Miranda?

5 O MÉTODO POSITIVO DE INVESTIGAÇÃO DOS FENÔMENOS JURÍDICOS

É cediço que a ciência se utiliza da metodologia para a análise dos diversos campos florescidos pelas ideias. Consoante Larenz (1991, p. XXI-XXII), “a metodologia de uma ciência é a sua reflexão sobre a própria actividade. Ela não pretende somente, porém, descrever os métodos aplicados na ciência, mas também compreendê-los, isto é, conhecer a sua necessidade, a sua justificação e os seus limites.”. Sendo assim, pode-se dizer que “a verdade é que, como a metodologia é útil a ciência, a ciência serve à metodologia, ou, por outras palavras, esta última, quando descobre as regras da ciência, descobre as suas próprias regras.” (CARNELUTTI, 2012, p. 17).

Decerto, das reflexões acima, colhidas de autores que postulam métodos próprios, distantes daquele que aqui se tratará, extrai-se a seguinte conclusão: tanto o descobrimento quanto a sistematização de normas jurídicas dependem de método científico.

E é por essa razão que Pontes de Miranda, cômico da relatividade do conhecimento jurídico, não se furta ao reconhecimento da interdependência das ciências, vez que, para ele, é a partir da unicidade dos saberes que o cientista do Direito se aproxima da objetividade investigativa, generalizando-se os princípios que das relações sociais se induziu. Ante o Direito vivo que emana da realidade, as fontes jurídicas são várias e mutáveis, sendo o método positivo

(indutivo-experimental), por ora, o mais adequado para sistematizar a matéria social. Inicialmente, destaca-se que Pontes de Miranda se influenciou pelo pensamento metodológico de Bacon (2002, p. 12), que compreende que “a verdadeira causa e raiz de todos os males que afetam as ciências é uma única: enquanto admiramos e exaltamos de modo falso os poderes da mente humana, não lhe buscamos auxílios adequados.”. Segundo Bacon (2002), na constituição do conhecimento é preciso que se proceda a um exame minucioso, verificando-se todos os aspectos, adequação e medida dos fatos que o integra, pois, ao se adotar esse procedimento, de um lado será evitada a adstrição aos fatos particulares já conhecidos; noutro, a preponderância das formas abstratas em lugar das sólidas e determinadas pela matéria de análise.

Exatamente pela índole perfectível desse método, Miranda (2000, p. 241) sustenta que “o instrumento com que há de operar o cientista será a indução baconiana, empírico-realista, o que não impede a utilização em formas sucessivamente mais simples, a fim de melhor explicar o fato complexo.”. Assim, procurando habituar-se à complexidade da matéria do Direito, tal como é revelada pela experiência, e não por apriorismos, Miranda (2000) adverte que o conhecimento do fenômeno jurídico pressupõe o uso de metodologia científica objetiva, vez que somente esta tem o condão de elidir os labirintos percorridos pelos sistemas abstratos – tabus, tradições, subjetivismos puros, sentimentos, etc. – em desfavor do exame positivo das relações sociais.

Nota-se, portanto, que a conveniência do critério objetivo é a segurança e a estabilidade – mesmo que relativas a dadas circunstâncias de tempo-espaço-matéria – com que o cientista analisa os fatos da adaptação social, sem correr os riscos do uso exclusivo do racionalismo ou do empirismo, típicos do normativismo dogmático. Nesse sentido, aliás, Miranda (*apud* ISERHARD, 1994, p. 93) esclarece que:

O empirismo não é suficiente à evolução, porque, incapaz de generalizar, se mantém pluralista, adstrito ao particular, como se espalhado pelo mundo dos fenômenos, de cuja complexidade causal não se adverte. O racionalismo cai na abstração, no *a priori*,

e perde-se dos fatos, da carne viva das realidades; veste-se com o manto dos princípios, das palavras sem conteúdo exato, das divisões escolásticas e dos sofismas. Conserva o real, deformando-o; ou revoluciona, substituindo ao concreto dos costumes o abstrato das doutrinas e das operações discursivas e lógicas. A ciência vê os fatos e o geral, e passa daqueles a este pelo caminho da indução. Com o empirismo, o homem aprende a sentir o real; com o racionalismo, a pensar e a apreender o geral; com a ciência, a seguir roteiro certo na transição de uma operação à outra. É conservadora sem misonéismo; revolucionária, sem perturbações. O valor da tradição é duplamente respeitado pela ciência: quando induz, em vez de impor princípios apriorísticos; quando se abstém de intervir, enquanto não possuir dados positivos, que lhe permitam promover melhores soluções sociais

Como se vê, o método científico adotado possui a finalidade de observar, analisar e experimentar as relações sociais, afinal, “o método inicial é a observação; depois, vem a indução; mais tarde a experimentação, que, todavia, poderá vir antes da atividade indutiva, em vez de posteriormente, para comprovar os resultados.” (MIRANDA, 2000, p. 80).

Miranda (2000, p. 44) postula, ainda, que “a orientação da pesquisa científica deve ser realista, no sentido de método de indagação de realidades, método que distingue o real, o conceito e a palavra [...]”. O primeiro é o objeto das meditações do cientista do Direito; os dois últimos são representações que exprimem a tentativa humana de apreender a verdade provisória e imanente à matéria social que se lhe apresenta incessantemente.

Assim, ao manter a metodologia científica à altura do Direito vivo – aquele alimentado pelos fatos –, Miranda (2000) focaliza sua análise nas relações, objeto propício à obtenção de princípios que realmente sirvam para o equilíbrio das forças sociais. Por isso, entende que o método sociológico (indutivo) deve ser o principal instrumento de investigação das Ciências Sociais, inclusive o Direito, posto que somente ele cumpre o desiderato de adaptação social.

Em termos de dinâmica, é de se concluir que,

conforme anota Iserhard (1994), o conhecimento jurídico para Pontes de Miranda deve apoiar-se em fatos, destinando-se as normas do Direito à ordem social, enquanto normas colhidas nas próprias relações sociais, cujo objetivo é a correção de defeitos de adaptação das pessoas à vida coletiva. Em outros termos, a postura epistêmica pontesiana procura ser congruente com dados investigativos positivos. Aliás, como reforço dessas colocações, sintetiza Iserhard (1994, p. 97) que, para Pontes de Miranda, “o direito não deve ser imposto, mas sim revelado espontaneamente pelas relações sociais, objeto da investigação científica, devendo brotar do ‘é’ e não do ‘deve ser’, o que é perfeitamente explicável pelos fundamentos de sua ciência jurídica, que são os fatos e não as normas.”.

De mais a mais, o cientista do Direito, enquanto sociólogo que se especializa, não se indaga sobre quando o “dever-ser”, de fato, será. Ao contrário, ele busca, a partir dos fatos e com o uso de método científico, saber aproximadamente “o que é” e “como será” o Direito em relação às circunstâncias de seu tempo-espaço-matéria, não se lhe parecendo viável, pois, apenas examinar a questão do “como deverá ser”, mas, com igual, senão maior importância, descobrir, cientificamente, o Direito emanado da vida em comum nas sociedades.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mais do que resgatar parte da essência do sistema de ciência positiva do Direito de Pontes de Miranda, este trabalho pretendeu demonstrar a importância dos estudos sociológicos na compreensão dos fenômenos jurídicos. Por isso, talvez se inquine de impróprio o viés argumentativo-crítico voltado ao positivismo jurídico, tão presente nas doutrinas práticas, mormente pela necessidade de segurança e celeridade na resolução das infundáveis demandas judiciais. Ocorre que, segundo um velho ditado, é melhor viajar com esperança do que chegar ao destino.

Nesse sentido, com o intuito de fomentar a pesquisa do Direito a partir do exame das relações sociais, apresentou-se a premissa da unificação dos saberes, na qual todas as disciplinas (Matemática,

Mecânica, Biologia, Física, Psicologia, etc.) devem contribuir para indução do Direito a partir dos fatos, com destaque para a Sociologia. Além disso, atestou-se que Pontes de Miranda generaliza o fenômeno jurídico a fim de elidir a aparente contradição existente entre a Ciência do Direito e as demais, sobretudo porque possuem identidade de objeto: os fatos e as relações que deles se pode induzir.

Dessas reflexões, verificou-se que a proposta epistemológica de Pontes de Miranda está comprometida com a observação e a análise de fatos, pois, para ele, não há por que a lei ser alçada em plano hierarquicamente superior, quase exclusivo na solução dos conflitos sociais. E nesse ponto específico, a tematização do pensamento relativista procurou suscitar dúvidas nos leitores, especialmente em relação aos conceitos absolutos das sucessivas produções legislativas contemporâneas, sem prejuízo, ainda, do propósito de despertar um raciocínio crítico no que respeita aos métodos então empregados para elaboração das prescrições jurídicas, que estão em crescente inflação, mas distantes dos interesses reais do povo.

Assim, para que a metodologia científica ficasse à altura do Direito vivo – aquele alimentado pelos fatos –, apontou-se que Pontes de Miranda manteve o foco de sua análise no conhecimento das relações, objeto propício à obtenção de “princípios” que realmente sirvam para o equilíbrio das forças sociais. Por essa razão, o método sociológico (indutivo) por ele adotado se revela como um dos instrumentos fundamentais para a investigação dos fatos sociais, principalmente os do Direito, vez que sua proposição é coerente com a finalidade de progressiva correção dos defeitos humanos de adaptação social, ora incorrigíveis pela inefetividade das abstrações legais e das enunciações sumulares – não menos abstratas, registre-se.

Enfim, de todas as lições colhidas da postura científica de Pontes de Miranda, sintetiza-se o seguinte aprendizado: conhecer, se convencer, e depois agir, eis o *modus operandi* do cientista que, cômico da permanente mutabilidade das relações sociais – religiosas, morais, artísticas, políticas, econômicas, etc. –, almeja à sistematização provisória do Direito, objeto contingente, posto que vivo, de toda e qualquer investigação jurídica.

REFERÊNCIAS

BACON, Francis. *Novum organum*. Tradução e notas de José Aluysio Reis de Andrade. Fonte Digital: O Dialético, 2002.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito: compiladas por Nello Morra*. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. *Metodologia do direito*. Tradução de Wilson do Prado. São Paulo: Pilares, 2012.

CARNIO, Henrique Garbellini. O método científico na sociologia de Pontes de Miranda. In: Revista dos Tribunais, Ed. RT, v. 944, p. 233–248, jun. 2014. Disponível em: http://www.academia.edu/22660765/O_M%C3%89TODO_CIENT%3%8DFICO_NA_SOCIOLOGIA_DE_PONTES_DE_MIRANDA. Acesso em: 28 mar. 2017.

COMTE, Auguste. Discurso preliminar sobre o espírito positivo. Tradução de Renato Barboza Rodrigues Pereira. Edição eletrônica: Ridendo Castigat Mores, 2002.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Tradução de René Emami Gertz. Brasília: Ed. UnB, 1986.

EINSTEIN, Albert. *A teoria da relatividade: sobre a teoria da relatividade especial e geral: (para leigos)*. Tradução de Silvio Levy. Porto Alegre: L&PM, 2015.

HAWKING, Stephen. *O universo numa casca de noz*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016.

ISERHARD, Antônio Maria Rodrigues de Freitas. O conceito de direito em Pontes de

Miranda. 1994. 303 f. Tese (Doutorado em Direito)–Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, 1994.

LAKATOS, Eva Maria. *Sociologia geral*. Colaboração de Marina de Andrade Marconi. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1990.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

MARMELSTEIN, George. A difícil arte de ponderar o imponderável: reflexões em torno da colisão de direitos fundamentais e da ponderação

de valores. In: LEITE, George; SARLET, Ingo; CARBONNEL, Miguel (Org.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2010.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. Tomos 1, 2, 3 e 4. Campinas: Bookseller, 2000.

SACRAMENTO, Maria Terezinha da Silva do. *Sociologia jurídica*. Palhoça: UnisulVirtual, 2013.

Submissão em: 7 setembro 2018.

Pareceres favoráveis em: 23 outubro 2018.

***NORMAS
PARA PUBLICAÇÃO***



e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho

ISSN eletrônico: 2179-8222

Área: Direito

Editor: Prof. Ms. Richardson Xavier Brant
Editor-Associado: Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Endereço eletrônico (e-mail):
revistaeletronica@fasa.edu.br

Periodicidade: semestral

Idioma: Português

Forma de distribuição: eletrônica, constante na página eletrônica direito.fasa.edu.br, com acesso livre. O formato é copiável, mas pede-se a citação de autor e fonte.

1 INFORMAÇÕES INICIAIS E TÉCNICAS SOBRE A REVISTA

A Revista Eletrônica Fas@Jus é uma publicação semestral do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho. Tal Faculdade tem sede em Montes Claros, Minas Gerais, na Av. Donato Quintino, 90, Shopping Center, CEP 39400-546. Os telefones são (38) 3224-7905 (Coordenação), 3224-7901 (recepção) e 3224-7900 (geral).

A e-Revista Fas@Jus é uma publicação eletrônica e, em algumas oportunidades, são impressos alguns exemplares, com o fim de divulgação. É composta das seguintes seções fixas:

ENTREVISTA – destinada a divulgar assuntos relacionados ao Direito, orientação profissional e temas ligados aos órgãos nos quais atuam os

operadores do Direito;

ARTIGOS DO CORPO DOCENTE – espaço destinado a publicar artigos científicos de autoria de Professores do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA). Neste ponto, uma explicação. A Fas@Jus não publica artigos e resenhas envolvendo parceria de Professores e Acadêmicos porque:

- há seção exclusiva para publicação de textos dos Acadêmicos da Casa;
- é forma de incentivar aos Acadêmicos a publicarem de forma isolada;
- é forma de evitar que Professores exijam que seus Alunos façam artigos científicos e incluam os seus (dos Professores) nomes;
- parcerias, normalmente, não valem pontuação, para os Acadêmicos, em concursos públicos de provas e títulos;
- no caso específico da FADISA, somente a publicação individual pode levar o Acadêmico autor a ser dispensado de feitura e apresentação de monografia como Trabalho de Curso;

ARTIGOS DO CORPO DISCENTE – espaço destinado a publicar artigos científicos de autoria de Acadêmicos do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA). São aceitas parcerias entre Acadêmicos, embora não sendo aconselhável porque tais publicações com mais de um autor, normalmente, não resultam em pontuação em concursos públicos de provas e títulos e, no caso da FADISA, somente a publicação individual pode levar o Acadêmico autor a ser dispensado de feitura e apresentação de monografia como Trabalho de Curso;

ARTIGOS DE EGRESSOS – seção destinada aos ex-alunos do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho;

ELO COM OUTRAS IES – espaço apropriado para publicação de artigos científicos de autoria de:

- Acadêmicos de outras Instituições de Ensino Superior de todo o Brasil;
- Egressos de outras Instituições de Ensino Superior de todo o Brasil;
- Professores de outras Instituições de Ensino Superior de todo o Brasil;

AUTOR CONVIDADO – seção destinada a conter artigos científicos de autoria de pessoas que o Editor ou os componentes do Conselho Editorial convidam a colaborar;

RESENHA – espaço destinado a publicação de resumo crítico, comparativo ou contendo emissão de juízo de valor por parte do autor sobre obras artísticas que são da área do Direito ou são a tal área inter-relacionados. São exemplos: livros, filmes, peças teatrais, músicas e outras atividades artísticas que tocam no tema dos segmentos do Direito.

2 NORMAS GERAIS E INICIAIS PARA QUAISQUER TIPOS DE MATERIAL SUBMETIDO À ANÁLISE, APRECIACÃO E PUBLICAÇÃO

I – somente serão analisados, pelo Conselho Editorial, materiais inéditos, entendendo como inédito o texto que tenha sido motivo de, em forma de resumo, eventuais apresentações orais, em eventos científicos;

II – a submissão de texto científico a ser analisado e, se aprovado, publicado, importa em ciência de que há originalidade, não há plágios, fraude ou cópias e que o material é inédito em termos de publicação, afirmações sob a responsabilidade, nas searas penais e civis, do autor;

III – a submissão dos trabalhos implica:

- a) aceitação e autorização da publicação, se aprovado pelo Conselho Editorial, com cessão dos direitos autorais de colaboração autoral inédita;
- b) ciência de que o material, se aprovado para publicação, poderá ser submetido a correção linguística, metodológica, de formatação e padronização;
- c) ciência de que a não aprovação, por parte do Conselho Editorial, não implica em responsabilidade de informar em que partes do texto foram notadas deficiências (a reprovação do texto não se traduz por oferta de correção ou sugestões);
- d) ciência de que somente em casos excepcionais o Conselho Editorial devolverá o material ao autor, para melhoramentos, adequações e adaptações, sendo a regra a reprovação do que não se encaixar nas regras ora fixadas.

3 NORMAS PARA PUBLICAÇÃO DE ARTIGOS

A Revista Eletrônica Fas@Jus, do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho aceita analisar artigos científicos que lhe sejam submetidos, com as seguintes condições.

PRIMEIRA. TEMA

Os artigos científicos submetidos dever conter, a princípio, exclusivamente temas de Direito. Mas, há como mesclar Direito e outros segmentos do saber (Direito e Economia, Direito e Psicologia, Odontologia Legal, Medicina Legal, por exemplos) assim como são aceitos textos envolvendo, também como exemplo, Educação Superior.

SEGUNDA. FORMATO DO DOCUMENTO

O **artigo científico** submetido:

I – deve ser enviado exclusivamente em texto digitado, redigido em Língua Portuguesa, sem envio de material impresso;

II – deve estar digitado com tipos Times New Roman (preferencialmente) ou arial;

III – exceto as citações longas, o texto deve ter tipos tamanho 12, com espaço 1,5 entre linhas;

IV – as citações curtas, de até três linhas, devem vir dentro do texto, entre aspas;

V – as citações longas devem:

- a) ser digitadas em tipos de tamanho 11;
- b) ser recuadas em 2,5cm (duas vezes o espaço 1,25cm do parágrafo normal);
- c) ter espaço simples (espaço 1) entre linhas;
- d) ter referência a autor – apenas pelo sobrenome e em letras maiúsculas – data e número da página;

VI – ter, no mínimo, dez páginas, incluindo bibliografia e notas de rodapé;

VII – estar redigido em formato word (não se admitindo arquivo em PDF ou outro formato), com as seguintes especificações:

- a) a página deverá ser padronizada com margens superiores e esquerda com 3cm e margens superiores e direita com 2cm;
- b) os recuos de parágrafos devem ter 1,25cm, e a separação entre parágrafos deve ser feita com utilização de espaço normal entre linhas;

VIII – o título do artigo deve ser digitado em tamanho 14 ou 16, com efeito negrito e centralizado;

IX – se houver subtítulo do artigo, deve vir todo digitado em letras minúsculas – exceto em se tratando de nomes próprios – e após o título, tendo dois pontos imediatamente após a última letra do título e antes do subtítulo;

X – o nome completo do autor do texto deve ser digitado em tamanho 12, alinhado à direita, com nota de rodapé contendo a qualificação resumida do autor (títulos e Instituições de Ensino às quais se acha ligado ou nas quais obteve os títulos);

XI – o Resumo deve:

- a) ter o máximo de 200 palavras, em único parágrafo;
- b) estar digitado em espaço simples (espaço 1);
- c) ser redigido em Língua Portuguesa;
- d) conter até cinco palavras-chave, estas escritas na última linha;

XII – o Resumo deve ser traduzido, preferencialmente em inglês, na mesma condição do Resumo, sob a forma de ABSTRACT, inclusive as cinco correspondentes *keywords*;

XIII – os destaques devem ser feitos exclusivamente com utilização de tipos itálicos, não se admitindo negrito e sublinhado;

XIV – a Bibliografia deve:

- a) ser inserta ao fim do texto, exclusivamente;
- b) ter o subtítulo como, apenas, REFERÊNCIAS;
- c) ter espaço simples entre as linhas;
- d) estar alinhada à esquerda;
- e) conter:

1) nome de família do autor, em letras maiúsculas, seguido de vírgula;

2) restante do nome do autor somente com iniciais maiúsculas, exceto partículas de ligação que ficam escritas em minúsculas (exemplos: de, da, e), seguido de ponto final;

2) título da obra somente com a primeira inicial maiúscula, exceto em se tratando de nomes próprios, com efeito itálico; seguido de dois pontos se houver subtítulo ou ponto final quando não houver subtítulo;

3) se houver, subtítulo da obra somente com iniciais minúsculas, exceto em se tratando de nomes próprios, sem efeitos;

- 4) nome do tradutor, se houver, seguindo de ponto final;
- 5) número da edição indicada apenas pelo algarismo arábico seguido de ponto final e somente em sendo da segunda edição em diante, e seguido da palavra “ed.”, em letras minúsculas seguidas de ponto final, como forma de abreviar “edição”;
- 6) o nome da cidade em que houve a publicação, seguido de dois pontos;
- 7) o ano da edição, seguindo de ponto final;
- 8) notas esclarecedoras como título original ou a qual coleção pertence, se houver;

XV – o material gráfico e ilustrações devem:

- a) ter largura entre 8,5cm e 16cm;
- b) ser numeradas sequencialmente em algarismos arábicos;
- c) estar localizados(as) dentro do texto, quando tratado do assunto em que a ilustração, quadro, tabela ou outra forma de ilustração se referir;
- d) ter legendas escritas em tipos Times New Roman, tamanho 8, logo abaixo da figura.

TERCEIRA. O TEXTO E OS SUBTÍTULOS

O texto deve ser apresentado em estilo “justificado” (de um lado ao outro da página) e separado por subtítulos, precedidos de algarismos arábicos.

Quando se tratar de numeração primária (exemplos: 1, 2, etc.), o subtítulo deve vir todo escrito em letras maiúsculas, com efeito negrito. Quando se tratar de numeração secundária (exemplos: 1.1; 1.2; 2.1; 2.2, etc.), o subtítulo deve ter somente as iniciais maiúsculas, exceto partículas de ligação e palavras monossilábicas (exemplos: de, para, por, as), com efeito negrito. Subtítulo com numeração terciária (exemplos: 1.1.1; 1.1.2, etc.) deve conter apenas a primeira inicial maiúscula, e sem efeito negrito.

QUARTA. NOTAS DE RODAPÉ

Somente são admitidas notas de rodapé para identificação resumida do autor (inciso X da nota SEGUNDA) e para notas explicativas. Não são admitidas referências bibliográficas como nota de rodapé. Os tipos das notas de rodapé devem ser de números 9 ou 10.

QUINTA. ABREVIATURAS, ABREVIACÕES E SIGLAS

A primeira utilização de iniciais, abreviatura e sigla somente será admitida após o nome por extenso da sequência abreviada, e entre parênteses. A partir da primeira utilização de iniciais, abreviaturas e siglas, pode-se utilizar, opcionalmente, todo o nome ou a forma diminuída. Não se admite o uso de abreviações (exemplos: cine, fone).

Notar que não há pontos finais em iniciais ou siglas.

Exemplos de siglas: Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA) ou Faculdade de Direito Santo Agostinho (Fadisa) (nos exemplos, a palavra formada tem mais de quatro letras e, por isso, pode aparecer em caixa-alta ou somente com a primeira letra em maiúscula; se fosse composta de até quatro letras, o uso seria, exclusivamente, exclusivamente com letras maiúsculas).

Exemplos de iniciais: Fundo Monetário Internacional (FMI); Núcleo Docente Estruturante (NDE).

SEXTA. NUMERAIS

No texto, os numerais são escritos por extenso entre um e vinte e a cada vez que a indicação for em números pronunciados com única palavra (exemplos: trinta, cem, quinhentos, mil) e em algarismos nos demais casos (exemplos: 21, 45, 135, 1.011). Deve-se notar que a partir de mil, há ponto final entre o milhar e a centena. Não se usa ponto final entre o milhar e a centena é em datas. Exemplos: 2015, 1968; 2045.

4 NORMAS ESPECÍFICAS PARA PUBLICAÇÃO DE RESENHAS

A Revista Eletrônica Fas@Jus, do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho aceita analisar **resenhas** que lhe sejam submetidas. A elaboração de resenhas deve obedecer, em tudo, as normas para publicações de artigos, exceto as seguintes particularidades:

I – admite-se texto sem subtítulos ou com subtítulo sem numeração;

II – o texto deve ter, no mínimo, cinco páginas;

III – não há resumo e/ou *abstract*;

IV – as obras resenhadas devem, obrigatoriamente,

envolver o Direito, não se fixando quais as modalidades intelectuais em que a arte analisada é apresentada (exemplos: filmes, livros literário, peças teatrais e outras).

V – admite-se Referência com apenas dados da obra resenhada.

5 NORMAS DA ABNT

Em quaisquer textos submetidos à análise do Conselho Editorial da Fas@Jus, a e-Revista do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho, devem ser observadas as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) em tudo que não ficou descrito nas regras anteriormente descritas.



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO

ISSN 2179-8222 (Impressa)



ISSN 2238-4081 (CD-Rom)

