

REVISTA

ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO

Volume 25

Nº 1 - Nov.2016/Abr.2017



Hermes Lima



**REVISTA
DA ESCOLA DA
MAGISTRATURA REGIONAL
FEDERAL DA 2ª REGIÃO
EMARF**

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 25
Nov.2016/Abr.2017

Esta revista não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

Revista da Escola da Magistratura Regional Federal / Escola da
Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região.
N. 1 (ago. 1999)

Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ 2015 - volume 25, n. 1
(nov.2016/abr.2017)

Semestral

Disponível em: <[http://seer.trf2.jus.br:81/emarf/ojs/index.
php/emarf](http://seer.trf2.jus.br:81/emarf/ojs/index.php/emarf)>

ISSN 1518-918X

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura Regional
Federal.

CDD: 340.05

Diretoria da EMARF

Diretor-Geral

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

Diretor de Cursos e Pesquisas

Desembargador Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Diretor de Publicações

Desembargador Federal Guilherme Diefenthaeler

Diretor de Intercâmbio e Difusão

Desembargador Federal Ricardo Perlingeiro

EQUIPE DA EMARF

Clarice de Souza Biancovilli - Assessora Executiva

Rio de Janeiro

Edith Alinda Balderrama Pinto

Flávia Munic Medeiros Pereira

João Paulo de Jesus Baptista

Leila Andrade de Souza

Luciana de Mello Leitão

Luiz Carlos Lorenzo Peralba

Maria Suely Nunes do Nascimento

Osmani Valporto Moreno

Pedro Mailto de Figueiredo Lima

Marta Geovana de Oliveira

Tânia Maria Marçolla Livramento

Thereza Helena Perbeils Marchon

Vilma Ferreira Amado

Espírito Santo

Jaqueline Guioti Dalvi

Livia Peres Rangel

Soraya Bassini Chamun

Conselho Editorial

Agostinho Teixeira de Almeida Filho, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Desembargador, Brasil

Alberto Nogueira, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal aposentado, Brasil

Alberto Nogueira Jr., Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Américo Augusto Nogueira Vieira, Universidade Federal do Paraná, Brasil

Américo Bedê Freire Jr., Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Ana Paula Vieira de Carvalho, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

André Ricardo Cruz Fontes, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Artur de Brito Gueiros de Souza, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

Augusto Guilherme Diefenthaler, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil.

Caio Márcio Gutterres Taranto, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Carlos Guilherme Francovich Lugones, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Carmem Tiburcio, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Brasil

Celso de Albuquerque Silva, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

Daniel Antônio de Moraes Sarmiento, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Brasil

Eugênio Rosa de Araújo, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Guilherme Couto de Castro, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Gustavo Sampaio Telles Ferreira, Universidade Federal Fluminense - UFF, Brasil

Helena Elias Pinto, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

Jane Reis Gonçalves Pereira, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

Leonardo Greco, Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, Brasil

Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

Firly Nascimento Filho, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Flávio de Oliveira Lucas, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Luís Greco, Universidade da Alemanha, Alemanha

Luiz Antonio Soares, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Marcus Abraham, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Marcus Lívio Gomes, Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Nadia de Araújo, Pontifícia Universidade Católica - PUC-Rio, Brasil

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Brasil

Paulo Freitas Ribeiro, Advogado, Brasil

Pedro Marcos Nunes Barbosa, Pontifícia Universidade Católica - PUC-Rio, Brasil

Poul Erik Dylund, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Reis Friede, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Rodolfo Kronenberg Hartmann, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Rodrigo de Souza Costa, Universidade Federal Fluminense - UFF, Brasil

Rogério Dutra dos Santos, Universidade Federal Fluminense - UFF, Brasil

Salete Maria Polita Maccalóz, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargadora Federal, Brasil

Sérgio D'Andrea Ferreira, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal aposentado, Brasil

Silvana Batini César Góes, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

Theophilo Antonio Miguel Filho, Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Presidente:

Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND

Vice-Presidente:

Desembargador Federal REIS FRIEDE

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal GUILHERME COUTO

Membros:

Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO
Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA
Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ
Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER
Desembargador Federal ANDRÉ FONTES
Desembargador Federal ABEL GOMES
Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES
Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO
Desembargadora Federal LANA REGUEIRA
Desembargadora Federal SALETE MACCALÓZ
Desembargador Federal GUILHERME CALMON
Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO NEIVA
Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO
Desembargadora Federal NIZETE LOBATO RODRIGUES CARMO
Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO
Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES
Desembargador Federal GUILHERME DIFENTHAELER
Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM
Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA
Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO
Desembargadora Federal CLAUDIA MARIA PEREIRA BASTOS NEIVA
Desembargadora Federal LETICIA DE SANTIS MELLO
Desembargadora Federal SIMONE SCHREIBER
Desembargador Federal MARCELLO GRANADO

SUMÁRIO

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA A LIBERDADE RELACIONADA AO CONTRATO.....	11
Alexandre Chini, Diógenes Faria de Carvalho e Eduardo Martins de Camargo	
O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FRENTE AOS FENÔMENOS DA LITIGAÇÃO REPETITIVA (REPEAT PLAYERS) E APATIA RACIONAL (RATIONAL APATHY)	33
Alexandre Pereira Bonna	
A APLICAÇÃO DO DIREITO E A DECISÃO CORRETA NO PENSAMENTO DE CARL SCHMITT	49
André R.C. Fontes	
CRÍTICA ANTIUTILITARISTA À POLÍTICA JUDICIÁRIA RESTRITIVA DE JURISDIÇÃO	55
Antonio Oneildo Ferreira	
OS CONTRATOS DE DERIVATIVOS E A INAPLICABILIDADE DA REVISÃO OU RESOLUÇÃO POR EXCESSIVA ONEROSIDADE.....	67
Daniel Sivieri Arruda	
A AÇÃO DE WRONGFUL BIRTH EM PORTUGAL: PANORAMA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA “VIDA INDEVIDA”	89
Daniella Aloise Borges	
A RELAÇÃO ENTRE AS DIFERENTES FASES DO PROCESSO DE CRIAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A INTERVENÇÃO JUDICIAL	113
Fernanda Barreto Alves e Rafael Meireles Saldanha	
EL USO DE LA MARCA AJENA EN LOS COMPONENTES DE REPARACION	129
José Manuel Otero Lastres	
QUESTÕES TRIBUTÁRIAS ENVOLVENDO AS RETRIBUIÇÕES INSTITUÍDAS PELO INPI: QUAL A NATUREZA JURÍDICA?	149
Lilian dos Santos da Silva	

TRADE DRESS: UMA TENTATIVA DE ANÁLISE OBJETIVA DA SUA DISTINTIVIDADE	167
Lucas Bernardo Antoniazzi	
A PROPRIEDADE INDUSTRIAL E A LEI DE GENÉRICOS NO BRASIL ...	195
Maria Sílvia Francisco Ortiz de Camargo	
DO DIREITO FUNDAMENTAL DE OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA. PERSPECTIVAS DE APLICAÇÃO PRÁTICA NA PÓS-MODERNIDADE: SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO, ABORTO, CASAMENTO HOMOSSEXUAL E ATENDIMENTO MÉDICO ESPECIALIZADO A TRANSGÊNERO	223
Nelson Moraes Rêgo	
O USO ANTICOMPETITIVO DO DIREITO DE LITIGAR.....	249
Patricia Faveret Hardman	
UBER: INOVAÇÃO TECNOLÓGICA E DESAFIOS REGULATÓRIOS....	281
Rachel Lopes Telésforo	
DOS DANOS SOCIAIS.....	301
Reis Friede e Luciano Aragão	
O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO DE ACESSO A INFORMAÇÃO OFICIAL NA AMÉRICA LATINA A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	329
Ricardo Perlingeiro	
AS MARCAS ENQUANTO PROPRIEDADE E ENQUANTO EXPRESSÃO	339
Rodrigo Luiz Ferraz Caetano	
POR UMA RELEITURA DO CONCEITO DE ORÇAMENTO AUTORIZATIVO NO BRASIL	379
Thaís Boia Marçal	
“PRESIDENCIALISMOS”: ABORDAGEM CRÍTICA DO SISTEMA PRESIDENCIALISTA	401
Viviane Pleyzy	

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA A LIBERDADE RELACIONADA AO CONTRATO

Alexandre Chini¹

Diógenes Faria de Carvalho²

Eduardo Martins de Camargo³

Resumo: Este trabalho trata da constitucionalização do direito civil e tem como limitação temática as suas consequências para a liberdade relacionada ao contrato. É dividido em três tópicos. No primeiro deles é feito um resgate histórico sobre a importância do direito civil na sociedade e a construção da constitucionalização do direito civil; e uma abordagem dos direitos fundamentais entre os particulares, discorrendo-se sobre as teorias de aplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais. No segundo há uma discussão sobre a evolução da liberdade relacionada ao contrato através dos princípios da autonomia da vontade

¹ Juiz titular do I Juizado Especial Cível da Comarca de Niterói; integrou a Comissão de Apoio à Qualidade dos Serviços Judiciais – COMAQ e a Comissão Judiciária de Articulação dos Juizados Especiais – COJES. Foi Coordenador das Turmas Recursais Cíveis, Criminais e Fazendárias no respectivo período em 2013 atualmente integra a 4ª. Turma Recursal Cível.

² Doutorado em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC - GOIÁS). Mestrado em Direito das Relações Econômico - Empresariais pela Universidade de Franca (UNIFRAN). Professor adjunto da Universidade Federal de Goiás (UFG), Pontifícia Universidade Católica de Goiás - (PUCGO) e Universidade Salgado de Oliveira (UNIVERSO). Coordenador do Curso de Graduação em Direito na Universidade Salgado de Oliveira (UNIVERSO). Professor convidado em Cursos de Pós-Graduação em Direito. Pesquisas e publicações acadêmicas com ênfase em Direito do Consumidor, abordando os seguintes temas: direito do consumidor, superendividamento do consumidor, psicologia do consumo e propriedade intelectual. Advogado do escritório Velasco, Vellasco & Simonini Advocacia. Membro Diretor do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). Email: dfcarvalho01@hotmail.com

³ Mestrando em Ciência Política pela Universidade Federal de Goiás. Pós-graduando em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade Salgado de Oliveira; Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Goiás; Pós-graduado em Ciências Criminais pela Escola Superior da Magistratura de Goiás. Advogado. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/GO. Contato: eduardom.camargo@hotmail.com

e da autonomia privada; faz-se ainda uma diferenciação teórica acerca desses princípios. No último tópico são tratadas consequências da constitucionalização do direito civil para a liberdade relacionada ao contrato, como o dirigismo contratual.

Palavras-chave: 1 Constitucionalização do direito civil; 2 Liberdade relacionada ao contrato; 3 Princípios norteadores dos contratos; 4 Teoria contratual; 5 Direitos fundamentais

INTRODUÇÃO

A constitucionalização do direito civil é um tema que está em pauta desde pouco após a promulgação da Constituição de 1988. O tema se mostrou ainda mais pertinente com o fenômeno da descodificação do direito civil, que segue até os dias atuais. Leis esparsas e microssistemas foram formados e o Código Civil deixou de ocupar um lugar de extrema centralidade no ordenamento jurídico e mais precisamente nas relações privadas. Nessa quadra histórica adveio o novo Código Civil, promulgado em 2002, com inúmeras alterações de caráter técnico e com institutos já permeados pelos valores constitucionais.

Este trabalho se dedica a situar essa constitucionalização do direito civil no ordenamento jurídico brasileiro, procurando apontar e analisar suas consequências para a liberdade relacionada ao contrato. A escolha da expressão 'liberdade relacionada ao contrato' no título é proposital para não pairar dúvidas sobre o que se quer falar. A expressão aqui é utilizada para denotar o sentido mais amplo de liberdade na teoria contratual, envolvendo assim tanto a liberdade de contratar e a liberdade contratual, quanto a liberdade nas relações privadas de maneira genérica (como a liberdade associativa, por exemplo).

No primeiro tópico, explanar-se-á sobre a constitucionalização do direito civil propriamente dita, trazendo marcos históricos relacionados ao tema e uma abordagem de direitos fundamentais nas relações privadas. Aqui ganhará destaque a mudança de percepção do individualismo e não intervencionismo estatal nas relações privadas para o dirigismo contratual e intervenção estatal na seara privada. Além disso, discorrer-se-á sobre as teorias de aplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais.

No segundo tópico, far-se-á uma análise evolutiva da liberdade relacionada aos princípios da autonomia da vontade e autonomia privada, ressaltando a discussão teórica feita por juristas sobre a diferenciação dos dois princípios, em que pese a maioria dos autores e da jurisprudência pátria não distingui-los.

No terceiro tópico do trabalho, discorrer-se-á sobre consequências da constitucionalização do direito civil para a liberdade relativa aos contratos, procurando demonstrar como que os valores constitucionais estão pautando as relações privadas.

Ressalta-se que este trabalho não tem a intenção de pormenorizar todos os princípios fundamentais da teoria contratual, bem como não trará todas as consequências da constitucionalização do direito civil. O que se busca é contribuir com o debate no sentido de re(avivar) as robustas discussões relacionadas ao tema.

1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: UMA ABORDAGEM DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

O direito civil é indiscutivelmente o ramo nevrálgico do que se pode chamar de direito privado, nele se encontrando o arcabouço máximo das normas – regras e princípios – disciplinadoras das relações privadas.

A assertiva acima está temporal e geograficamente distante das interpretações civilísticas contemporâneas. Atualmente, não há como se falar em relações privadas sem uma devida contextualização constitucional.

De início, é preciso caracterizar o direito civil, que pode ser entendido, em poucas linhas, como aquele que se formulou no Código de Napoleão (1804), em virtude da sistematização operada por Jean Domat – quem primeiro separou as leis civis das leis públicas – cuja obra serviu para a delimitação do conteúdo inserto naquele *Code*, e que, em seguida, viria a ser adotado pelas legislações do século XIX, influenciando as Codificações vindouras.

Aqui, faz-se necessário pontuar que a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, comumente estudada como advinda do direito romano não corresponde à materialidade histórica, já que no *Jus Civile*, o direito

dos cidadãos era essencialmente uma noção de direito público e não privado, conforme leciona Caio Mário da Silva Pereira.

No período medieval, houve uma verdadeira absorção do público pelo privado, decorrente do direito de propriedade dos senhores feudais, os quais possuíam um poder soberano sobre os habitantes de seus feudos, podendo impor regras, arrecadar tributos e até mesmo julgá-los, fazendo com que o direito de propriedade fosse levado ao ápice do sistema (GOEDERT, PINHEIRO, 2012).

Foi no século XVIII que a diversidade entre a esfera econômica e a política e entre o Estado e a sociedade civil passa a se sublinhar, e a dicotomia entre o Público e o Privado se caracteriza como forma de se distinguir a sociedade política (onde impera a desigualdade) e a econômica (reinado da igualdade). É nesse contexto histórico que se manifesta, de maneira mais intensa, a divisão entre Estado e Sociedade, Política e Economia, Direito e Moral, desencadeando no mundo jurídico a acentuada diferença entre Direito Público e Direito Privado. E é nesse panorama que se vislumbra uma separação quase absoluta entre o direito que regularia os interesses gerais e as relações entre indivíduos e aquele que disciplina a estruturação e funcionamento do Estado, tendo abertura para o Estado Liberal (GOEDERT, PINHEIRO, 2012).

O direito civil foi identificado, a partir do Código de Napoleão, com o próprio Código Civil, que regulava as relações entre as pessoas privadas, seu estado, sua capacidade, sua família e, principalmente, sua propriedade, consagrando-se como o reino da liberdade individual. Concedia-se a tutela jurídica para que o indivíduo, isoladamente, pudesse desenvolver com plena liberdade a sua atividade econômica. As limitações eram as estritamente necessárias a permitir a convivência social, ou seja, tinha-se o Estado mínimo ou, em outras palavras, o Estado intervinha minimamente nas relações privadas entre os indivíduos (BODIN DE MORAES, 1991).

A figura de Estado mínimo, então, operacionalizava o Estado Liberal ou doutrina do liberalismo, que tinha basicamente como princípios: a defesa da propriedade privada; a liberdade econômica; a mínima participação do Estado nos assuntos econômicos da nação; e a igualdade perante a lei – que é um dos pressupostos do Estado de Direito. Assim, pregava-se

um Estado em que os indivíduos tinham plena liberdade para contratar, podendo deliberar e consentir praticamente de maneira ilimitada, tendo a autonomia da vontade lugar de destaque nesse período. Não havia parâmetros ou imposições (limites) na seara contratual, pois esta era concebida como totalmente separada da área de interesses públicos, figurando em demasia os interesses individualistas.

O que se tem como núcleo do direito civil nessa época é o indivíduo-proprietário e o indivíduo-contratante, e, assim, o Código Civil é reconhecido como a Constituição do direito privado, pelo fato de trazer em seu corpo as normas que geriam a vida comum, tendo ainda uma separação latente entre Estado e sociedade civil (COSTA, 2006). As figuras dos Códigos, e o brasileiro de 1916 também regia-se assim, eram: o contratante, o marido, o proprietário e o testador. Daí se denotar o caráter patrimonialista e patriarcal dessa codificação.

Os códigos civis tiveram como paradigma o cidadão dotado de patrimônio, vale dizer, o burguês livre do controle e/ou impedimento públicos. Nesse sentido é que entenderam o homem comum (mediano), deixando a grande maioria fora de seu alcance. Para os iluministas, a plenitude da pessoa dava-se com o domínio sobre as coisas, com o ser proprietário. A liberdade dos modernos, ao contrário dos antigos, é concebida como não impedimento. Livre é quem pode deter, gozar e dispor de sua propriedade, sem impedimentos e sem interferência do Estado, salvo os ditados pela ordem pública e os bons costumes, sendo que estas categorias nem poderiam ser referidos como reais limitadores da liberdade (LÔBO, 1999).

Segundo o professor Paulo Luiz Netto Lôbo (1999), as primeiras Constituições não se preocuparam em regular as relações privadas dos indivíduos, e cumpriam sua função básica de delimitação do poderio estatal. Na seara privada consumou-se o darwinismo jurídico, com a hegemonia dos economicamente mais fortes. Assim, a codificação liberal e a ausência de regulação econômica por parte da Lei Maior serviram de instrumento de exploração dos mais fracos pelos mais fortes, gerando reações e conflitos que redundaram no Estado Social.

Em verdade, para Lôbo (1999), existiram duas etapas na evolução do movimento liberal e do Estado Liberal: a primeira, a da conquista da

liberdade; a segunda, a da exploração da liberdade. Como legado do Estado Liberal, a liberdade e a igualdade jurídicas, apesar de formais, incorporaram-se ao catálogo de direitos das pessoas humanas, sendo que não apenas dos sujeitos de relações jurídicas, e nenhuma ordem jurídica democrática se via como tal sem esses dois valores.

Com isso:

houve a retomada dos flancos deixados ao alvedrio dos indivíduos durante o Estado Liberal e, de forma cogente, o Estado passou a disciplinar as relações político-econômicas e foi aos poucos se reapropriando do espaço conquistado pela sociedade civil burguesa. Com o advento do Estado Social, fruto da composição entre o liberalismo e o socialismo, tem-se um movimento em prol de direitos e, conseqüentemente, um avanço do princípio democrático. O Estado passa a ocupar uma posição proeminente na sociedade, a de interventor e mediador das relações jurídicas interindividuais, e a atividade legislativa é vista como alternativa de viabilizar a intervenção do Estado no domínio privado, sobretudo o fenômeno do dirigismo contratual (GOEDERT, PINHEIRO, 2012, p. 468).

A indubitável distinção entre o Estado Social e o Estado Liberal está regulada na restrição da influência que anteriormente era exercida pela burguesia e, conseqüentemente, do agravamento da noção de autonomia privada e a inexistente intervenção estatal nas relações jurídicas entre particulares. Diante disso, a democracia é vinculada ao ideal de igualdade e o homem deixa de ser visto como mero destinatário de normas gerais e abstratas e, assim, delineia-se a alteração das relações entre a sociedade e o Estado saindo de cena o individualismo para a entrada do solidarismo, caracterizado pela supremacia do Estado perante o indivíduo. O Estado Social impõe a observância da lei na formação dos contratos, com vistas a garantir o equilíbrio das partes, consagrando no constitucionalismo a origem e fonte de proteção dos direitos fundamentais na seara privada (GOEDERT, PINHEIRO, 2012).

Há de se ressaltar que a visão histórica comumente empregada na passagem pura do Estado Liberal para o Estado Social é, em suma, eurocêntrica. Não se pode, pois, falar que na América Latina, por exemplo, houve uma verdadeira ruptura do Estado Liberal para o Estado Social, até porque, há divergência, em Política Comparada, no sentido de que na

América Latina operou-se o revés do preconizado na Europa. Ou seja, primeiro teve espaço o Estado Social com os direitos sociais e depois os direitos individuais com o Estado Liberal. Por não ser objeto central deste trabalho, acha-se mais satisfatório falar em valores trazidos pelo liberalismo e valores trazidos pelo Estado Social. Esmiuçando, o liberalismo (Estado Liberal) com a autonomia da vontade, individualismo, minimalismo estatal, patrimonialização e a liberdade; enquanto que o Estado Social com os direitos sociais, igualdade, e intervenção estatal na economia e em relações privadas.

Com os valores sociais engendrados na sociedade e conseqüentemente no ordenamento jurídico, a partição entre público e privado não mais traduz a realidade econômico-social nem corresponde à lógica do sistema, tendo chegado o momento de empreender a sua reavaliação. Com cada vez maior frequência aumentam os pontos de confluência entre o público e o privado, em relação aos quais não há uma delimitação precisa, pois, ao contrário, torna-se mais tênue saber o que é o interesse público e o que é o interesse privado. Tal convergência se faz notar em todos os campos do ordenamento, seja em virtude do emprego de instrumentos privados por parte do Estado em substituição aos arcaicos modelos autoritários; seja na elaboração da categoria dos interesses difusos ou supraindividuais; seja no que tange aos institutos privados, na atribuição de função social à propriedade, na determinação imperativa do conteúdo de negócios jurídicos, na objetivação da responsabilidade e na obrigação legal de contratar, constituindo uma intersecção inarredável do caráter público com o privado.

Diante dessas várias alterações, leciona a professora Maria Celina Bodin de Moraes (1991, p. 64), com referência ao pensamento do mestre Pietro Perlingieri que: “tanto direito privado quanto direito público tiveram modificados seus significados originários: o direito privado deixou de ser o âmbito da vontade individual e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão”.

A divisão do Direito, então, não pode permanecer ancorada àqueles antigos conceitos e, de substancial – isto é, expressão de duas realidades herméticas e opostas traduzidas pelo binômio autoridade-liberdade – se transforma em distinção meramente «quantitativa»: há institutos nos quais prevalece o interesse dos indivíduos, estando presente, contudo, o interesse

da coletividade; e institutos em que prevalece, em termos quantitativos, o interesse da sociedade, embora sempre funcionalizado, em sua essência, à realização dos interesses individuais e existenciais dos cidadãos.

Nesta quadra histórica é que se pode falar primeiro numa descodificação do direito civil, e *a posteriori*, na constitucionalização do direito civil, situações ligadas umbilicalmente com as vicissitudes da globalização, pós revolução industrial, pós guerras mundiais e vida contemporânea.

A descodificação passou a se operar através de leis esparsas que tratam de diversos assuntos das relações privadas. No Brasil, pode-se falar em Lei dos Cheques, Lei das Sociedades Anônimas, Lei de Locação, Lei de Direito Autoral, Lei de Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor, Estatuto do Idoso e Estatuto da Criança e do Adolescente, só a título de exemplos, configurando verdadeiros microsistemas fora do Código Civil.

Já na seara constitucional, o que se viu foi a dignidade da pessoa humana ser erigida como categoria mestra de toda a Constituição, validando todo o ordenamento jurídico e sendo pressuposto do Estado Democrático de Direito, que a partir de então, teve como parâmetro hermenêutico, além do princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais, que antes eram apenas limitadores do poder estatal e agora são permeados de valores das relações entre indivíduos. A Constituição passa a ocupar o ápice na hierarquia e supremacia das fontes do ordenamento. A interpretação dos dispositivos de legislações infraconstitucionais deve sempre ser com base nos valores colacionados na Constituição (PERLINGIERI, 2002).

Os mandamentos constitucionais na atualidade não admitem mais a proteção da propriedade e da empresa como bens em si, mas somente enquanto destinados a efetivar valores existenciais, realizadores de justiça distributiva.

A família, os contratos, a sucessão e a propriedade foram englobados pelo corpo constitucional, todos sob o prisma da dignidade da pessoa humana, que, como já foi dito, passa a ser o centro do ordenamento jurídico e o Estado assume como finalidade a busca pela justiça material. Os direitos fundamentais passam a ser aplicados e protegidos nas relações interprivadas.

Eis o fenômeno da constitucionalização do direito civil.

Dessa forma, a constitucionalização do direito civil pode ser entendida como a inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das

relações civis; é mais do que um critério hermenêutico formal. Constitui a etapa mais importante do processo de transformação, ou de mudanças de paradigmas das relações jurídicas privadas. Assim, a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil (LÔBO, 1999).

Defende-se que a constitucionalização do direito civil deva ser entendida como a inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis. Portanto, não se deve desprezar o direito civil, mas permitir que os valores decorrentes da mudança da realidade social, convertidos em princípios e regras constitucionais, direcionem a realização do direito civil, em seus variados planos (VETTORI, 2004).

Assim, o fenômeno da constitucionalização consiste não apenas na migração de regras e institutos básicos do direito civil, com relevo especial para a família, a propriedade e o contrato, para o seio da Constituição. Vai além. É também a exigência de que todo o ordenamento jurídico civil e legislação extravagante sejam (re)lidos à luz da Constituição, em função de ser ela a orientadora e pilar central de todo o arcabouço jurídico-normativo brasileiro (COSTA, 2006).

Depreende-se do que fora abordado até o momento que os valores consagrados do direito civil estão hoje presentes na Constituição, elencados até mesmo como direitos fundamentais e esse fenômeno foi denominado de constitucionalização do direito civil.

Abre-se então uma interrogação sobre a efetividade desses direitos fundamentais de caráter eminentemente privados na relação entre os próprios indivíduos, já que com o Estado, a problemática é diminuta por ser pacífico o entendimento e aplicação da eficácia vertical dos direitos fundamentais.

Em apertada síntese, os direitos fundamentais são de aplicabilidade imediata, segundo disposto no artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição de 1988, e uma de suas características é de irradiação de seu conteúdo por todo o ordenamento jurídico. Quando estão em jogo direitos fundamentais do indivíduo contra o Estado, tem-se a eficácia vertical desses; e quando se tem direitos fundamentais do indivíduo contra direitos fundamentais de outro indivíduo, tem-se a eficácia horizontal de tais direitos.

Existem três teorias explicativas da eficácia horizontal dos direitos fundamentais: I. teoria da ineficácia horizontal dos direitos fundamentais;

II. teoria da eficácia horizontal indireta; e III. teoria da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais.

A primeira teoria explicativa da ineficácia horizontal, fala que os direitos fundamentais não podem ser aplicados nas relações entre particulares. Para ela, os direitos fundamentais somente podem ter eficácia vertical, ou seja, entre o Estado e os particulares. Esta teoria é a adotada nos Estados Unidos da América e é reconhecida dentro da doutrina estadunidense da *State Action* (ação estatal).

Para a teoria da eficácia horizontal indireta ou mediata, os direitos fundamentais podem ser aplicados em situações de conflito particulares-particulares, mas devem ser mediados pela lei. O direito privado, então, deveria positivar os direitos fundamentais em seu corpo para, só assim, serem aplicados. Ou ainda, deve-se interpretar as cláusulas gerais do direito privado de acordo com a semântica constitucional.

Já para a teoria da eficácia horizontal direta ou imediata, os direitos fundamentais devem ter aplicação direta entre os particulares, sem mediação de demais leis. Uma consideração a respeito desta corrente é o fato de que quando os particulares estão em pé de igualdade, somente se admite eficácia direta dos princípios fundamentais em caso de lesão ao cerne constitucional da dignidade humana ou direito de personalidade. Mas verificando no caso concreto a desigualdade entre as partes (particulares), seja ela econômica ou social, tem-se a aplicação da eficácia horizontal de maneira direta, pois se configura situação similar à da eficácia vertical, que ocorre entre particulares e Estado. Esse fato é mais comumente aceito em face de certos serviços ou atividades desenvolvidos no setor privado, mas que tenham caráter público, como escolas, universidades e associações. Assim, em casos de tensão entre direitos fundamentais de dois ou mais particulares, aplica-se a ponderação como método de análise hermenêutica. Na doutrina brasileira, esta teoria tem cada vez mais ganhado adeptos e se solidificado. O Supremo Tribunal Federal também corrobora o que foi descrito, como demonstrado no trecho de ementa do acórdão do Recurso Extraordinário n. 201.819 do Rio de Janeiro:

I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim,

os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. (Grifo nosso).

O que se pode notar é a utilização de interpretações baseadas na Constituição, com foco nos direitos fundamentais, cada vez mais voltadas para a interação com as relações privadas.

Concluída essa análise sobre o que vem a ser a constitucionalização do direito civil e como se dá a aplicabilidade dos direitos fundamentais entre os particulares, passa-se a outra abordagem, qual seja: evolução histórica do princípio da autonomia da vontade para o princípio da autonomia privada, trazendo assim a evolução da ideia de liberdade relacionada ao contrato; e após, as consequências do processo de constitucionalização do direito civil na liberdade relacionada ao contrato.

Assim, com a constitucionalização do direito civil, altera-se também a interpretação e incidência dos princípios que regem os negócios jurídicos, e, mais especificamente no que tange aos contratos, interfere na aplicabilidade do princípio da autonomia privada, cerne evolutivo do princípio da autonomia da vontade e parâmetro da teoria contratual e das relações privadas.

2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE E PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA NA SEARA CONTRATUAL – A EVOLUÇÃO DA LIBERDADE RELACIONADA AO CONTRATO

O princípio da autonomia privada é comumente confundido com o princípio da autonomia da vontade^{4 5}. Na doutrina brasileira, vários autores

⁴ Essa confusão ainda hoje é comum na doutrina civilística brasileira. Vários autores, como Maria Helena Diniz e Carlos Roberto Gonçalves, não consagram a autonomia privada como princípio fundamental do direito contratual. Alocam no princípio da autonomia da vontade tanto a liberdade de contratar quanto a liberdade contratual e sequer fazem menção à autonomia privada. É assim, por exemplo, na ideia de Maria Helena Diniz. Para a autora, o princípio da autonomia da vontade é aquele no qual se origina a liberdade contratual dos contratantes, e consiste no poder de estipular livremente e de maneira plena, como melhor convier às partes, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Essa autorregulamentação dos interesses das partes contratantes, condensado nesse princípio, envolve liberdade contratual, que é a de determinação do conteúdo da avença e a de criação de contratos atípicos, e liberdade de contratar, alusiva de celebrar ou não o contrato e à de escolher a outra parte contratante. Portanto, além da liberdade de criação do contrato, abrange a liberdade de contratar ou não contratar, a liberdade de escolher o outro contratante, a liberdade de fixar o conteúdo do contrato (DINIZ, 2009).

⁵ Antes de tudo, esclareço que este trabalho opta pela distinção acadêmica dos dois princípios (autonomia da vontade e autonomia privada), como seguirá no corpo do texto e tem como referencial teórico para essa

utilizam um como sendo o outro ou até mesmo colocam os dois como sinônimos. No entanto, mostrar-se-á que, mesmo contendo parcela de similar identidade, os dois princípios têm características e especificações distintas, podendo-se até falar que o princípio da autonomia privada é uma consequência histórica da autonomia da vontade. Para este trabalho, ressalta-se que apesar da diferenciação que será apontada, na prática os dois princípios ainda são utilizados para expressarem o mesmo: liberdade contratual de acordo e nos limites da lei e da ordem pública.

Elucida-se a partir de agora a diferenciação acadêmica entre o princípio da autonomia da vontade e o princípio da autonomia privada, mostrando como que a liberdade relacionada ao contrato se modificou e de que modo o contrato é visto hoje.

A autonomia da vontade foi erigida a princípio do Direito a partir da Revolução Francesa, coadunando a expressão maior de liberdade empregada à época. A partir de então, a liberdade só poderia ser concebida como tal se fosse atendida, nas relações jurídicas, a autonomia da vontade. A vontade do indivíduo era o que mais valia para aquele momento histórico. O individualismo e os direitos naturais só tinham sentido com a autonomia da vontade como pilar das relações jurídicas. Então, para a consecução da liberdade, devia-se ter deferência à autonomia da vontade dos cidadãos. A liberdade:

nesse sentido, relaciona-se com o subjetivismo de cada indivíduo, com a ideia de realização pessoal e autodeterminação, a partir da possibilidade de o indivíduo escolher a vida que deseja levar, de acordo com suas próprias razões. A liberdade, enfim, permite a transformação em realidade daquilo que o indivíduo pensa ser possível.” (SALES, s.d., s.p.)

O contrato então era reconhecido como instrumento de exteriorização da vontade pura dos indivíduos. Assim, inibir ou obstaculizar seu procedimento era o mesmo que afrontar o livre direito de contratar, ou seja, era restringir a liberdade. Dessa forma, cada um poderia dispor do que lhe pertencia sem limites, pois isso que dava verdadeiro sentido ao postulado da liberdade.

Portanto, assentou-se o princípio da autonomia da vontade como matriz

distinção os ensinamentos de Otávio Luiz Rodrigues Júnior (2004). No entanto, ressalta-se que esta distinção tem sido contemplada somente na Doutrina, e de forma incipiente.

das relações jurídicas e expressão do postulado da liberdade, o que se sucedeu até meados do século XX.

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 41):

O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Têm as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado. Podem celebrar contratos nominados ou fazer combinações, dando origem a contratos inominados.

Os movimentos sociais e econômicos do século XX fizeram com que o princípio da autonomia da vontade fosse repensado, principalmente após a I Guerra Mundial, com ideologias como facismo, nazismo e comunismo e a intervenção estatal na economia. Com esses fatos/fatores, ocorreu um distanciamento entre os ideais oitocentistas e os da contemporaneidade, fazendo com que surgisse uma nova visão de autonomia da vontade. Essa nova visão é tão peculiar que negará o termo vontade e colocará em evidência o termo privada (RODRIGUES JÚNIOR, 2004).

A disciplina contratual sofreu várias modificações e o Estado passou a intervir nas relações privadas, principalmente por conta da massificação da sociedade e de seus segmentos, como o trabalho. Assim, a autonomia da vontade pura e simples deixou de nortear o contrato como antes fazia, pois com as mudanças na sociedade, o que se viu foi acentuar as desigualdades nas condições fáticas entre as pessoas. Portanto, a liberdade de contratar era assegurada tão somente à parte mais forte da relação contratual, pois a parte hipossuficiente não tinha respaldo do ordenamento jurídico para poder livremente escolher e estipular as cláusulas contratuais. O Estado então passou a impor limites à liberdade de contratar com o intuito de assegurar à parte mais fraca da relação contratual a não abusividade.

Dessa forma: “com efeito, o princípio da autonomia da vontade parte do pressuposto de que os contratantes se encontram em pé de igualdade, e que, portanto, são livres de aceitar ou rejeitar os termos do contrato”. (RODRIGUES, 2005, p. 18).

No entanto, esse é um pressuposto falho, pois as circunstâncias

sociais da modernidade o contradizem, no sentido de que as pessoas, ao contratarem, nem sempre gozam de iguais condições.

Assim, nas palavras de César Fiuza (2007, pp. 46-7):

Dizer simplesmente que os contratos são fruto de um acordo de vontades é dizer muito pouco, além de se correr o risco de descambar para um voluntarismo oitocentista cego, que vê o contrato como mero fenômeno da vontade. Na verdade, que acordo de vontades há quando uma pessoa toma um ônibus urbano ou requisita a ligação de luz ou telefone em sua casa? Seguramente, não há acordo de vontades autônomas, como se queria no século XIX. Há, porém, uma convergência de atitudes, de ações movidas por necessidades.

Isso ocorre em inúmeras situações do cotidiano, principalmente com o advento dos contratos de adesão praticados por uma ampla gama de empresas prestadoras de serviços. Portanto: “de fato, não são raros os casos em que a parte mais necessitada precisa contratar e tem de submeter-se às cláusulas que lhe impõe o contratante mais forte.” (RODRIGUES, 2005, p. 19).

Os contratos já não são como antes. Está presente cada vez mais no dia-a-dia das pessoas a necessidade de contratar. Os parâmetros do contrato mudaram, o que ensejou uma revolução que alterou a principiologia do Direito Contratual. Portanto, “os fundamentos da vinculatividade dos contratos não podem mais se centrar exclusivamente na vontade, segundo o paradigma liberal individualista. Os contratos passam a ser concebidos em termos econômicos e sociais.” (FIUZA, 2007, p. 57).

Antes, a teoria contratual se importava tão somente com a manifestação da vontade e na análise de eventuais vícios do consentimento. Na disciplina contratual de hoje, o que se pode ver é que a legislação tem um olhar mais voltado para o coletivo, visando assim barrar eventuais estipulações de cláusulas abusivas e injustas para uma das partes. As leis regedoras dos contratos buscaram então assegurar aos hipossuficientes da relação uma devida superioridade jurídica como forma de minimizar a inferioridade econômica (VENOSA, 2011).

Então, o contrato passa a ser permeado por um lastro de interferência estatal. Passa-se a falar de autonomia privada ao invés de autonomia da

vontade. Segundo Rodrigues Júnior (2004, p. 121), a doutrina coadunou pela autonomia privada pelos seguintes aspectos:

a) a supremacia do interesse público e da ordem pública sobre o interesse particular e a esfera privada; b) a colocação do negócio jurídico como espécie normativa, de caráter subalterno, mas com caráter normativo; c) a autonomia privada revelando um poder normativo conferido pela lei aos indivíduos, que o exerceriam nos limites e em razão dessa última e de seus valores; d) a autonomia privada tida como um poder outorgado pelo Estado aos indivíduos.

A autonomia da vontade revelava um poder imanente do indivíduo; na autonomia privada, o indivíduo detém um poder outorgado pelo Estado. Ainda, na autonomia da vontade, o que se tinha como valor era o individualismo; na autonomia privada, o social. Dessa forma se ergue a justificativa para a intervenção estatal na disciplina contratual.

Assim, “sob a escusa de afastar a superada visão de autonomia da vontade, permeada de insustentável individualismo, recorreu-se ao intervencionismo legal e judicial do Estado como forma de coibir os abusos da liberdade pelos particulares” (RODRIGUES JÚNIOR, 2004, p. 122).

Portanto, o contrato no ordenamento jurídico de hoje é um instrumento que além de exteriorizar acordos e criar obrigações, tem sempre a regulamentação e vigília do Estado⁶ sobre ele a fim de garantir a não arbitrariedade de uma parte sobre a outra na relação jurídica.

3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA A LIBERDADE RELACIONADA AO CONTRATO

Como já foi abordado, os valores primordiais das relações privadas estão hoje inseridos no bojo da Constituição, e o direito civil foi relido a partir dos termos da Lei Maior. A constitucionalização do direito civil gerou e continua gerando consequências para a teoria contratual e, mais especificamente, para a liberdade relacionada ao contrato, sendo que princípios como o da autonomia da vontade e autonomia privada sofreram/ sofrem alterações semânticas.

⁶ Aqui não se esquia do princípio da inércia da jurisdição (art. 2º CPC). O que se tenta deixar claro é que os particulares, enquanto partes, diante de um contrato, podem acionar o Judiciário para que este o reveja. Ainda, o mesmo pode ser feito através de instituições em nome da coletividade, como o Ministério Público.

No entanto, nota-se que a liberdade contratual hoje não é absoluta, pois está limitada pela supremacia da ordem pública, que veda convenções que lhe sejam contrárias e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contratantes está subordinada ao interesse social. Mais do que isso, a liberdade contratual também deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato, segundo comando legal do artigo 421 do Código Civil de 2002.

Nesse sentido, a vontade contratual: “somente sofre limitação perante uma norma de ordem pública. Na prática, existem imposições econômicas que dirigem essa vontade. No entanto, a interferência do Estado na relação contratual privada mostra-se crescente e progressiva.” (VENOSA, 2011, p. 405).

Assim, os princípios da autonomia da vontade e autonomia privada podem ser exteriorizados como o poder que se confere aos contratantes de estabelecer vínculo obrigacional, desde que se submetam às normas jurídicas e seus fins não contrariem o interesse geral, de tal sorte que a ordem pública e os bons costumes constituem limites à liberdade relacionada ao contrato.

Dessa forma, os princípios em questão são vulnerados pelo ‘dirigismo contratual’, que é a intervenção estatal na economia do negócio jurídico contratual, por entender-se que, se se deixasse o contratante estipular livremente o contrato, ajustando qualquer cláusula sem que o Judiciário pudesse interferir, mesmo quando uma das partes ficasse em completa ruína, a ordem jurídica não estaria assegurando a igualdade material⁷. Ocorreria novamente o chamado darwinismo jurídico-econômico; os mais fortes economicamente se elevando via contratualismo sobre os mais alijados; e o Direito, enquanto instrumento de justiça social não estaria cumprindo seu objetivo.

⁷ “Verifica-se, assim, que as rés pretenderam impor aos autores as cláusulas de um contrato do qual não participaram, sob o argumento de que ofereceram uma cerimônia “gratuita”. Ainda que os autores houvessem consentido com a organização da cerimônia de colação de grau por parte da 1ª ré, não se afiguraria legítima a entrega a 2ª ré do direito de exclusividade de fotografar a festa. Eventual cláusula contratual nesse sentido seria nula de pleno direito e deveria ser afastada. o direito contratual sofreu profunda alteração principiológica, e os fundamentos da vinculatividade dos contratos não mais se alicerçam exclusivamente na vontade. no cenário atual, os contratos devem ser concebidos em termos econômicos e sociais. Em consequência, a intervenção estatal é exigida na preservação da função social do contrato. não se permite, assim, que em nome do princípio da liberdade de contratar, um dos contratantes seja levado a uma desvantagem excessiva. Igualdade material que deve ser assegurada pela ordem jurídica, em decorrência do fenômeno da constitucionalização do direito civil, onde o direito é utilizado como instrumento da justiça social.” (4ª. Turma Recursal, Recurso Inominado n. 0016428-85.2015.8.19.0209, julgado em 8 de março de 2016, Relator: Juiz Alexandre Chini)

Essa expressão ‘dirigismo contratual’ é aplicável às medidas restritivas estatais que invocam a superioridade dos interesses coletivos sobre os meros interesses individuais dos contratantes, com a finalidade de dar execução à política do Estado de coordenar os vários setores da vida econômica e de proteger os economicamente mais fracos, sacrificando benefícios particulares em prol do social, mas sempre conciliando os interesses das partes e os da sociedade (DINIZ, 2009).

Ainda, há inúmeros casos, nos últimos anos, de: “leis contendo preceitos de ordem pública, limitadoras da liberdade de contratar. Em todas se procura atenuar a desigualdade porventura reinante no contrato, evitando-se, vantagens indevidas para uma das partes.” (RODRIGUES, 2005, p. 19).

No Código Civil atual, bem como na Constituição Federal de 1988, há uma utilização premeditada do legislador/constituente no sentido de se empregar cláusulas gerais⁸ para a interpretação de determinados institutos. Essas cláusulas gerais são expressões que passam ao aplicador da lei certo grau de discricionariedade no processo de análise. Dessa forma os juízes têm maior liberdade ao julgar casos em que se deparam com cláusulas abertas interpretativas. É o caso, por exemplo, da função social do contrato ou da propriedade; e da boa-fé⁹.

Assim, as normas limitadoras dos princípios matrizes do contrato, como autonomia da vontade e autonomia privada estão previstas como cláusulas gerais no ordenamento jurídico, cabendo ao magistrado interpretá-las para se saber, no caso concreto, se as normas de ordem pública devem ou não ser aplicadas e quais são os seus alcances.

Nesse sentido, Sílvio Rodrigues (2005, p. 20) assevera que o entendimento de deferir ao julgador o poder de: “decidir sobre a cogência, ou não, de uma norma, amplia as restrições recaindo sobre o princípio

⁸ São exemplos: dignidade da pessoa humana; ordem pública; boa-fé; função social.

⁹ Em termos gerais, pode-se falar que a boa-fé seria honestidade, probidade e lealdade. Segundo Diógenes Faria de Carvalho (2011, p. 23): “Hodiernamente, com o advento do Estado social, o individualismo típico e fundamental do direito privado entra em crise e o valor da liberdade supera-se com o ideal de socialização e com a presença do Estado na economia. (...) Agir de boa-fé significa comportar-se como homem correto na execução da obrigação, quer dizer, cumprir, observar um comportamento decente que corresponda à expectativa do outro contratante.” Como o conceito de boa-fé tem elementos extrajurídicos, resta ao julgador, em caso concreto, estabelecer os limites da liberdade no contexto do contrato, aplicando-se aqui não somente à fase de execução do contrato, mas também às fases pré e pós contratuais.

da autonomia da vontade [e autonomia privada]. Pois o juiz contará com esse elemento suplementar para reduzir a liberdade dos contratantes”.

Ainda, há casos hoje em que a liberdade relacionada ao contrato fica ainda mais mitigada, pois:

o princípio da autonomia da vontade encontra restrição mais severa nalguns preceitos legislativos que não se contentam em disciplinar apenas o conteúdo do contrato, mas também obrigam uma das partes a contratar. Assim as leis que impõem ao proprietário o dever de alugar o prédio desocupado, ou vender gêneros alimentícios e matérias-primas, ou empresar determinados serviços, ou subscrever obrigações governamentais ou ações de companhias paraestatais. Nesses casos surgem contratos de caráter coativo, em que a autonomia da vontade se reduz a um simples ato de obediência, para evitar a imposição de sanções legais. (RODRIGUES, 2005, p. 20).

Assim, como enfatiza o atual Código Civil: “o contrato não mais é visto pelo prisma individualista de utilidade para os contratantes, mas no sentido social de utilidade para a comunidade. Nesse diapasão, pode ser coibido o contrato que não busca essa finalidade.” (VENOSA, 2011, p. 406).

Fica claro, então, que a constitucionalização do direito civil tem alterado a disciplina contratual, modificando sua exegese e tendo consequências importantes para a liberdade relacionada ao contrato, tanto pelo lado de quem contratar quanto pelo viés de como ou o que contratar¹⁰.

Nesse sentido, afirma Sales (s.d. s.p.) que:

No Direito brasileiro, o princípio da autonomia da vontade fundamenta o desenvolvimento das relações privadas e é pautado nas ideias de consentimento, convergência das vontades dos contratantes, bem como na liberdade de escolher o conteúdo, o tempo e os sujeitos do pacto a ser realizado. Deve-se esclarecer que a liberdade contratual e o princípio da autonomia da vontade não são plenos, absolutos.

De fato, o grau de autonomia e, conseqüentemente de liberdade em relação à teoria e prática contratual hoje, com a constitucionalização do

¹⁰ Liberdade de contratar e liberdade contratual, respectivamente. São as figuras jurídicas trazidas pela Doutrina para expressar: a possibilidade, escolha e limitação dos sujeitos do contrato; e de escolher o conteúdo, tempo e forma do contrato.

direito civil, é relativizada, sendo mitigada inclusive por fatores extra-jurídicos, como no caso da boa-fé¹¹ contratual¹². Assim:

A relativização do princípio da autonomia da vontade [autonomia privada] e da liberdade contratual encontra respaldo nas teorias referentes à constitucionalização das relações privadas, no sentido de que, atualmente, o Direito Civil deve ser revisado e transformado em razão da normativa constitucional, não podendo mais ser estudado e aplicado como um bloco separado. O ordenamento jurídico brasileiro é um todo coerente. Não se poderia permitir a plenitude e a intangibilidade da autonomia da vontade [autonomia privada], em detrimento da dignidade e dos direitos fundamentais das partes contratantes. (SALES, s.d., s.p.).

Com isso, os valores primordiais das relações privadas devem obediência aos valores preconizados pelo legislador constituinte, e a liberdade relacionada ao contrato, sucedânea dos princípios norteadores do contrato, como autonomia da vontade e autonomia privada, fica condicionada aos preceitos expressos e axiológicos da Constituição da República.

Um interessante caso sobre essa temática diz respeito à ementa do julgamento do Recurso Extraordinário n. 201.819 pelo Supremo Tribunal Federal¹³.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional

¹¹ “A boa-fé é uma sinceridade ao mesmo tempo transitiva e reflexiva. Ela rege, ou deveria reger, nossas relações tanto com outrem como conosco mesmos. Ela quer, entre os homens como dentro de cada um deles, o máximo de verdade possível, de autenticidade possível, e o mínimo, em consequência, de artifícios ou dissimulações. Não há sinceridade absoluta, mas tampouco há amor ou justiça absolutos: isso não nos impede de tender a elas, de nos esforçar para alcançá-las, de às vezes nos aproximar delas um pouco...” (Comte-Sponville, André, Pequeno Tratado das Grandes Virtudes, pág.214, Editora WMF Martins Fontes, 2010, Tradução de Eduardo Brandão)

¹² EMENTA RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO EM CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA-CORRENTE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. ENRIQUECIMENTO SEM JUSTA CAUSA. 1. Incidência dos encargos de manutenção de conta-corrente inativa por cerca de três anos, ensejando a inserção do nome do correntista nos cadastros de devedores inadimplentes. 2. Pretensão de declaração da inexigibilidade do débito e de retirada da negativação nos órgãos de proteção ao crédito. 3. Mesmo ausente a prova formal do pedido de encerramento da conta por parte do correntista, não é cabível a cobrança de qualquer taxa ou encargo, em razão da necessidade de observância do dever de lealdade derivado do princípio da boa-fé objetiva. 4. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.337.002 - RS (2012/0162018-6) RELATOR: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO)

¹³ Relevante notar que a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em um mesmo tópico do julgado, utiliza as expressões ‘autonomia privada’ e ‘autonomia da vontade’ como sinônimas. Isso demonstra que a utilização genérica de um pelo outro, na prática, ainda é recorrente. Não obstante, como já afirmado, este trabalho opta, teoricamente, pela utilização do princípio da autonomia privada.

brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. (Grifo nosso).

Portanto, nota-se que a constitucionalização do direito civil cada vez mais está possibilitando consequências no sentido de contextualizar de forma sistêmica as relações privadas a partir dos valores constitucionais.

CONCLUSÃO

Este trabalho teve como temática central a constitucionalização do direito civil e tratou também de suas consequências para a liberdade relacionada ao contrato. As três partes deste relatório de pesquisa foram construídas com o intuito de trazer discussão relevante sobre vários elementos que permeiam e contextualizam o objeto deste trabalho.

Dessa maneira, fez-se uma abordagem histórica para demonstrar o que vem a ser a constitucionalização do direito civil, podendo ser definido como a inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis e compõe a quebra de paradigmas das relações jurídicas privadas. É a exigência de que as normas de direito civil sejam relidas a partir dos valores assentados na Constituição. Ressaltou-se que o direito civil não deve ser desprezado, mas sim reinterpretado de acordo com a axiologia constitucional. Ainda, abordou-se a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Por escolha de delimitação temática, optou-se por tratar da liberdade relacionada ao contrato e, para isso, discorreu-se sobre a evolução da ideia de liberdade no contrato, pontuando a distinção acadêmica entre o princípio da autonomia da vontade e princípio da autonomia privada. Vê-se que a doutrina e jurisprudência não distinguem os dois princípios, com exceções, como a adotada por este trabalho via lição de Otávio Luiz Rodrigues Júnior (2004).

A escolha da expressão 'liberdade relacionada ao contrato' se mostrou satisfatória, pois não incorre no erro de desprezar as diferentes vicissitudes da ideia de liberdade na teoria e prática contratual, como por exemplo, a liberdade de contratar e a liberdade contratual, denotando assim um caráter mais abrangente.

A constitucionalização do direito civil gerou e continua gerando uma releitura, ressignificação e reorganização a partir dos preceitos constitucionais dos princípios norteadores do contrato, em especial a autonomia da vontade e autonomia privada, sucedâneos da liberdade relacionada aos contratos.

Conclui-se que a constitucionalização do direito civil é decorrência de mudanças ocorridas na sociedade, em especial a contraposição entre o modelo oitocentista que se baseava no individualismo e não interferência estatal na vontade do cidadão e o modelo no qual o Estado é chamado a interferir no negócio jurídico via dirigismo contratual, restringindo a liberdade relacionada ao contrato pela justificativa de que o contrato deve cumprir sua função de possuir um sentido social de utilidade para a comunidade. Assim, a constitucionalização do direito civil indubitavelmente traz consequências relevantes para a ideia de liberdade relacionada ao contrato, e, acima de tudo, busca se aproximar da função do Direito de ser instrumento da justiça social.

REFERÊNCIAS

BODIN de MORAES, Maria Celina. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. Direito, Estado e Sociedade, Brasil, v. 1, p. 59-73, 1991.

CARVALHO, Diógenes Faria de. Do Princípio da Boa-Fé Objetiva nos Contratos de Consumo. Goiânia: PUC Goiás, 2011.

-
- COSTA, Álisson da Silva. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: Um enfoque principiológico e comparativo em âmbito constitucional com o ordenamento civil em suas esferas principais. Artigo Científico. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2006/Discentes/PDF/Alisson.pdf>. Acesso em: 10 nov 2013.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume III. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 25ª edição reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FIUZA, César. Por uma redefinição da contratualidade. Meritum. Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 45-64, jan./jun. 2007.
- GOEDERT, Rubia Carla. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO, OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES. Revista Jurídica Cesumar – Mestrado, v. 12, n. 12, jul./dez., 2012, pp. 463-479.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. DIREITO CIVIL BRASILEIRO. Volume 3: Contratos e Atos Unilaterais. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 36, n. 141, jan/mar, 1999.
- PERLINGIERI, Pietro. PERFIS DO DIREITO CIVIL Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2ª edição. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.
- RODRIGUES, Sílvio. DIREITO CIVIL. Volume 3: Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade. 30ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2005.
- RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 41, n. 163, jul./set., 2004.
- SALES, Tainah Simões. O direito fundamental à liberdade contratual e o princípio da autonomia da vontade à luz da constitucionalização das relações privadas. Artigo Científico. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=36ab62655fa81ce8>>. Acesso em: 19 out 2013.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudência. Recurso Extraordinário n. 201.819. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28201819%2EENUME%2E+OU+201819%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/naurvt>>. Acesso em: 20 out 2013.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. DIREITO CIVIL. Volume 2: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2011.
- VETTORI, Flávio Meirelles. Constitucionalização do Direito Civil. Disponível em: <<http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/convidados/008.doc>>. Acesso em: 22 out 2013.

O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FRENTE AOS FENÔMENOS DA LITIGAÇÃO REPETITIVA (REPEAT PLAYERS) E APATIA RACIONAL (RATIONAL APATHY)

*Alexandre Pereira Bonna*¹

Resumo: Aborda as características da sociedade moderna em relação à atomização do ser humano. Aprofunda a relação entre a sociedade atomizada e a litigação repetitiva e a apatia racional. Apresenta noções da teoria do direito como integridade, com enfoque na fase pré-interpretativa e interpretativa proposta por Ronald Dworkin. Explana as exigências do princípio jurídico da solidariedade, especialmente em face dos efeitos nocivos de uma sociedade altamente individualizada. Retoma a discussão envolvendo o princípio da solidariedade como elemento de destaque na fase pré-interpretativa e interpretativa e vetor de peso na interpretação de categorias do direito e problemas concretos enfrentados pelo Poder Judiciário.

INTRODUÇÃO: CONTEXTUALIZAÇÃO, NOÇÕES DA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE, PROBLEMA, JUSTIFICATIVA E METODOLOGIA

A presente pesquisa parte de uma constatação filosófica de que a modernidade produziu um lado sombrio nas relações privadas: a sociedade

¹ Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA. Professor de graduação e pós-graduação da Universidade da Amazônia – UNAMA e Escola Superior da Advocacia – ESA. E-mail: alexandrebonna@yahoo.com.br

de massa e desinteressada – desenvolvida nas obras “A Condição Humana” (2011) de Hanna Arendt e “*After Virtue*” (1991) de Alasdair MacIntyre.

Por conseguinte, essa sociedade (de massa/desinteressada) fomentou uma grave distorção no modo como os danos são produzidos e encarados pela Judiciário e pelas vítimas dos mesmos, já que por um lado o sujeito atomizado na modernidade aceita com parcimônia condutas danosas, especialmente as de baixo valor e intensidade, e, de outro lado, essa apatia racional (*rational apathy*)² está imbrincada com a existência de litigantes repetitivos (*repeat players*)³, que se beneficiam dessa apatia e da falta de responsabilização à altura dos danos causados.

Essas duas consequências (*rational apathy* e *repeat players*), pelo fato de revelarem um aspecto banalizado e padronizado da produção de danos na sociedade atual, podem ser caracterizadas preocupantemente como elementos de violação de direitos (fundamentais ou não) no bojo das relações privadas, acendendo o alerta para a reflexão sobre se as instituições criadas pelo homem - que em última instância servem para garantir o respeito e a concretização de bens básicos⁴ - são deficitárias em face desses fenômenos, de modo a contribuir às “reflexões práticas daqueles que se preocupam em agir, quer como juízes, quer como estadistas, quer como cidadãos” (FINNIS, Op. Cit., p. 31), um dos fundamentos do Direito Natural.

Embora esse trabalho não utilize em seu desenvolvimento os pressupostos da teoria do Direito Natural, reconhece a importância de refletir sobre a harmonia das categorias jurídicas e das instituições que garantem direitos com um modelo de racionalidade jurídica suficiente para impedir graves distorções morais e de fortalecer os laços de dependência comunitária entre os membros de um determinado grupo de pessoas, dimensão esta que

² Expressão desenvolvida por Louis Visscher em “Economic analysis of punitive damages” (2009), afirmando a pertinência do valor indenizatório de cunho punitivo de modo a causar um desestímulo ao ofensor, assim como para fazer frente a falta de responsabilização na mesma proporção do dano causado, em especial pela apatia racional relacionada a um certo grau de aceitação do dano e falta de vigor, disposição e tempo para buscar proteção judicial.

³ Expressão desenvolvida por Marc Galanter (1983), ao se referir a litigantes que se valem da falta de clareza do tratamento jurídico de determinados temas assim como da alta probabilidade de vítimas de danos não agirem judicialmente na defesa de seus direitos.

⁴ Os bens básicos são evidentes por si mesmos, inquestionáveis, são valores ou princípios que são necessários para qualquer boa ação do homem, além de serem fundamentais para o pleno florescimento humano. Eles servem de referência para a avaliação das instituições criadas pelo homem (FINNIS, 2007, P. 67).

também se encontra no pensamento de Ronald Dworkin, especialmente quando trata das obrigações comunitárias/associativas.

As obrigações comunitárias/associativas na concepção dworkiana nada tem a ver com deveres que são deliberados e escolhidos, mas sim estão relacionados a uma atitude interpretativa, porque deve-se honrar compromissos que surgem no bojo da prática social na qual se está inserido, os quais estão vinculados a um grau de reciprocidade e noção de integridade e interpretação, motivo pelo qual este tipo de obrigação implica em algum sacrifício dos próprios interesses (DWORKIN, 1999, p. 237/244).

Nesse viés, é possível conceber uma comunidade política como um ente com personalidade e exigências próprias, diferente das dos indivíduos que a compõe, de modo que ser fiel a uma prática social implica agir de acordo com os princípios que emanam dessa comunidade personificada, o que por um lado afasta essa moral das crenças populares, mas que por outro está interligada a um conjunto de práticas. Assim, o agir moral em harmonia com essas práticas nada tem a ver com o que as pessoas individualmente pensam ser o moralmente correto (DWORKIN, 1999, p. 204/208).

Portanto, a concepção do direito como integridade a tarefa de explicar como um padrão de comportamento exigido por princípios surge a partir de uma prática social, se caracterizando como uma teoria do direito que possui um elemento comunitário, porque embora acate um certo grau de liberdade de perseguir ambições, compromissos, projetos e interesses pessoais, essa esfera da soberania individual sofre restrições pela integridade (DWORKIN, 1999, p. 211).

Essa concepção de direito (direito como integridade), adotada como premissa na presente pesquisa, presta substrato para justificar a interferência da autoridade do Estado na esfera de direitos dos indivíduos. Vale destacar que a atividade jurisdicional também tem cunho político, não de política partidária mas sim de princípio político, especialmente em casos controvertidos (DWORKIN, 2001, p. 5/6).

É por esse motivo que o direito como integridade defende uma visão “centrada nos direitos” e não no “texto legal”, em razão da amplitude a que o magistrado está autorizado a adentrar, aproximando a atividade jurisdicional da política. Enquanto que a concepção “centrada no texto legal” afirma que

o poder do Estado só pode ser exercido contra os cidadãos a partir de regras explicitamente especificadas, não podendo inovar até que as mesmas sejam modificadas, a concepção “centrada nos direitos” parte de um ideal de justiça substantiva segundo a qual os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e perante o Estado, assim como o Estado do Direito necessita incorporar e aplicar esses direitos morais (DWORKIN, 2001, p. 6/7).

Isso não significa que o texto legal (constituição, leis, decretos) não tenha peso e importância, pelo contrário, “um elevado grau de aquiescência à concepção centrada no texto jurídico parece ser necessário a uma sociedade justa” (DWORKIN, 2001, p. 9). Contudo, sob essa ótica centrada nos direitos, não são apenas as decisões oficiais que os outorgam, nem tampouco a intenção de soberanos e muito menos o consenso em uma certa comunidade, apesar de muitos críticos da concepção dworkiana alegarem que se trata de uma versão falha do direito por não conseguir refletir previsibilidade na vida dos cidadãos nem reivindicar autoridade visto que as questões extralegais comportam muitos dissensos.

De fato, a integridade não exige concordância (exceto na fase pré-interpretativa). A própria falta de consenso sobre direitos morais e a pluralidade de opiniões enriquece a prática social, de modo que a existência de direitos está imbricada com a comunidade personificada, a qual é um ente diverso dos sujeitos que a compõe e, por esse motivo, exige um conjunto de padrões que podem não ter relação com a opinião da maioria.

Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral (DWORKIN, 2001, p. 101).

Construir os direitos a partir da comunidade personificada exige a compreensão de um tipo especial de moralidade política que respeita o passado o presente e o futuro, considerando que a melhor concepção de direitos será aquela que descrever da maneira mais coerente a continuidade do empreendimento interpretativo, teoria esta que será retomada mais adiante.

A presente pesquisa busca refletir – na fase pré-interpretativa e interpretativa do direito como integridade - sobre se o juiz está obrigado a pesar o princípio da solidariedade previsto no artigo 3^a, inciso I da

Constituição Federal de 1988 na interpretação de direitos inseridos nos fenômenos da litigação repetitiva e da apatia racional, pois caso possua, em algum grau o Poder Judiciário estaria contribuindo para a construção de uma sociedade mais solidária, menos apática e propensa a danos em massa, fortalecendo laços comunitários e de dependência mútua.

A justificativa da referida discussão se revela a partir da realidade alarmante que se instaurou na sociedade brasileira no tocante a práticas ilegais e danosas que continuam sendo perpetradas, posto que à luz do custo-benefício são lucrativas (há um preço do ilícito)⁵ e se valem da apatia racional, além de outros fatores como a morosidade do Poder Judiciário. Neste cenário, engendrado pelo profundo individualismo que afetou a sociedade moderna, torna-se natural pautar condutas em detrimento ou com indiferença perante o outro, sendo fundamental retomar a discussão ética pelo canal do princípio da solidariedade e do direito como integridade, que possui também um aspecto comunitário na análise dos direitos.

Primeiramente, será feita uma abordagem da sociedade de massa e a sua influência na subsistência dos litigantes repetitivos e da apatia racional. Em seguida, será dada continuidade à construção da teoria do direito como integridade de Dworkin, especialmente explicando a fase pré-interpretativa e interpretativa. Ao final, refletir-se-á acerca do peso do princípio da solidariedade em casos judiciais onde o magistrado se vê diante daqueles fenômenos enunciados pela filosofia.

2 A INFLUÊNCIA DA SOCIEDADE DE MASSA NA FORMAÇÃO DOS LITIGANTES REPETITIVOS (*REPEAT PLAYERS*) E DA APATIA RACIONAL (*RATIONAL APATHY*)

A vida do homem em uma sociedade de massa é marcada pelo isolamento e falta de vínculos de dependência, formando o que podemos chamar de atomização, que representa a existência de vínculos muito fracos entre os membros de uma dada comunidade, se perdendo a noção de algum objetivo a ser alcançado em cooperação.

⁵ Já desenvolvi a relação de práticas ilícitas com altos lucros em meu “Punitive damages (indenização punitiva) e os danos em massa: “preço do ilícito”, por meio do qual os ofensores sabem previamente quantas vítimas ingressarão em juízo e também quanto despenderão a título de indenização compensatória, verificando quanto vale a pena violar direito alheio” (BONNA, 2015, p. 102)

Inúmeras razões contribuíram para a alienação do homem em relação ao próximo, como a reforma protestante, as conquistas marítimas, o movimento de aglutinação nas cidades e o avanço científico, porém nenhum desses motivos foi mais forte que o fato de o trabalho ter se tornado a atividade mais importante da vida do homem moderno, ou, em outras palavras, o *animal laborans* ter vencido o *homo faber* na modernidade.

O *animal laborans* representa o estado do homem enquanto mantenedor da vida e do processo biológico correlato, não se diferenciando nessa condição de outros animais. É caracterizado pela atividade do trabalho (labor), ou seja, para Hannah Arendt o trabalho é sinônimo de ações inseridas em um ciclo de obtenção de necessidades imediatas, motivo pelo qual o resultado do trabalho tem permanência breve no mundo “seja por meio da absorção no processo vital do animal humano, seja por meio da deterioração (...) desaparecem mais rapidamente que qualquer outra parte do mundo” (ARENDDT, *Op. Cit.*, p. 118/119).

O *homo faber* (homem fabricante) possui como atividade a obra (*work*), por meio da qual violenta a natureza para produzir objetos duráveis, para além de seu ciclo biológico. Nesse estado, o homem opera sobre a natureza para produzir um conjunto de objetos artificiais com caráter permanente a serem partilhados por outros homens (ARENDDT, *Op. Cit.*, p. 169).

A transformação do trabalho como a atividade preponderante do homem moderno, fez com que todos os valores desse homem trabalhador (*animal laborans*) fossem transportados para outros campos da vida social. Assim, o aspecto cíclico e efêmero do homem trabalhador impregnou as relações sociais de modo que o homem passou a não ver mais nada além de si mesmo e suas respectivas necessidades, perdendo inclusive o interesse pelo aspecto comunitário e social.

Esse desinteresse pelo outro pode claramente ser constatado através da bifurcação de dois campos abertos de vida e reciprocamente excludentes: a vida social e a esfera individual: “this bifurcation is itself an important clue to the central characteristics of modern societies” (MACINTYRE, *Op. Cit.*, p. 34). No aspecto individual, os indivíduos são soberanos em suas escolhas relacionadas aos bens que desejem perseguir; no tocante à vida social, a burocracia e as decisões oficiais são soberanas.

Ressalta-se que a sociedade de consumidores está imbricada com a sociedade de trabalhadores⁶, pois o consumo desenfreado do homem caracterizado pela voracidade da substituição rápida de mobílias, carros, celulares, roupas e demais objetos do mundo engloba um processo produtivo composto de uma massa de trabalhadores para dar conta de imprimir alta produtividade em face da velocidade com que os itens de consumo são tragados e descartados.

É nesse sentido que se diz que o *animal laborans* venceu no mundo moderno, porque a abundância e efemeridade do mesmo são características próprias do homem que visa a manutenção da vida, em contraste com o *homo faber*, que despende esforços para que os objetos fabricados sejam efetivamente utilizados e tenham durabilidade e permanência no mundo. Ou seja, o ciclo interminável da vida (caça, pesca, reprodução etc) se encaixa no ciclo interminável do consumo, e em ambas a fronteira entre a humanidade e a animalidade são estreitas.

É possível relacionar esse isolamento ocasionado pela preponderância do trabalho com o fenômeno da apatia racional (*rational apathy*), visto que a vida plena do ser humano, de acordo com o pensamento de Hannah Arendt, deveria envolver uma relação harmônica entre a atividade do trabalho, da fabricação e da ação (relacionada ao agir moral, reflexões, decisões), e, como o homem moderno dedica a maior parte do seu tempo à atividade do trabalho (leia-se atividade para manter-se vivo), pouco espaço sobra para tarefas de preservação e defesa de direitos, pouco sobra para o agir.

Nesse sentido, é muito comum deparar-se com situações ilegais e danosas (valor mínimo de compra para cartão de crédito, cláusulas abusivas, publicidades enganosas, assédios morais, débito automático de serviço não autorizado, descumprimento parcial de contratos) que facilmente são

⁶ Tamanho é o isolamento do homem moderno que há pesquisas que entendem que para o filósofo MacIntyre as relações de trabalho e de consumo não poderiam ser caracterizadas como práticas visto que os seus componentes estão sempre em busca de bens externos a essas práticas, como dinheiro, poder etc. Nesse sentido: “As atividades laborais de boa parte dos habitantes do mundo moderno não podem ser compreendidas como uma prática nos termos que MacIntyre desenvolve. Pois, ao deslocar o trabalho produtivo de dentro dos laços comunitários, se perdeu a noção de trabalho como uma arte que contribuía para o sustento da comunidade e dos lares. (...) Por conseguinte, as relações meio-fins são necessariamente externas aos fins daqueles que trabalham, e como já ressaltamos, as práticas com bens internos foram excluídas, assim como as artes, as ciências e os jogos são tidos como trabalhos de uma minoria especializada” (SANTOS, 2012, p. 101/102).

aceitas com parcimônia pelas vítimas, seja porque tem pouca disposição e vigor para agir, seja porque individualmente considerados os referidos danos são baixos.

Nesse desiderato, o lucro ilícito a partir de uma apatia coletiva de pequenos danos gera outro fenômeno: o da litigação repetitiva (*repeat players*), o qual é reforçado pelo enorme grau de desinteresse pelo outro próprio da modernidade, individualismo liberal a coexistência pacífica de setores da vida humana incomunicáveis entre si, mas considerados harmônicos (a vida individual e a vida comunitária): “so work is divided from leisure, private life from public, the corporate from the personal. (...) And all these separations have been achieved so that it is the distinctiveness of each and not the unity of the life of the individual (MACINTYRE, *Op. Cit.*, p. 204).

Por fim, um magistrado insensível ao mundo que lhe rodeia e aos seus fenômenos desagregadores não julgará atendendo aos ditames constitucionais do solidarismo, que, como princípio que é, impõe interpretações jurídicas em um determinado vetor, podendo influenciar na interpretação de categorias do direito privado, especialmente diante de casos que denotem a apatia racional e a litigação repetitiva, elementos que evidenciam essa fragmentação e o desinteresse pela esfera de bens jurídicos de outrem.

3 A FASE PRÉ-INTERPRETATIVA E INTERPRETATIVA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE: A IMPORTÂNCIA DO RECORTE NORMATIVO JUSTIFICADO

A concepção de direito de Ronald Dworkin exige que o intérprete tenha responsabilidade com as reivindicações da integridade, uma delas é a de que o destino dado ao direito seja o que melhor se amolde às práticas da comunidade e isso implica em potencializar a efetividade de princípios jurídicos, os quais são responsáveis por dotar de sentido, unidade e coerência os sistemas jurídicos, especialmente os de cunho constitucional como o da solidariedade. Nesse sentido, Lenio Luiz Streck acentua essa dimensão da integridade:

(...) de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção, diante do que, por vezes, a

coerência com as decisões anteriores será sacrificada em nome de tais princípios (circunstância que assume especial relevância nos sistemas jurídicos como o do Brasil, em que os princípios constitucionais transformam em obrigação jurídica um ideal moral da sociedade) (2008, p. 272-273).

Assim, uma das pretensões da integridade é conferir importância à totalidade do direito, pois como visto, a sociedade personificada explicada por Ronald Dworkin revela que a comunidade política possui imposições e deveres que não necessariamente condizem com as pretensões individuais de cada um dos seus membros, posto que estes estão submetidos a princípios comuns e fundantes da comunidade, a ponto de a concepção de justiça ter de se pautar em princípios fundamentais, como o da solidariedade, em detrimento de normas mais específicas, princípios menos abstratos ou regras.

É como se a sociedade/comunidade fosse portadora de um objetivo/telos próprio e que esses princípios representassem isso podendo impor limites a determinadas interpretações jurídicas, motivo pelo qual o direito não se diferencia de outras práticas sociais, que necessitam para a sua inteira compreensão em momentos de dúvida de uma noção adequada sobre o que a prática requer se devidamente compreendida (DWORKIN, 1999, p. 58).

Nesse viés, a tarefa dworkiana de interpretação do direito deve conceber 3 momentos distintos: pré-interpretativo, interpretativo e pós-interpretativo (DWORKIN, 1999, p. 81) O trabalho se atém especificamente às fases relacionadas ao recorte normativo e às justificativas desse recorte (respectivamente, fases pré-interpretativa e interpretativa), deixando de lado a fase atinente à análise das exigências que as justificativas das etapas anteriores requerem no caso concreto.

A fase pré-interpretativa parte do pressuposto de que para iniciar qualquer atividade interpretativa faz-se necessário partir de elementos que evidenciem decisões políticas do passado que consensualmente devam ser consideradas à tarefa interpretativa, que em última instância e em consonância com as outras fases irá justificar a força do Estado na esfera particular. Em outras práticas esse recorte é comum, como nas obras literárias:

Na interpretação de obras literárias, a etapa equivalente é aquela em que são totalmente identificados romances, peças etc., isto é, a

etapa na qual o texto de Moby Dick é identificado e distinguido do texto de outros romances (DWORKIN, 1999, p. 81).

O pressuposto da etapa pré-interpretativa é de que qualquer diálogo só tem sentido se primeiro as premissas dos participantes foram consensualmente selecionadas, de modo a identificar bases e padrões comuns sobre quais práticas são relevantes para a prática jurídica. Somente em momento posterior será possível percorrer um aprofundamento interpretativo sobre qual a melhor interpretação que se amolda à comunidade política:

Essa é uma exigência prática de qualquer empreendimento interpretativo. (...) Todos entramos na história de uma prática interpretativa em um determinado momento; nesse sentido, o necessário acordo pré-interpretativo é contingente e local (DWORKIN, 1999, p. 113).

Em seguida, passa-se à fase interpretativa, marcada pela necessidade de dar razões e justificativas para o recorte normativo feito na fase anterior, motivo pelo qual o recorte será diferente para cada caso, portanto, as decisões políticas do passado que serão determinantes para a interpretação construtiva de um caso não serão as mesmas para outro, mostrando toda a dinamicidade do direito e o permanente ônus argumentativo imposto ao intérprete no sentido de justificar os pilares estruturantes da sua tarefa hermenêutica para posteriormente pesar os princípios em jogo.

3 JUSTIFICATIVAS DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NA FASE PRÉ-INTERPRETATIVA E INTERPRETATIVA EM FACE DOS LITIGANTES REPETITIVOS (*REPEAT PLAYERS*) E DA APATIA RACIONAL (*RATIONAL APATHY*)

Agora o trabalho se ocupará da tarefa de avaliar a presença do princípio da solidariedade em casos de litigação repetitiva e apatia racional, analisando as razões da fase interpretativa que teriam justificariam o seu peso no recorte normativo de casos envolvendo litigação de massa, visto que caso existam boas razões para a sua inclusão, diversas categorias do direito podem ter a sua interpretação alterada e aprofundada.

Antes de adentrar no conteúdo do princípio da solidariedade, faz-se necessário frisar 3 aspectos: a) ao avaliar o conteúdo do princípio da

solidariedade e a sua relação com as questões de massa e da litigação repetitiva, se está na fase pré-interpretativa e interpretativa, momento em que o intérprete realiza um corte normativo sobre quais decisões políticas do passado terão peso na avaliação de um certo fenômeno jurídico a partir de justificativas; b) afirmar que a solidariedade se trata de um princípio e não de uma regra implica no reconhecimento de que não existe a possibilidade de enumerar aprioristicamente hipóteses de cabimento, visto que um princípio é obrigatório em um certo caso particular porque funciona como um vetor que deve ser contrabalanceado com outros vetores (princípios). Quando há um princípio, significa ele deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como se fosse uma razão numa ou outra direção. Quando os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Faz sentido perguntar que peso ele tem ou qual importância” (DWORKIN, p. 2002, p. 38/43), e, acrescentaria, mesmo que um princípio não se inter cruze com o outro, é válido indagar qual o peso que ele possui na interpretação de categorias do direito envolvidas no litígio.

Quanto à fase pré-interpretativa, não há maiores dificuldades em reconhecer que a Constituição Federal e seus princípios são práticas que compõe a prática jurídica e são levados em conta para a atuação não só de funcionários públicos como também de particulares, assim como pautam as decisões da atividade jurisdicional, que interpretam o direito à luz de princípios. Ou seja, a questão não está em justificar que os princípios constitucionais fazem parte de nossas práticas, mas sim de justificar a presença do princípio da solidariedade no recorte normativo de casos envolvendo litigação repetitiva e apatia racional.

Quanto às justificativas para o princípio da solidariedade, dentro da fase interpretativa, vale ressaltar que a solidariedade, antes de ser inserida como um dos objetivos da República Federativa do Brasil de 1988, foi muito discutida no âmbito do direito internacional dos direitos humanos. Na década de 1970, Karel Vasak mencionou “direitos de solidariedade” ou de “fraternidade”, ao se referir aos direitos à paz, meio ambiente equilibrado, desenvolvimento e patrimônio comum da humanidade, em outras palavras, direitos relacionados ao bem-estar e ao reconhecimento de interesses comuns entre os homens (BIONDI, 2015, p. 16).

Desta feita, haveria uma dimensão de direitos abstratos centrados no indivíduo em si (civis e políticos), direitos relacionados às necessidades básicas a serem supridas (sociais, econômicos e culturais) e por fim uma dimensão em que a dignidade da pessoa humana cresce e se expande a ponto de exigir um tipo especial de relação entre os indivíduos. Frisa-se que há estudos que apontam para outras dimensões de direitos humanos.

Portanto, este viés solidário exige uma concepção de bem comum a todos os membros de uma comunidade política, bem este que só pode ser alcançado mediante o esforço de todos, pessoa físicas e jurídicas, públicas e privadas, tornando-se jurídico (obrigatório) no comportamento das pessoas o dever de empenhar-se nesta tarefa, de modo que a humanidade ou a personalidade humana só estaria completa caso esta percepção do outro (e de seus respectivos interesses) fosse lapidada.

Em razão dos limites do presente trabalho, parte-se do pressuposto de que a solidariedade possui viés jurídico e obrigatório, visto que existem teóricos críticos do caráter jurídico da solidariedade, aduzindo que se trata de um princípio ainda vago e abstrato e que comporta exigências morais e não jurídicas.

Essa exigência jurídica da solidariedade pode envolver uma dimensão interna ou até mesmo restrita a um certo grupo de pessoas e não necessariamente atrai um fator internacional, tendo como característica central o fato de que as partes isoladas de um todo só terem sentido se consideradas por inteiro e por completo, como explica Fábio Konder Comparato (2006, p. 577): “a solidariedade não diz respeito, portanto, a uma unidade isolada, nem a uma proporção entre duas ou mais unidades, mas à relação de todas as partes de um todo, entre si e cada uma perante o conjunto de todas elas”.

Ao refletir sobre o alcance dessa exigência no direito, é possível constatar que se deve ir além dos interesses diretos e interesses individuais, de modo a interpretar regras e princípios no sentido de atenderem também o vetor que busca harmonizar os interesses individuais com um objetivo coletivo relacionado ao prestígio da coexistência e compatibilidade de projetos de vida distintos, que são justamente os valores necessários para fazer frente ao fenômeno do isolamento e da atomização do ser humano, que na

modernidade propiciaram o surgimento da litigação de massa e da apatia racional, que são consequências do profundo grau de individualismo que a humanidade atingiu.

O direito, como reflexo também dos valores da sociedade na qual está inserido, foi contaminado não tanto em seus institutos da responsabilidade civil e do direito processual civil – que até possui elementos de bem comum, como a função social da propriedade e dos contratos, boa-fé objetiva, dignidade da pessoa humana, etcetera – mas principalmente na instância da atividade jurisdicional, particularmente na interpretação que juízes e tribunais dão aos direitos que os cidadãos têm em litígios envolvendo danos em larga escala e apatia racional.

Vê-se a insuficiência da interpretação de categorias do direito privado ao constatar-se que quando se está diante de danos em massa, os magistrados não levam em conta o momento pré-processual (pré-litigioso) relacionado à inércia das vítimas de danos em relação a danos de pequena monta, se atento a fixar valor indenizatório meramente compensatório do dano individual, não se preocupando em majorar a verba de modo a causar um desestímulo à conduta do ofensor a ponto de inibir ele e outros em igual condição de perpetrarem danos em massa e pautarem suas atividades com alto grau de desinteresse pelos projetos de vida do outro.

Aliás, constata-se a nefasta equação do custo-benefício no manejo de produtos e serviços, assim como no trato com as condições de trabalho, onde as escolhas são sempre pautadas sob essa ótica, de modo a reduzir custos e incrementar os ganhos, mesmo que isso signifique lesionar o outro, devendo o Poder Judiciário, valendo-se do princípio da solidariedade e de suas exigências, atribuir peso, por exemplo, ao cabimento da indenização punitiva na experiência brasileira, de modo a fazer frente às práticas individualistas e estabelecer um padrão público de comportamento e de justiça relacionado à solidarização.

De igual modo, outro aspecto que demonstra como a atomização do ser humano atinge a interpretação dos tribunais quanto à fraqueza das ações coletivas no trato das questões de massa e a inúmeros entraves criados jurisprudencialmente para limitar o grau de abrangência dos entes legitimados para propor ações coletivas, exigindo, por exemplo, que os

interesses em jogo sejam “relevantes” ou possuam “interesse público”, fatores estes que acarretaram, juntamente com o regime de coisa julgada, uma espécie de falência das ações coletivas no trato das questões de massa:

Mesmo com a implantação de um regime próprio para os processos coletivos, persistem as demandas repetitivas, que se multiplicam a cada dia. (...) Na sociedade atual, caracterizada pela crescente complexidade das relações jurídicas, há um enorme agigantamento na quantidade de litígios, sendo praticamente ilusório tentar conter tal crescimento. As demandas coletivas não têm conseguido resolver todos esses casos. Muitos dos problemas de massa são solucionados individualmente, em cada uma dos milhares de demandas propostas a respeito do mesmo tema. Com efeito, não é raro que uma determinada situação atinja, a um só tempo, uma quantidade exagerada de pessoas, que, diante disso, passam a ingressar em juízo na busca do reconhecimento de seu direito (DIDIER; CUNHA, 2015, p. 584).

Assim, caso o princípio da solidariedade fosse selecionado na fase pré-interpretativa e justificado na interpretativa em conflitos de massa, os rumos interpretativos acerca das ações coletivas poderiam tomar outro rumo e serem fortalecidas como instrumento para fazer frente de maneira satisfatória a condutas danosas repetitivas e marcadas pela desproteção das vítimas, apontando a uma direção de conferir maior efetividades às causas coletivas, aos entes legitimados e aos direitos em jogo em contraposição aos argumentos e princípios em sentido contrário, visto que o ideal solidário implica a enfrentar a atomização do ser humano e por consequência os efeitos dessa atomização (leia-se litigação repetitiva e apatia racional).

Outra categoria do direito que poderia ser atingida no seu modo de interpretar a partir do recorte normativo que leve em conta a solidariedade é a boa-fé objetiva, como exigência de que os contratantes guardem entre si antes, durante e após a relação jurídica deveres de lealdade, retidão, transparência, probidade e informação mútua. Esse princípio pode e deve ser manejado em relações de massa e danos repetitivos, pois é um típico instituto do direito privado que pode ter a sua extensão comprometida pela desconsideração do princípio da solidariedade, uma vez que o grau de abrangência do que se exige a partir da lealdade e probidade é profundamente aumentado se pôr-se à prova o ideal de construir uma sociedade solidária e lutar contra o isolamento do

ser humano, denotando mais uma vez a relevância e importância do referido princípio no trato das questões de massa.

Assim, considerando a escolha política-legislativa de elevar a objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade solidária, assim como o papel que esse princípio pode desempenhar em casos concretos envolvendo litigação repetitiva e apatia racional, apontando para a interpretação do direito que mais se amolde a esse ideal, há justificativa para que esse princípio não seja negligenciado enquanto guia interpretativo de litígios de massa.

CONCLUSÕES

Não há saída. Se a litigação repetitiva e a apatia racional são fenômenos do isolamento do ser humano e trazem consigo uma série de mazelas, sendo o princípio da solidariedade um vetor que abranda, atenua e enfraquece essa selvageria, como demonstrando ao longo da pesquisa, o magistrado está obrigado a selecioná-lo na fase pré-interpretativa e interpretativa como princípio jurídico de estatura constitucional a ser pesado com outros princípios ou mesmo em conflito de regras de modo a favorecer uma das interpretações.

Deste modo, o Judiciário agregaria um ingrediente interpretativo que fizesse frente à atomização e isolamento do ser humano, contribuindo para o incremento dos institutos de direitos privado na esteira desse ideal, porque quando o princípio da solidariedade é atraído para um caso, a interpretação jurídica é revestida de um patamar ético, terreno fértil para a eficácia dos direitos fundamentais, fonte última da autoridade do direito.

REFERÊNCIAS

- ARENDET, Hannah. A condição humana. 11ª ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.
- BIONDI, Pablo. Capitalismo e direitos humanos de solidariedade: elementos de uma crítica. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2015.
- BONNA, Alexandre Pereira. Punitive damages (indenização punitiva) e os danos em massa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

-
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Vol. 3. 13ªed. Salvador, Juspodvm, 2015.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes, 1999.
- _____, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- GALANTER, Marc. Reading the Landscape of Disputes: What We Know and Don't Know (And Think We Know) About Our Allegedly Contentious and Litigious Society, 31 UCLA L. REV. 4 (1983)
- FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007.
- MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue*. 3ª ed. University of Notre Dame Press: Notre Dame, 1981.
- SANTOS, Lorena Maria de Moura. *Comunidade e moralidade na filosofia de Alasdair MacIntyre*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Piauí: Teresina, 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas; da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- VISSCHER, Louis T. Economic analysis of punitive damages. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa. *Punitive damages: common law and civil law perspectives*. Vol. 25. Vienna: Springer, 2009. p. 219/236.

A APLICAÇÃO DO DIREITO E A DECISÃO CORRETA NO PENSAMENTO DE CARL SCHMITT

André R.C. Fontes*

Quando conhecemos a noção de *aplicação do Direito* seguimos uma certa associação com a de *subsunção*.¹ Ao se praticar um ato jurídico, por exemplo, estar-se-ia a passar do abstrato ao concreto, do geral ao particular, segundo uma certa representação esquemática. Uma regra seria transposta a um caso particular e concreto segundo o império do Direito. A lei que contivesse texto que se iniciasse com a fórmula “Quem praticar o ato...” sugere uma *hipótese*; e, ao enunciar em seguida um efeito ou uma *conseqüência* para tal comportamento sintetizaria a operação que enquadra o concreto ao disposto na norma jurídica - isso é o que se entende por subsunção.²

O paradigma da aplicação do Direito é o modelo dedutivo, representado pelo *silogismo jurídico*. Nesse modelo, tanto as normas aplicadas como os fatos são elementos externos ao juiz, de tal maneira que a decisão se impõe *per se*, por força lógica, sem necessidade de ulteriores passos argumentativos, a despeito de se fazerem necessários elementos de

* Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Professor na Univesidade do Rio de Janeiro (Uni-Rio) e Desembargador no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

¹ Cf. Claude du Paquier. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*. Neuchatel: Delachaux & Niestlé, 1979. p. 126. J. M. Delgado Ocando. *Exposición de la metodología del derecho de Reinhold Zippelius*. Maracaibo: Centro de Estudos de Filosofia del derecho, 1975. p. 70.

² Delgado Ocando, J.M. *Lecciones de introduccion al derecho*. Maracaibo: Instituto de Filosofia del derecho. p. 275. Yves Le Roy. Marie-Bernadette Schoenenberger. *Introduction générale au droit suisse*. Genebra: 2002. p. 292. Claude du Paquier. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*. Neuchatel: Delachaux & Niestlé, 1979. p. 126. Giuseppe Guarino. *Potere giuridico e diritto soggettivo*. Nápoles: Jovene, 1949. p. 9. Alessandro Groppali. *Avviamento allo estudio del diritto*. Milão: Giuffrè, 1951. p. 97.

motivação ou fundamentação como forma de validade de uma decisão judicial. A idéia de silogismo judicial como teoria e dogma no Direito é construída de um modelo abstrato e ideal de decisão a ser observado pelo juiz. Desse modo, projeta-se uma situação na qual a norma é um dado preexistente em um ordenamento positivo completo e sistematizado a ser aplicado necessariamente pelo juiz.³

A questão de fato vem concebida de maneira similar, ou seja, o conhecimento direto do fato é possível com caracteres de certeza. Uma vez determinadas as premissas de fato e de Direito, o momento final da decisão é alcançado por uma operação que submete o fato ao Direito. Frente a uma premissa de fato, que constitui *specie* do *genus* regulado por uma norma jurídica, a decisão é consequência automática da relação de gênero e espécie, e está aí, de maneira implícita, o modo no qual foram formuladas as premissas de *factum* e de *jus*, em que se apóia a racionalidade da legislação.⁴

O processo multifacetário do conhecimento é realizado pela observação dos fatos na função qualificadora da própria norma jurídica que os molda e lhes atribui efeitos. A revelação da estrutura lógica, sua análise como sistema, em conjunto com nexos de seus conceitos-componentes de determinantes, tem um alto significado que é denominado de *método técnico-jurídico*.⁵

³ Victoria Iturralde Sesma. *Aplicación de la decisión judicial*. Valencia: Tirant lo blanch, 2003. p. 18. Karl Engisch. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. Claude du Pasquier. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*. Neuchatel: Delachaux & Niestlé, 1979. p. 181. Frederick Schauer. *Las reglas en juego*. Trad. Claudina Orunesu e Jorge L. Rodriguez. Madri: Marcial Pons, 2004. p. 34. Leonor Moral Soriano. *El precedente judicial*. Madri: Marcial Pons, 2002. p. 19. Rupert Cross. J.W. Harris. *El precedente en el Derecho inglés*. Trad. Maria Angélica Pulido. Madri: Marcial Pops, 2012. p. 36. Claude du Pasquier. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*. 4ª ed. Neuchatel: Delachaux et Niestlé, 1972. p. 127. Yves Le Roy. Marie-Bernadette Schoenenberger. Genebra: Bruylant, 2002. p. 299. António Castanheira Neves. *Questão de facto, questão de direito, ou, o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967. p. 26.

⁴ Michele Taruffo. *La motivazione della sentenza civile*. Pádua: Cedam, 1970. p. 168. Renato Giordano. *La motivazione della sentenza e l'istituto del dissenso nella pratica della Corte Suprema degli Stati Uniti*. Nápoles: Eugenio Jovene, 1950. Benedetto Pellingra. *La motivazione della sentenza penale*. Milão: Giuffrè, 1974. p. 15.

⁵ José Frederico Marques. *Manual de direito processual civil*. v. I. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 11. *Metodologia giurídica nel secolo XIX*. Trad. P. L. Lucchini. Milão: Giuffrè, 1974. p. 133. Alessandro Groppali. *Doutrina do Estado*. Trad. Paulo Edmur de Souza Queiroz. São Paulo: Saraiva, 1953. p. 43. Giuseppe Maggiore. *Arturo Rocco e il método técnico-giurídico in Studi in memória di Arturo Rocco*. v. 1. Milão Giuffrè, 1952. p. 3. Jean Brethe de la Gressaye e Marcel Laborde-Lacoste. *Introduction générale a l'étude do droit*. Paris: Recueil Sirey, 1947. p. 135. Alf Ross. *Sobre el derecho y la justicia*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Editorial Universitária de Buenos Aires, 1963. p. 211.

Manteremos o ponto de vista de que dois são os métodos do papel cognoscitivo contemporâneo pelo juiz:

- a) subsunção;
- b) analógico.

Aquilo que se convencionou denominar de método técnico-jurídico melhor exprime a técnica da subsunção. A elaboração de um silogismo judiciário, ao proferir uma sentença, adota um juízo que toma a premissa maior como a lei, a premissa menor como fato. A conclusão seria a premissa extraída do cálculo sentencial, ao qual a subsunção é associada.⁶

O processo de formação da sentença se verifica sobre realidades essencialmente diferentes: de uma, a norma abstrata, impessoal e objetiva; de outra, a situação particular de cada uma das partes; e, finalmente, uma análise da relação por meio do mundo intelectual ou moral do juiz. Em suma: trata-se de uma operação lógica *sui generis*, em que a determinação da vontade concreta da lei há de ser feita por um homem dotado de pensamento e vontade. É dizer, um ser que pode moderar a força e o rigor da lei, “interpretando”, segundo seu alvedrio, o sentido e alcance da norma geral que se aplica ao caso concreto.⁷

E nesse labor de *aplicação do Direito ao fato* (juristas italianos) ou de *subsunção do fato específico à norma* (juristas alemães), às vezes o juiz encontra verdadeiras dificuldades, sobretudo se a norma parece deixar a decisão ao seu próprio critério. Então, terá que ser acudido pelo auxílio de uma série de critérios (gramaticais, morais, econômicos, políticos, lógicos, técnicos, históricos, teleológicos), todos os quais, a sua vez, tenderiam a passar pela peneira subjetiva de seus próprio conceitos e preconceitos desses critérios; mas, sempre, inspirado no dever de buscar o que signifique na sociedade em que vive, aquela palavra ou frase usada pelo legislador.⁸

⁶ Karl English. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. Claude du Paquier. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*. Neuchatel: Delachaux & Niestlé, 1979. p. 126. Jean Brethe de la Gressaye e Marcel Laborde-Lacoste. *Introduction générale à l'étude du droit*. Paris: Recueil Sirey, 1947. p. 135.

⁷ Fernando Alvarez Tabio. *El proceso contencioso-administrativo*. Havana: Martí, 1954. p. 190. Claude du Paquier. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*. Neuchatel: Delachaux et Niestlé, 1979. 4ª ed. p. 181.

⁸ Cf. Fernando Alvarez Tabio. *op. cit.* p. 191. Cf. Hélio Bastos Tornaghi. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 1974. p. 37. Claude du Paquier. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*. Neuchatel: Delachaux & Niestlé, 1979. p. 126.

O *Common Law* oferece argumentos tipicamente historicistas na fundamentação de validade do Direito, remetendo para a sabedoria coletiva, plasmada nas práticas da comunidade, que são identificáveis como “Direito”: o Direito é o repositório da tradição e, como tal, a sua determinação só é possível mediante a participação nas práticas e tradições da vida em comum da coletividade, ou seja, mediante a assunção daquilo que, em linguagem hermenêutica, denominaríamos de ponto de vista radicalmente “interno”, o ponto de vista do “participante”. Uma síntese melhor traduzirá essas premissas: “um precedente nada mais é do que um costume autenticado”.⁹

No entendimento primitivo da teoria do *Common Law*, o tipo de racionalidade da argumentação jurídica consistiria em uma racionalidade relacionada ao *particular*, é inseparável da peculiaridade das situações *sub judice*, a resolver pelo Direito. O pensamento jurídico não seria, assim, indutivo, nem dedutivo, mas, sim, analógico, argumentando de um particular a outro particular e refletindo.¹⁰

Ao se fazer uma análise dos elementos estruturais das duas concepções, caberia sublinhar que o pensamento de Schmitt na obra *Lei e juízo* é de formação complexa e multifacetária. Para compreender como se chegou a tal afirmação, devemos ter em conta que Carl Schmitt usa todos os aspectos da vida jurídica, independentemente de forma de aplicação ou de família jurídica. A formação complexa e multifacetária que o livro traduz, precisamente por dominar a complexidade dos fenômenos presentes no *Common Law* e no *Civil Law* (romano-germânico), cumpre, então, enfrentar a seguinte indagação: estaria Schmitt a propor uma terceira técnica?¹¹

⁹ James Coolidge Carter assim o declarou enfaticamente. Cf. Edgar Bodenheimer. *Ciência do direito*. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 21. Oliver Wendell Holmes. *O direito comum As origens do direito anglo-americano*. Trad. J. L. Melo. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967. *passim*. José Lamego. *Hermenêutica e Jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 1990. p. 36. Consuelo Sirvent Gutiérrez. *Sistemas jurídicos contemporâneos*. 12ª ed. México: Porrúa, 2010. *passim*. Arturo Jaime Lan Arreondo. *Sistemas jurídicos*. México: Oxford, 2007. *passim*. Guillermo F. Margadant. *Panorama de la historia universal del derecho*. México: Miguel Ángel Porrúa, 2007. p. 409. Pedro Lafont Planetta. *Manual de derecho privado contemporáneo*. Parte General. Bogotá: Librería Ediciones del profesional Ltda., 2006. p. 18.

¹⁰ José Lamego. *Hermenêutica e Jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 1990. p. 36. Isabel Lifante Vidal. *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999. p.

¹¹ *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*. Berlin: Verlag von Otto Liebmann, 1912. p. 71. Gianluca Bonaiuti. Vittore Collina. *Storia delle dottrine politiche*. Florença: Le Monnier, 2014. p. 257.

Correspondem a esse duplo caráter as afirmações nas quais as decisões mencionadas por Schmitt são produto de uma época, e ali a família era inequivocamente romano-germânica. E examinadas de um ângulo qualitativo, não encontram divergências com a técnica do *Common Law*. O raciocínio de Schmitt parece muito mais dedicado a aperfeiçoar as condições para se chegar a ideia objetiva do raciocínio correto da sentença, do que conquistar o desenvolvimento de uma racionalidade decisória repleta de subjetivismos. E, mais do que isso, com o aproveitamento da experiência de ambos os sistemas, a despeito da divergência de cultura e aptidão, seria conveniente buscar uma solução unicompreensiva, sem soluções que rompam com as famílias dos sistemas jurídicos. Cada tipo, aliás, explicaria, à sua maneira, os aspectos tratados por Schmitt. Para aclarar o problema, tanto um quanto outro poderia sustentar aspectos que não sejam fundados no *precedente* (*Common Law*) e na *lei* (*Civil Law*, ou seja, no Sistema romano-germânico), e encontrar um ponto de convergência, por exemplo (ou unicamente), nas decisões de *equidade*. Ainda assim, mesmo resultantes de um juízo de equidade, tais decisões (corretas), nos moldes propostos por Carl Schmitt, não seriam afastadas, e encontrariam a mesma solução, pois tanto no Código Napoleão, por exemplo, quanto no período seguinte, no Código Civil Alemão, não se pôs em discussão a racionalidade da decisão de equidade, mas, sim, a fórmula que parece não deixar de repetir a posição de Schmitt: a decisão correta é a que um outro juiz decidiria de igual modo.¹²

Ao proclamar o primado da *razão política* e da *autoridade*, Carl Schmitt estava muito mais preocupado com a noção de *decisão*, do que de *decisão judicial*, na medida em que ele parece concebê-la no seu aspecto exclusivamente judicial. É que uma expressão mais precisa exigiria um termo particular ao Direito Judicial como a palavra *sentença*, muito mais direta e específica, a expressar um pretense significado judicial às discussões. Se não incorporamos essa visão exclusiva, é porque o Decisionismo é

¹² *Gesetz und urteil*, p.71. Caio Mario da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. v. I., 23ª ed. p. 552. R. Carré de Malberg. *Teoría general del Estado*. Trad. José Lión Depetre. México: Fondo de Cultura Económica, 2001. Victoria Iturralde Sesma. *Aplicación de la decisión judicial*. Valencia: Tirant lo blanch, 2003. p. 18. Sobre a equidade no Código Civil Francês. cf. Henri Mazeaud, Leon Mazeaud e Jean Mazeaud. *Leçons de droit civil*. T. I. 4ª ed. Paris: Montchrestien, 1970. p. 12. Sobre o Código Civil Alemão cf. Paul Oertmann. *Introducción al derecho civil*. Trad. Luis Sancho Seral. Barcelona: Labor, 1933. p. 17. Victoria Iturralde Sesma. *El precedente en el common law*. Madri: Civitas, 1995. p. 22.

muito mais do que uma manifestação judicial: é a própria manifestação do Estado, do qual a sentença seria um de seus instrumentos de poder.¹³

Para a aplicação da ideia do poder da autoridade de ditar decisões, haveria de se indagar se algum tipo de precariedade macularia essa percepção, por exemplo, na eventual circunstância de ser a sentença injusta, e, por conseguinte, a autoridade que a produziu teria resultado um ato ilícito. Essa crítica põe em xeque o Decisionismo, pois a sentença injusta abalaria o fundamento teórico do Decisionismo. Para Schmitt, a força propulsora do Decisionismo encontra sua interconexão, sua interpenetração, ao analisar as formas específicas de uma decisão correta no plano judicial já num primeiro impulso: a decisão correta é a que estivesse em consonância com outra decisão, ou seja, uma decisão judicial é correta se se admitir que um outro juiz teria decidido do mesmo modo. Uma racionalidade geral em detrimento de uma racionalidade específica, uma racionalidade externa em detrimento da interna, o Direito em detrimento do justo.¹⁴

A unidade homogênea de uma decisão, assim entendida como ato de uma decisão, marca, na teoria de Schmitt, a maneira intrínseca e essencial da solução concreta do problema da convivência humana, sem incorrer nos riscos de ruptura da homogeneidade, que é o traço inequívoco do Estado liberal-burguês.¹⁵

¹³ José F. Lorca Navarrete. *Temas de teoría y filosofía del derecho*. Madri: Pirâmide. 1993. p. 222. Eduardo García Máynez. *Introducción al estudio del derecho*. 62ª ed. México: Porrúa, s/d. p. 47. Hugo D. Bertín; Juan Carlos Corbetta. *La noción de legitimidad en el concepto de lo político de Carl Schmitt*. Buenos Aires: Struhart & Cia., 1997. Gisele Silva Araújo; Rogerio Dultra dos Santos. *O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo kelseniano* in *Curso de Ciência Política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

¹⁴ *Gesetz und Urteil*. p. 71. Gisele Silva Araújo. Rogerio Dultra dos Santos. *O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo kelseniano* in *Curso de Ciência Política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Sobre a justiça como a finalidade do direito cf. Rudolf von Ihering. *A finalidade do direito*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

¹⁵ Carl Schmitt. *Teoría de la constitución*. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. Gisele Silva Araújo; Rogerio Dultra dos Santos. *O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo kelseniano* in *Curso de Ciência Política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Bernd Rüthers. *Carl Schmitt en el Tercer Reich*. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 81.

CRÍTICA ANTIUTILITARISTA À POLÍTICA JUDICIÁRIA RESTRITIVA DE JURISDIÇÃO

Antonio Oneildo Ferreira¹

INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário brasileiro enfrenta uma recrudescente crise em sua capacidade de responder efetivamente e com justiça às demandas pela boa aplicação do direito. Na medida em que o Estado detém o monopólio do uso legítimo da força – na consagrada conceituação de Max Weber² –, avoca para si a correspondente concentração do exercício da atividade jurisdicional, vedando-se, assim, a autotutela e a vingança privada por parte de seus cidadãos. A competência jurisdicional é aspecto imanente à soberania estatal em âmbito interno: desde a tradição juspositivista calcada no contratualismo de Thomas Hobbes,³ aprendemos que os indivíduos, a princípio imersos em um estado de natureza anárquico e apolítico, cedem (parcela de) sua liberdade anteriormente irrestrita em prol do soberano, este, sim, responsável pela guarida da paz social, pelo apaziguamento da guerra de todos contra todos. Ao autolimitar sua própria liberdade a fim de que os espaços individuais de liberdade coexistam harmonicamente, segundo uma “lei geral de liberdade” (tal é o princípio do direito kantiano, que perdura por longo tempo no imaginário compreensivo dos Estados liberais modernos), os sujeitos entendem-se como súditos de uma ordem de onde emanam as normas obrigatórias de conduta e copartícipes de uma comunidade pela qual regulam sua vida pelos meios do direito positivo. É acertado afirmar, nesse compasso, que o Estado também detém a reserva de jurisdição. Disso implica que o Estado não possui somente a *faculdade*

¹ Advogado. Diretor-Tesoureiro do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

² In: *A política como vocação*. Trad.: Maurício Tragtenberg. Brasília: Editora UnB, 2003.

³ In: *O Leviatã*. Trad.: Claudia Berliner. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

de dirimir os conflitos sociais com base em sua autoridade judicial, senão que possui o *dever* de fazê-lo, pelo simples motivo de vedar tal atribuição aos particulares.

Nada obstante, no contexto de uma sociedade cujas relações (sejam sociais, sejam políticas) são cada vez mais judicializadas, em que o Estado-juiz é chamado constantemente para exercer seu papel de pacificação e de estabilização de comportamentos segundo padrões normativos, conclamado a dizer o direito, naturalmente os órgãos judiciais sofrem de uma contundente saturação de sua capacidade instalada. A abertura normativa e abstrata à judicialização, a “promessa” de acesso à justiça, não tem sido acompanhada por um adequado e concreto aparelhamento das instituições públicas decisórias. Assistimos a vários fatores e circunstâncias que corroboram semelhante assertiva: a falta de investimento nas estruturas físicas, tecnológicas e na contratação/capacitação de servidores, incluindo-se serventuários da justiça, em geral, e os próprios magistrados; a inexistência e maleabilidade do sistema recursal e a deficiência de controle dos processos; a burocratização e a conseguinte lentidão do deslinde dos atos processuais etc. Esse contexto conturbado reacende a efervescência de argumentos de cunho utilitarista, que apelam para a máxima produtividade – em termos notadamente estatísticos – do sistema judicial, a qual, bem se sabe, costuma comprometer a qualidade das decisões judiciais e sua função primordial de justa pacificação dos conflitos sociais. Afinal, o compromisso dos tribunais é com a justiça ou com a eficiência?

1. POLÍTICA JUDICIÁRIA RESTRITIVA DE JURISDIÇÃO

Dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁴ são prova dessa realidade. Em 2014, o Poder Judiciário possuía um estoque de 70,8 milhões de processos, sendo que o total de processos baixados foi inferior ao de ingressados. Como consequência, a taxa de congestionamento naquele ano foi de 71,4%, com aumento de 0,8% em relação a 2013. Os casos pendentes crescem continuamente desde 2009 e não há qualquer perspectiva de que esse quadro mude espontaneamente. A culpa por

⁴ Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros> (p. 34). Acessado em: 30/03/2016.

esse imbróglio muitas das vezes é injustamente imputada ao trabalho dos profissionais da advocacia, quando da legítima interposição dos recursos conferidos pelo sistema processual em prol do patrocínio dos direitos de seus clientes. O combate à morosidade judicial não deve mirar a restrição do acesso ao devido processo legal, do duplo grau de jurisdição e das garantias recursais, sob o subterfúgio do truísmo de que os recursos quase sempre são meramente protelatórios.

Para lidar com o malsinado fenômeno da morosidade ocasionado pela saturação de sua capacidade instalada, o Poder Judiciário, sobretudo na figura dos tribunais superiores e dos Juizados Especiais, tem lançado mão de uma questionável *política judiciária restritiva de jurisdição*. Por meio desta, é criada uma série de óbices ao acesso integral à tutela jurisdicional. As causas acabam por ser coletivizadas conforme a categoria de demandas individuais repetitivas, concentrando-se a atenção nos julgamentos-paradigma, ao passo que se deixa em segundo plano os demais processos. A nomenclatura da “política de eficiência processual” abarca institutos como da repercussão geral e da súmula vinculante e, mais recentemente, do incidente de resolução de demandas repetitivas,⁵ inovação trazida pelo Novo Código de Processo Civil (NCPC: Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), cuja finalidade seria agrupar processos que ainda não tenham chegado aos tribunais superiores e uniformizar entendimentos de questões comuns. O referido instituto nega ao cidadão a possibilidade de ter seu processo analisado de forma individual e de acordo com as peculiaridades de cada situação jurídica e fática. Afinal, a aplicação da justiça e a consecução do ideal de imparcialidade pressupõem a análise atenta e detida sobre a singularidade de um único e irrepetível caso, para o qual, como leciona o Prof. Menelick de Carvalho Netto,⁶ há senão uma única decisão correta, devendo o juiz engajar-se no esforço de fornecer a melhor resposta àquele conflito trazido ao seu julgamento à luz da melhor interpretação do direito.

Convencionou-se denominar “jurisprudência defensiva” esse particular modo de gestão do ingresso e das condições de admissibilidade/

⁵ Arts. 976 e ss. *In verbis*: “Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”.

⁶ CARVALHO NETTO, Menelick de. “Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito”. In: *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte. Curso de Pós-Graduação em Direito da UFMG e Mandamentos. v. 3. mai./1999. pp. 473-486.

prosperidade de uma pretensão jurídica. Em crescente desenvolvimento desde a presidência do Ministro Nelson Jobim no Supremo Tribunal Federal (2004-2006), o termo jurisprudência defensiva não passa de uma rotulação eufemística de um dos aspectos do que venho chamando de política judiciária restritiva de jurisdição. Grosso modo, consiste em um conjunto de entendimentos sem amparo legal – sejam extralegais ou até mesmo *contra legem* – voltados a obstaculizar o exame do mérito dos recursos (principalmente dos recursos Extraordinário e Especial em sede cível) por meio da exacerbada rigidez conferida aos requisitos formais de admissibilidade recursal. O aborto prematuro desses recursos, plasmado no pretexto técnico-formalista, tem sido o caminho diuturnamente trilhado pelos julgadores para aliviar sua própria sobrecarga de trabalho, seguindo a máxima economicista de que seu tempo deve ser aproveitado na meditação sobre casos de maior relevância. Os tribunais acabam por criar novas condições restritivas, para além da lei – isto é, acabam por legislar –, que consistem em verdadeiras armadilhas para as partes e seus procuradores, os quais perdem de vista a segurança jurídica devido à imprevisibilidade de quais formas serão (absurdamente) exigidas a partir de um dado momento. A “Justiça” (entre aspas, pois nem sempre, e neste caso menos ainda, a instituição incumbida de aplicar o valor da justiça assim o faz) assim semeia o terreno de um campo opaco, vacilante, imprevisível, nos introduz em um mundo kafkiano onde não há possibilidade de antever seus procedimentos e de vislumbrar com clareza sua racionalidade.

A título exemplificativo, pode ser colacionada uma dúzia de situações em que se tem julgado inadmissível, por entendimento consolidado no STF ou no STJ, um recurso com base em formalismos extralegais ou contralegais: 1) recursos não assinados pelas partes ou pelos mandatários; 2) irregularidade na constituição do advogado; 3) carimbos borrados e ilegíveis por culpa das secretarias dos tribunais; 4) incorreção do preenchimento da guia de custas; 5) não reiteração do pedido de justiça gratuita; 6) ausência de peça essencial ao agravo; 7) ausência de comprovação do feriado local ou de motivo de suspensão do prazo na origem; 8) ausência de ratificação de recurso antes do termo inicial, punindo-se as partes que se adiantam ao juízo e colaboram com a celeridade; 9) consideração de intempestividade do recurso protocolado antes da publicação do acórdão; 10) não conhecimento dos recursos protocolados antes da decisão sobre

embargos de declaração, mesmo que a parte em questão não tenha proposto o embargo ou que o embargo não tenha modificado a sentença; 11) infungibilidade entre RE e REsp (Recursos Extraordinário e Especial); 12) não reconhecimento do chamado prequestionamento ficto.⁷

Todas essas práticas de política judiciária restritiva de jurisdição têm ocorrido à revelia do art. 13 do CPC de 1973, segundo o qual “*verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito*”. Muito embora seja pacífica a aplicação desse dispositivo aos processos oferecidos em primeira instância, o STF e o STJ têm incorrido em uma grave incoerência, afastando a aplicabilidade da mencionada regra aos processos que tramitam em instância recursal.⁸ Com o fito de combater essa prática em consolidação, o NCPC-2015 prevê normas literal e explicitamente contrárias à hiperbólica valorização das formalidades na ocasião do juízo de admissibilidade dos recursos nos tribunais. Podemos citar, sem pretensão de exaustividade, uma miríade de dispositivos que rechaçam visivelmente o formalismo até então exarado por nossos tribunais superiores: art. 76; art. 932, § único; art. 1029, §3º; art. 1007, §7º; art. 1024, §5º; arts. 1032 e 1033; art. 1025; art. 1017, §3º; art. 218, §4º; art. 1003, §§4º e 6º; art. 938, §1º.

Apesar dos avanços deflagrados pela novel legislação processual, a intolerável política judiciária restritiva de jurisdição prossegue com toda força, com supedâneo nos procedimentos rotineiros dos Juizados Especiais. Muitas das vezes, o pouco apreço dispensado pelo julgador às “pequenas causas” conflagra uma hipótese de cerceamento da devida prestação jurisdicional. Nas causas que enfrentam relações de consumo em massa – como aquelas que têm como litigantes, de um lado,

⁷ Conferir, por todos: MATTOS DO AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin; FREITAS DA SILVA, Fernando Moreira. “A jurisprudência defensiva dos tribunais superiores: a doutrina utilitarista mais viva que nunca”. Disponível em: www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=bbc9e48517c09067. SANTAROSA DE OLIVEIRA, Humberto. “STJ Resp 1.498.623: jurisprudência defensiva e ilusória evolução”. Disponível em: <http://portalprocessual.com/stj-resp-1-498-623-jurisprudencia-defensiva-e-ilusoria-evolucao/>. OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte et al. “A jurisprudência defensiva ainda pulsa no novo CPC”. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-set-06/jurisprudencia-defensiva-ainda-pulsa-codigo-processo-civil>. DUNLEY GOMES, Marco Andre; COLNAGO, Cláudio Santos. “A superação da jurisprudência defensiva”. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/a-superacao-da-jurisprudencia-defensiva>. STRECK, Lenio; DELFINO, Lúcio. “Recurso bom é recurso morto”. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-29/recurso-bom-recurso-morto-assim-pensam-tribunais>. Todos os arquivos foram acessados em 21/03/2016.

⁸ Ver BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 780441 AgR. Rel. Min. Roberto Barroso. DJ: 20.11.2013.

consumidores hipossuficientes e, de outro, grandes corporações dos ramos de telecomunicações e transportes, por exemplo – tem faltado às decisões judiciais a devida severidade diante de práticas abusivas reiteradas de empresas que lesam incansavelmente os cidadãos com serviços prestados de maneira deficitária. Sentenças sem caráter pedagógico contribuem para a replicação das práticas abusivas, enquanto sentenças brandas podem ser insignificantes tanto do ponto de vista financeiro quanto do ponto de vista da reputação das empresas, não servindo ao escopo de prevenção de ilegalidades, um dos fundamentos da imposição de sanções jurídicas.

Das decisões dos Juizados, deduz-se uma compreensão de que, frequentemente, deixa-se de condenar uma empresa sob o pretexto de que, em caso de condenação, se estaria fomentando a “indústria do dano moral”. Sucessivas condenações embasadas em danos morais dariam azo ao enriquecimento sem causa das partes pleiteantes. Então, muitas ações são julgadas improcedentes com o argumento de que naquele caso específico, em lugar de dano moral configurado, haveria somente mero aborrecimento, circunstância não ensejadora de reparação pecuniária. Entendo que o argumento da “indústria do dano moral”, aplicado em larga escala de modo a ignorar a profunda análise e a adequada consideração do dano moral alegado, trata-se de mais uma das faces da política judiciária restritiva de jurisdição.

Ademais, a simplificação procedimental dos Juizados pode favorecer a ocorrência de obscuridades na sentença que venham a dificultar a fundamentação de eventuais razões recursais futuras perante a própria Turma Recursal. A Lei 9.099/1995, que cria e regula os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, dispensa o relatório na sentença, a qual deverá mencionar apenas “*os elementos de convicção do juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência*” (...) (ver arts. 38 e 81, §3º). E ainda, conforme enunciado nº 125 do Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE), a orientação é de que: “*Nos juizados especiais, não são cabíveis embargos declaratórios contra acórdão ou súmula na hipótese do art. 46 da Lei nº 9.099/1995, com a finalidade exclusiva de prequestionamento, para fins de interposição de recurso extraordinário*” (XXI Encontro – Vitória/ES). Vê-se uma flagrante restrição às possibilidades de interposição de futuro RE perante o STF, o qual exige o requisito do prequestionamento. Aliás,

ao passo que “*é cabível Recurso Extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por Turma Recursal de Juizado Especial Cível e Criminal*”, como consigna a Súmula nº 640 do STF, o mesmo não se pode dizer a respeito do cabimento de REsp no STJ. A jurisprudência deste tribunal tem sido uníssona no sentido de que “*não cabe Recurso Especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais*” (*ipsis litteris*, Súmula nº 203-STJ). A denegação de apreciação recursal do Superior Tribunal se vale de uma incoerência identificada numa omissão textual da Constituição: o art. 105, III da Carta Magna prescreve que o STJ conhecerá de REsp contra decisão de *tribunal*, mas não reconhece às Turmas Recursais, *expressamente*, o caráter de tribunais, embora sejam órgãos colegiados que desempenham função análoga (ver art. 92-CF). A Constituição é anterior à Lei dos Juizados; logo, é evidente o motivo pelo qual não incluiu as Turmas Recursais no rol de tribunais, porquanto tratavam-se de órgãos até então inexistentes em nossa estrutura institucional. Uma hermenêutica que leve a sério o espírito da Constituição albergaria o inequívoco entendimento de que as Turmas Recursais dos Juizados Especiais, devido à função que desempenham no sistema judiciário recursal, devem ser equiparadas aos tribunais.

Uma tal visão do STJ denuncia o quão impregnada sua jurisprudência está pela política judiciária restritiva de jurisdição. Aproveitando-se oportunamente de um “*aguilhão semântico*”, os excelentíssimos ministros, empregando uma hermenêutica literal e nada sistemática, desincumbem-se do dever de julgar esse tipo de recurso e eximem-se da responsabilidade de uniformização das decisões judiciais à luz das leis federais – a função precípua da atividade do STJ em seara recursal.⁹ Acertada é a visão ampliativa e inclusiva do STF assentada no já retromencionado enunciado sumular. Afinal de contas, as decisões de todos os órgãos jurisdicionais do Estado – juízos singulares ou tribunais colegiados, comuns ou especiais, estaduais ou federais – devem ser uniformizadas, pois o Estado possui o dever de dizer o direito com integridade e coerência, derivado de seu

⁹ Nesse mesmo sentido a opinião de Luiz Cláudio Silva: “Seria uma incongruência jurídica não admitir que a Turma Recursal seja um tribunal de recurso, pois, apesar de sua composição por três juízes togados de primeiro grau, é a única instância recursal na estrutura dos órgãos jurisdicionais do Juizado Especial Criminal” (p. 95). In: SILVA, Luiz Cláudio. *Juizado Especial Criminal: Prática e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. Em que pese o parecer do autor ter sido proferido antes da Súmula 203 do STJ (datada de 2015), essa visão nos parece a mais acertada e alinhada com um sistema de direitos que garante o acesso à justiça.

dever mais geral de tratar a todos os cidadãos com igual consideração e respeito. Inadmissível que tribunais decidam questões semelhantes aplicando distintamente as mesmas leis e resolvendo-as em direções contrárias, pois, neste caso, o Estado deixaria de falar com uma só voz e, portanto, renunciaria ao imperativo de integridade gerado pelo princípio da igualdade. Uma entidade – e o Estado é uma entidade coletiva, a personificação do “nós” coletivo – não pode ser autora de decisões incoerentes e contraditórias em princípio.

2. CRÍTICA ANTITULITARISTA, À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, DA POLÍTICA JUDICIÁRIA RESTRITIVA DE JURISDIÇÃO

A filosofia utilitarista que a política judiciária restritiva de jurisdição transparece, baseada nos padrões de eficiência, rapidez e produtividade – padrões tipicamente pertencentes ao imaginário econômico – não é, como já bem demonstrou o eminente jusfilósofo estadunidense Ronald Dworkin, uma boa teoria dos direitos.¹⁰ Os mandamentos de produtividade incorporados pelos tribunais podem até causar uma (falsa) sensação de satisfação social, mas desafiam os direitos individuais das partes submetidas aos auspícios do Estado-juiz. Passemos ao cerne da crítica antiutilitarista da política restritiva de jurisdição.

Tomarei de empréstimo a teoria dos direitos de Ronald Dworkin como ponto de vista a partir do qual é possível levar adiante a promissora tarefa de entender o caráter garantista dos direitos fundamentais. Dworkin aduz que os direitos são *trunfos* das minorias com relação às majorias, barreiras que protegem os interesses fundamentais de um indivíduo confrontado com a vontade majoritária. Sem dúvida, a gênese liberal dos direitos individuais explicita sua função basilar: a garantia da liberdade do indivíduo com relação aos interesses e valores da coletividade e do Estado. Direitos e garantias fundamentais são dotados, pois, de caráter contramajoritário. Uma teoria utilitarista do direito conduziria a entendimento diametralmente oposto.

Por utilitarismo, Dworkin entende a abordagem moral, a respeito do que o direito deve ser, com base na qual considera-se justo aquilo que realiza o bem do maior número possível de pessoas, mesmo quando essa

¹⁰ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 2ª ed. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

realização sacrifica os interesses de algumas delas.¹¹ A maior felicidade possível para o maior número de pessoas é uma meta social que pode vir a conflitar com interesses fundamentais de determinados indivíduos ou grupos minoritários. A própria razão de existir dos direitos é sua potencial oponibilidade contra a maioria: a intuição de que os indivíduos possuem direitos *contra* o próprio Estado faz parte da teoria política em que repousam os Estados constitucionais modernos. Direitos e política situam-se em campos atravessados por interseções e sobreposições; no entanto, não raro encontram-se em situações de disputa. Se os direitos sempre cedessem diante da política perderiam sua própria conceitualidade: deixariam de ser direitos e seriam rebaixados ao estado de simples pretensão.

Na teoria de Dworkin,¹² políticas e princípios ocupam posições dicotômicas. *Políticas* são objetivos não individuados a serem alcançados por uma determinada comunidade, que a melhorariam em algum aspecto econômico, político ou social; exprimem-se através de metas sociais tendentes a aumentar o bem-estar da comunidade em geral. Argumentos de política são tendencialmente *utilitaristas*. *Princípios* são objetivos individuados que expressam demandas de justiça e exigências de moralidade, e referem-se à defesa da vida, da liberdade, da integridade, da dignidade, da propriedade ou do igual tratamento de um indivíduo determinado. Argumentos de princípio são tendencialmente *antiutilitaristas*. E direitos são questões de princípio. Políticas e princípios podem estar em relação de concorrência, sendo que os direitos devem prevalecer sempre contra uma decisão que, mesmo que aumente o bem-estar social, interfira negativamente na esfera de direitos fundamentais essencialmente protegida de um sujeito. Nesse sentido é que direitos podem ser encarados como trunfos contra metas sociais (e como antiutilitários), pois só devem ceder diante delas caso tais metas sejam de extrema urgência e relevância; do contrário, a desconsideração de um direito mediante a execução de uma política seria motivo suficiente para gerar grave reprovação.

O Poder Judiciário é o fórum dos princípios. Pelo fato de não serem diretamente eleitos pelo voto democrático, os juizes obtêm legitimidade apenas indireta. Em uma democracia, é sabido que todo poder emana do povo – como nossa Constituição faz questão de ressaltar, em seu art. 1º,

¹¹ Ibidem, “Introdução”, pp. VII-XV.

¹² Ibidem., p. 36, pp. 129-130.

parágrafo único – e é exercido, nas democracias representativas modernas, por representantes eleitos que atuarão em parlamentos como mandatários da vontade popular. Juízes, pelo contrário, não estão idealmente sujeitos à volátil e passional vontade popular, como, aliás, decorre do próprio ideal de imparcialidade das instituições judiciais que interpretam o direito; porém, o Poder Judiciário, como qualquer outra instituição pública, jaz vinculado ao princípio da soberania do povo.

Ao decidir com base nos princípios constitucionais e nas leis promulgadas pelo Congresso Nacional, os juízes reafirmam a soberania popular. O exercício de fundamentação das decisões judiciais legitima a elas próprias perante as partes envolvidas no processo e perante a sociedade: a partir da correta fundamentação, a sociedade poderá crer que o juiz está cumprindo fielmente seu papel de decidir em conformidade com o direito e os jurisdicionados terão legítimos motivos para cumprir aquela decisão, motivos mais fortes que a mera imposição da força coercitiva do Poder Público. Especialmente por isso, decisões judiciais devem sempre ser tomadas com base em princípios (em interpretações sobre quais direitos e quais obrigações temos), nunca em políticas de gerenciamento e maximização de resultados. O Judiciário, diferentemente do Legislativo – eleito pelos cidadãos e sujeito à obrigação de responsividade e ao mecanismo de *accountability*¹³ – não tem legitimação especial para decidir com fulcro em argumentos de política. Estes devem ficar adstritos às instituições democráticas eleitas, ao governo em sentido estrito. Caso contrário, teríamos um Judiciário ilegítimo e autoritário, pois indomável pelos instrumentos de controle social.

Em uma democracia, o Poder Judiciário não pertence à magistratura: os juízes desempenham função pública, e, por essa mesma razão, não podem dispor da *obrigatoriedade* de prestar a tutela jurisdicional justa e adequada, a qual se trata de dever vinculado à soberania popular. Os juízes não podem dispor da jurisdição, antes *devem* julgar os casos que lhes são desafiados à luz da melhor interpretação do direito vigente. E cada

¹³ A *accountability* ocorre quando os representantes políticos escolhem empreender políticas que estão no interesse de seus eleitores, e em decorrência terão probabilidade de serem reeleitos. As eleições servem ao propósito de avaliação dos atos passados dos governantes, pela qual os eleitores aprovam ou rejeitam um certo candidato, reelegendo-o ou não. É uma avaliação retroativa do governo. Conferir: “Elections and representation”. In: MANIN, Bernard; STOKES, Susan C.; PRZEWORSKI, Adam. *Democracy, accountability and representation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

caso acarreta um determinado nível de complexidade, interpelando o juiz a debruçar-se sobre o desiderato de trazer a (única) decisão correta, a saber, aquela mais consentânea com o conjunto de princípios e regras constitucionais interpretados de forma íntegra, coerente e moralmente responsável.

Seguindo o magistério dos eminentes processualistas Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, o acesso à justiça que se ambiciona não é o mero ingressar com uma demanda judicial, mas o *acesso à ordem jurídica justa*, a uma solução que faça justiça aos participantes envolvidos no processo.¹⁴ Não basta que o Estado apenas se abra para o direito de ação; é necessária uma tutela jurisdicional adequada.¹⁵ Nesse sentido, acompanhamos o balizado entendimento de Fredie Didier Jr.:

É preciso, porém, fazer uma reflexão como contraponto. Bem pensadas as coisas, conquistou-se, ao longo da história, um direito à demora na solução dos conflitos. A partir do momento em que se reconhece a existência de um direito fundamental ao processo, está-se reconhecendo, implicitamente, o direito de que a solução do conflito deve cumprir, necessariamente, uma série de atos obrigatórios, que compõem o conteúdo mínimo do devido processo legal. A exigência do contraditório, o direito à produção de provas e aos recursos, certamente, atravancam a celeridade, mas são garantias que não podem ser desconsideradas ou minimizadas. É preciso fazer o alerta, para evitar discursos autoritários, que pregam a celeridade como valor insuperável. Os processos da Inquisição poderiam ser rápidos. Não parece, porém, que se sente saudade deles.¹⁶

A política judiciária restritiva de jurisdição indubitavelmente reveste-se desse tipo de discurso autoritário que faz apologia da celeridade como valor absoluto. A celeridade deve ser um valor sempre a serviço da tutela jurisdicional adequada, de uma prestação justa e reverente às garantias do devido processo legal. O atropelo do devido processo operacionalizado por essas políticas, ao desconsiderar garantias fundamentais de recurso sob o pretexto das hiperbólicas formalidades técnico-procedimentais, merece ampla e contundente reprovação da comunidade jurídica.

¹⁴ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 39.

¹⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p. 91.

¹⁶ *Ibidem*, p. 55.

Argumenta-se que uma política judiciária restritiva de jurisdição promoveria o princípio da duração razoável do processo e conduziria a eficiência ao status de parâmetro de consecução da justiça. Mas, em contrapartida, a maior receptividade e resolução quantitativa de processos poderia comprometer a qualidade das decisões judiciais, tornando-se ela mesma um fator restritivo não apenas de acesso à jurisdição, como também de direitos – no caso, do direito fundamental a uma tutela judicial justa e adequada. A política judiciária restritiva de jurisdição torna as normas constitucionais ineficazes, daí ser lícito afirmar que ela se trata, igualmente, de uma *política judiciária restritiva de direitos constitucionais*. A criação de requisitos *contra legem* é inconstitucional. Nem mesmo um argumento utilitário, segundo o qual o julgamento do maior número de demandas no mais curto espaço de tempo causaria mais bem-estar, felicidade ou satisfação social, pode ser capaz, em um Estado democrático de direito regido por uma constituição e inspirado pelo ideal de justiça social, de esmagar os direitos individuais de cada cidadão. Cada cidadão de uma comunidade política, afinal, deve ser tratado com igual respeito e com insuspeita dignidade pelas instituições.

Uma comunidade política legítima deve preocupar-se com o destino de cada um de seus membros. E o utilitarismo presente na política judiciária restritiva de jurisdição causa somente um sentimento imediato de felicidade geral nos julgadores – sentimento arraigado no senso comum, mas que não é comungado pelos jurisdicionados, os quais têm suas pretensões jurídicas frustradas. O Judiciário projeta na sociedade a impressão de que os órgãos judiciais são céleres e eficientes. Mas se trata de um sentimento equivocado e inverossímil: instituições que produzem resultados injustos jamais poderiam ser contempladas com o predicado de eficientes. Lanço novamente a indagação propulsora destas reflexões: afinal de contas, o compromisso selado pelo Poder Judiciário, investido de suas atribuições constitucionais, é com a justiça na aplicação do direito ou com a (mera) eficiência estatística?

OS CONTRATOS DE DERIVATIVOS E A INAPLICABILIDADE DA REVISÃO OU RESOLUÇÃO POR EXCESSIVA ONEROSIDADE

*Daniel Sivieri Arruda - Mestrando em Direito da Regulação pela
FGV/RJ. Advogado²*

Resumo: O desenvolvimento do mercado financeiro e de capitais brasileiro vem sendo acompanhado pelo aumento das inovações financeiras e sua popularização entre as instituições participantes do mercado. O objetivo do presente artigo é apresentar a evolução do mercado de derivativos no Brasil, os principais contratos existentes e a inaplicabilidade da teoria da imprevisão aos derivativos, bem como os riscos que algumas interpretações podem ocasionar para as instituições participantes do mercado e o importante papel do regulador.

Palavras-chave: Contratos de Derivativos. Revisão e Resolução dos Contratos. Rebus sic stantibus. Teoria da imprevisão. Hedge. Onerosidade excessiva.

INTRODUÇÃO

O crescente desenvolvimento do mercado financeiro e de capitais brasileiro vem sendo acompanhado pelo aumento das inovações financeiras e sua popularização entre as instituições participantes do mercado. Conseqüentemente, a possibilidade de acréscimo no número de ações judiciais envolvendo derivativos nos traz a importância de estudo do tema. Muito embora esse desenvolvimento venha acontecendo, a

¹ Artigo Vencedor do X Concurso de Monografia CVM – BM&F Bovespa.

² arrudadani@gmail.com

crise econômica³ dos últimos anos também aumentou a ocorrência de discussões judiciais sobre os contratos de derivativos.

A utilização de tais instrumentos já está bastante difundida em mercados financeiros mais maduros, como o americano e europeu. Desta forma, a análise do sistema jurídico brasileiro é de suma importância para saber se o país está preparado para o crescimento dos mercados financeiros e de capitais que vem ocorrendo, ou se é necessário se adequar de uma melhor forma para os novos investimentos que o país espera receber nos próximos anos.

A abordagem do tema se faz determinante como forma de minimizar o chamado “risco legal”⁴ e para definir os institutos jurídicos envolvendo derivativos, ampliando os conhecimentos jurídicos sobre as questões que envolvem este tipo de contrato e as possíveis interpretações por parte do judiciário pátrio.

Sendo assim, podemos estabelecer que o objetivo do presente artigo é apresentar a evolução do mercado de derivativos no Brasil, os principais contratos existentes e a inaplicabilidade da teoria da imprevisão aos derivativos, bem como os riscos que algumas interpretações podem ocasionar para as instituições participantes do mercado e o importante papel do regulador.

A justificativa para o presente trabalho se pauta na demanda por respostas jurídicas aptas a compreender as crescentes inovações financeiras que vem ocorrendo nos últimos anos, sem comprometer a utilização dos derivativos e a segurança jurídica.

Como tais instrumentos estão sendo utilizados há pouco tempo, faz-se necessário o estudo das características jurídicas dos contratos como forma de acompanhar o crescente desenvolvimento desse mercado e, conseqüentemente, o possível aumento nas demandas judiciais envolvendo derivativos.

³ Crise do Subprime americano que teve como marco principal a quebra do Banco de Investimentos Lehman Brothers.

⁴ O risco legal está relacionado à inadequação do arcabouço legal ou regulamentar ou falhas na elaboração dos contratos, na forma de permitir o questionamento das obrigações. De acordo com Antônio Marcos Duarte o risco legal é “uma medida numérica da incerteza dos retornos de uma instituição caso seus contratos não possam ser legalmente amparados por falhas de representatividade por parte de um negociador, por documentação insuficiente, insolvência ou ilegalidade”. In DUARTE, Antônio Marcos Jr. *Global Risk Management com Visão Corporativa*. Revista Brasileira de Management / Case Studies, Rio de Janeiro, RJ, p. 14 - 17, 01 set. 1999.

O presente artigo será dividido em quatro partes, dentre os quais: 1 – o desenvolvimento do mercado de derivativos mostrando alguns contratos existentes; 2 – a revisão e resolução dos contratos e os demais institutos; 3 – aplicação da revisão e resolução nos contratos de derivativos; 4 – conclusão.

1 O DESENVOLVIMENTO DO MERCADO DE DERIVATIVOS

Os derivativos foram inicialmente criados como forma de proteção contra as oscilações de preços nos mercados de commodities agropecuárias e tiveram seu grande “boom” após a crise de Bretton Woods onde os estímulos ao surgimento de novos produtos ganharam força com a desregulamentação dos mercados e a liberalização dos mercados financeiros. Segundo Otavio Yazbek, “após a década de 1970 os produtos ganharam nova feição onde os derivativos passaram a permitir tanto a administração de diversos riscos, quanto estimularam o surgimento de novos, seja pela volatilidade dos mercados, seja pela sua complexidade”⁵.

É nesse sentido que se vivenciou diversos escândalos financeiros envolvendo a negociação de tais instrumentos derivativos, ocasionados, em grande parte, pela complexidade e sofisticação desses produtos, pelo desconhecimento de seu funcionamento por parte dos operadores em alguns casos, ou pelo apetite de risco dos contratantes.

Segundo Jeffrey L. Seltzer, administração de riscos de derivativos *have two major themes: knowledge and accountability* e deve ser aplicada na gestão de qualquer negócio envolvendo uma perspectiva responsável⁶. Ou seja, a utilização de tais contratos pode comprometer a saúde financeira de uma instituição, a existência de controles internos e o conhecimento profundo dos instrumentos são de suma importância para a administração dos riscos.

A negociação sem a devida responsabilidade ocasionou durante as últimas décadas inúmeros casos envolvendo a negociação de derivativos, como os

⁵ YAZBEK, Otavio. Regulação do Mercado Financeiro e de Capitais. Elsevier. 2º Ed. Rio de Janeiro, 2009.

⁶ SELTZER, Jeffrey L. Chapter One: A view for the top, the role of the Board of Directors and Senior Management in the Derivatives Business. In Derivatives Risk and Responsibility. The Complete Guide to Effective Derivatives Management and Decision Making. Robert A. Klein and Jess Lederman. 1966, page 4.

recentes casos da Vicunha Têxtil⁷ e Aracruz Celulose S.A.⁸, por exemplo, que tiveram perdas astronômicas ao se exporem excessivamente em derivativos cambiais e ocasionaram graves prejuízos aos seus acionistas e controladores.

Por este motivo a conceituação e o conhecimento específico dos contratos de derivativos faz-se necessária para evitar um aumento na insegurança jurídica e alavancar o desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro. É nesse sentido que o presente trabalho visa atingir como forma de mostrar os tipos de contratos existentes, os riscos que determinadas interpretações jurídicas podem gerar para as instituições participantes do mercado e o importante papel do regulador ao garantir a transparência das operações.

1.1 CONTRATOS DE DERIVATIVOS

1.1.1 Contratos a Termo

Os contratos a termo nada mais são do que uma operação de compra e venda de um determinado ativo para uma liquidação financeira em data futura. As partes negociam entre si o preço a ser pago e o prazo de liquidação do contrato, contando-se a partir da data de fechamento da operação, estando vinculadas até o seu final. Esse tipo de contrato é muito utilizado para redução de incertezas sobre o comportamento do preço futuro do ativo-objeto e tem como característica principal a inexistência de ajuste diário, o que faz com que a operação tenha um risco de crédito elevado⁹.

Nesse sentido, salienta Nelson Eizirik que:

algumas estratégias utilizadas pelos investidores ao recorrerem às operações a termo estão relacionadas ao interesse de (i) garantir o preço de algum tipo de ativo cuja cotação espera que varie; (ii) diversificar riscos, adquirindo diferentes ativos a termo; (iii) obter caixa rapidamente sem perder, por exemplo, a participação na

⁷ Segundo notícia veiculada no Portal Exame em 11/11/2008 a Vicunha Têxtil informou a perda de R\$70 milhões com derivativos cambiais e está brigando na Câmara de Arbitragem do Ciesp para impedir a cobrança de outra dívida. In: <http://portalexame.abril.com.br/ae/economia/vicunha-perde-r-70-mi-operacoes-derivativos-175442.shtml>> Acesso em 29/11/2009

⁸ A Aracruz Celulose S.A reportou prejuízo superior a US\$ 2 Bilhões com a contratação de derivativos cambiais segundo notícia veiculada no Portal Exame.

Disponível em: <<http://portalexame.abril.com.br/ae/economia/aracruz-liquida-derivativos-perda-chega-us-2-bi-166057.shtml>> Acesso em 29/11/2009.

⁹ PENTEADO, Fernando. A Empresa no Mundo Globalizado. Material Didático. FGV DireitoRio. Pag.27

companhia por meio da venda de ações à vista e da subsequente compra de tais papéis a termo; (iv) alavancar ganhos, já que a compra a termo confere ao investidor a possibilidade de adquirir uma quantidade de ativos superior à que sua disponibilidade financeira permitiria comprar à vista¹⁰.

Desta forma, podemos caracterizar o contrato a termo como um contrato futuro onde as características são definidas pelas próprias partes. Consequentemente, temos uma espécie de contrato com grande variabilidade o que gera uma limitação em sua negociação no mercado¹¹.

Dependendo do mercado em que é realizado o contrato a termo, tais como mercados organizados da BM&F ou mercados de balcão com o chamado contrato OTC (*over-the-counter*)¹², que no Brasil são registrados na CETIP, as garantias exigidas por cada instituição podem variar. De acordo com a BM&F:

O depósito de Garantias na Clearing de Derivativos deve ser efetuado em espécie - em dólares americanos, para investidores não-residentes, nos termos da Resolução 2.687, do CMN, e em moeda nacional para os demais participantes podendo ser substituído pelo depósito de outros ativos / instrumentos, a critério da Câmara. O rol de ativos passíveis de aceitação em substituição à moeda composto por: Títulos públicos federais nacionais; Títulos privados nacionais; Ouro ativo financeiro; Ações de empresas listadas na Bovespa e custodiadas na CBLIC; Cotas de fundos de investimento selecionados; Cartas de fiança bancária; Títulos de emissão do Tesouro norte americano; Outros ativos ou instrumentos financeiros¹³.

No caso dos contratos registrados na CETIP as garantias são estabelecidas pelas partes, mas na prática não há uma regra bem definida, podendo existir contratos que não estabelecem qualquer tipo de garantia. De certa forma, a inexistência de regras pode gerar grande insegurança para as partes.

¹⁰ EIZIRIK, Nelson; Gaal, Ariádna B.; Parente, Flávia; Henriques, Marcus de Freitas. Mercado de Capitais – regime jurídico. 2.ed. revisada e atualizada. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Pag. 214.

¹¹ PENTEADO, Fernando. A Empresa no Mundo Globalizado. Material Didático. FGV DireitoRio. Pag.27
12 Derivados OTC (over-the-counter), são contratos negociados fora de bolsa, diretamente entre as duas partes envolvidas, sem passar por qualquer intermediário. O mercado de derivativos OTC é substancial. De acordo com o BIS (Bank for International Settlements), no final de 2006 o montante nominal emitido nos mercados globais foi de 415 bilhões (1012) de USD, incluindo CDSs.. Retirado do site: http://www.thinkfn.com/wikibolsa/Derivado_OTC#Negoci.C3.A1veis_ao_balc.C3.A3o_.28OTC.29_ou_em_bolsa em 28/11/2009.

13 Retirado do site: http://www.bmfbovespa.com.br/shared/iframe.aspx?altura=400&idioma=pt-br&url=www.bmf.com.br/bmfbovespa/pages/boletim1/garantias_aceitas_derivativos.asp

1.1.2 Contratos Futuros

Os contratos futuros são instrumentos mais modernos do que os a termo e nasceram da tentativa de se criar mercados mais líquidos e com negociação em bolsa. Marco Aurélio Teixeira estabelece que:

o desenvolvimento do mercado futuro facilita a comercialização de produtos, reduzindo os efeitos da sazonalidade; permite a atração de capital de risco para o mercado, possibilitando o aumento de liquidez; outorga maior transparência à formação dos preços, pela concentração dos compradores e vendedores em um mesmo lócus e pelos mecanismos de divulgação de cotações: leva, de forma indireta, à redução dos preços dos bens, ao facultar aos produtores a transferência de riscos: permite a redução dos custos de financiamento para as atividades produtivas e leva à criação de mecanismos de armazenamento e disseminação de informações relevantes sobre o mercado¹⁴.

Por outro lado, apesar de ser também um contrato de compra e venda, só que na forma diferida, o contrato futuro apresenta certas particularidades com relação ao contrato a termo. Em primeiro lugar as partes contratantes não são diretamente vinculadas umas as outras, são intermediadas pela bolsa. Por essa razão podem sair da posição a qualquer momento sem exigir o mesmo de quem possui a posição contrária, podendo existir troca de posição; em segundo lugar nos contratos futuros ocorre a chamada “marcação a mercado” ou “ajuste diário”. Ou seja, diariamente o valor do contrato é ajustado, de modo que os lucros ou prejuízos do dia possam ser financeiramente liquidados. De acordo com Eizirik, após o encerramento da negociação, é calculado um ajuste sobre o valor dos contratos futuros, devendo, as partes contratantes, receber ou pagar, neste mesmo dia, o valor referente às perdas ou ganhos auferidos em suas posições a futuro¹⁵.

1.1.3 Os Swaps

O swap como bem salienta John Hull consiste em “acordos privados

¹⁴ TEIXEIRA, Marco Aurélio. Mercados Futuros: Fundamentos e Características Operacionais, Bolsa de Mercadorias & Futuros – BM&F, São Paulo. 1992, pag. 19.

¹⁵ ELZIRIK, Nelson; Gaal, Ariádna B.; Parente, Flávia; Henriques, Marcus de Freitas. Mercado de Capitais – regime jurídico. 2.ed. revisada e atualizada. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Pag. 216

entre duas instituições para a troca futura de fluxos de caixa, respeitada uma fórmula preestabelecida”¹⁶. Também são modalidades de contratos a termo, mas não baseada em uma compra e venda, e sim em uma troca.

Existem diversos tipos de swaps, sendo os mais comuns os de taxa de juros e de moedas. No primeiro tipo de swap, de taxa de juros, uma parte concorda em pagar uma taxa fixa sobre um determinado valor principal por um determinado período de tempo. Em troca, recebe juros a uma taxa flutuante pelo mesmo período de tempo. No caso dos swaps de moeda as partes do contrato convencionam em trocar juros em uma determinada moeda por juros em outra moeda, como forma de tentar reduzir seu risco cambial.

A legislação brasileira não tipifica o swap, fazendo com que seja tratado como contrato inominado. Desta forma, deve-se aplicar a regra geral de negócio jurídico e contratos, bem como as regras estabelecidas pelos órgãos reguladores.

1.1.4 Opções

De uma maneira geral as opções são operações onde uma determinada parte, denominada “titular” adquire, a título oneroso (pagamento de um prêmio), o direito de comprar da outra parte “lançador”, ou de a ela vender um determinado ativo, em uma data futura, por um preço prefixado (“preço de exercício” ou “*strike*”). Sendo assim, como saliente Yazbek, se for de interesse do adquirente, tendo em vista os preços do mercado à vista, exercer a opção, ele adquire ou vende o bem pelo preço inicialmente ajustado. Caso contrário, a opção “vira pó”, e ele perde o prêmio pago. Desta forma, podemos caracterizar as opção como de compra (*call*) ou de venda (*put*), americanas (com o exercício do direito até a data estabelecida) ou européias (com o exercício apenas naquela data)¹⁷.

O objetivo do mercado de opções, uma vez que o preço do ativo objeto está sujeito a flutuações nem sempre previsíveis, é oferecer aos

¹⁶ HULL, John. Introdução ao Mercado Futuro e de Opções, Bolsa de Mercadorias & Futuros. Cultura Editores Associados. São Paulo. 2ª Ed, 1995, pag 151.

¹⁷ YAZBEK, Otavio. Regulação do Mercado Financeiro e de Capitais. Elsevier. 2º Ed. Rio de Janeiro, 2009. Pag. 115.

investidores uma forma de proteção (*hedge*) contra possíveis prejuízos¹⁸. Ou seja, é mais um meio de proteção existente para os investidores, mas assim como todas as outras modalidades de contratos existentes o risco de negociação com opções é bastante elevado dada a flutuação no preço do ativo objeto no mercado à vista.

2 A REVISÃO E RESOLUÇÃO DOS CONTRATOS E OS DEMAIS INSTITUTOS

Passamos agora para a análise dos institutos jurídicos ligados a revisão e resolução dos contratos estabelecidos nos artigos 317 e 478 a 480 do Código Civil brasileiro, respectivamente, mas antes de iniciarmos o estudo faz-se necessário contextualizar os institutos jurídicos que deram origem a tais disposições legais como forma de trazer uma melhor interpretação sobre cada conceito estabelecido pelo nosso Código Civil.

O que podemos ter em mente é que a discussão sobre cada modalidade de revisão ou resolução dos contratos aflora no debate jurídico em tempos de crise, e ficam de certa forma quase esquecidas em períodos de estabilidade econômica. A própria aplicação da teoria da imprevisão ficou quase que esquecida do período que vai do início do Código de Napoleão até o advento da Primeira Guerra Mundial¹⁹. Nesta época, a regra do *pacta sunt servanda*, a qual estabelece que o contrato vincula as partes contratantes e traz a idéia de força obrigatória dos contratos, esteve fortemente presente.

Com o advento da Primeira Guerra Mundial e as conseqüências ocasionadas para a economia como um todo, ressurgem mecanismos de relativização da força obrigatória dos contratos como forma de reequilibrar as partes contratantes. Desta forma, podemos destacar o revigoreamento da cláusula *rebus sic stantibus* que, no Brasil, aparece sob uma nova roupagem, seja ela a da teoria da imprevisão²⁰.

¹⁸ EIZIRIK, Nelson; Gaal, Ariádna B.; Parente, Flávia; Henriques, Marcus de Freitas. Mercado de Capitais – regime jurídico. 2.ed. revisada e atualizada. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Pag. 218.

¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. Volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Forense. Rio de Janeiro. 2005. Pag. 285

²⁰ Idem.

2.1 A cláusula *rebus sic stantibus* e a teoria da imprevisão

A cláusula *rebus sic stantibus* tem sua origem histórica no Direito Canônico e como bem salienta Judith Martins-Costa foi elaborada por Giovanni d'Andréa e desenvolvida por Bártolo e Acursio e tem como concepção a noção de que o contrato permanece íntegro apenas quando não modificada, em sua fase de execução, a situação de recíproco sacrifício e benefício levada em consideração pelas partes no momento de sua conclusão. Desta forma, passou-se a entender que a subsistência de uma relação contratual depende das circunstâncias existentes ao concluir o contrato, que eram pressupostas e cuja variação não era previsível pelas partes²¹.

Após tal definição, delimitou-se o campo de atuação dessa concepção fazendo com que seus efeitos apenas atingissem os contratos de trato sucessivo, ou de execução continuada, em detrimento aos chamados contratos instantâneos. Sendo assim, e após a ocorrência da Primeira Guerra Mundial, a cláusula *rebus sic stantibus* apareceu com mais força nos contratos administrativos e nos contratos individuais, muito por causa da desvalorização monetária e da dificuldade de se precificar os ativos, fazendo com que a doutrina e o poder judiciário tivessem maior atenção para resolver os conflitos decorrentes de tais eventos como forma de reequilibrar as partes do negócio jurídico²².

No Brasil, muito embora exista uma grande divergência doutrinária sobre a adoção ou não da teoria da imprevisão na base como foi estabelecida pela doutrina francesa, tendo em vista a forte presença da doutrina italiana na origem do Código Civil de 2002, a teoria da imprevisão apareceu como uma construção jurisprudencial destacando-se as decisões também relacionadas aos contratos administrativos e de empreitada de obra pública²³.

Além disso, para que seja possível a aplicação da teoria da imprevisão é necessária à existência de três pressupostos, sendo eles a imprevisibilidade, a excepcionalidade do evento e o desequilíbrio entre as prestações. É subterfúgio dessa teoria a existência de uma modificação profunda da

²¹ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. Volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Forense. Rio de Janeiro. 2005. Pag. 286.

²² MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. Volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Forense. Rio de Janeiro. 2005. Pag. 287.

²³ Idem, pág. 289.

situação de fato e, como elemento decisivo, que essa alteração seja imprevisível. Desta forma, caso ocorra onerosidade da prestação, mesmo que significativa, mas sendo previsível pelas partes, não haverá fundamento para que o contrato possa ser revisado ou resolvido. Sendo assim, o requisito da imprevisibilidade restringe a aplicação da teoria, colocando à margem situações que seriam merecedoras de tutela²⁴.

Com isso, somente eventos considerados realmente imprevisíveis dariam ensejo para revisão ou resolução dos contratos. Ocorre que, no mundo moderno em que vivemos seria difícil caracterizar um evento realmente imprevisível, haja vista que tudo é de certa forma previsível. Por exemplo, não poderíamos caracterizar como imprevisível um terremoto, um tufão, ou uma desvalorização cambial. Numa economia capitalista, o contrato assume a função de previsão, pois os contratantes se obrigam com a intenção de fixar os valores mutuamente devidos. Ou seja, se a “imprevisibilidade é um fato que caracteriza a própria vida econômica, o contrato seria um instrumento de previsão”²⁵.

Sendo assim, podemos considerar a teoria da imprevisão como um desenvolvimento da cláusula *rebus sic stantibus*, mas de difícil aplicação nos dias de hoje tendo em vista a complicada caracterização de eventos realmente imprevisíveis.

2.2 A teoria da excessiva onerosidade

A teoria da excessiva onerosidade é uma variante da teoria da imprevisão e tem como referência histórica o surgimento do Código Civil Italiano de 1942, momento em que a teoria passou de fato a fazer parte da legislação, no que diz respeito à resolução dos contratos²⁶.

Apesar da teoria se remeter à resolução dos contratos, essa foi a matriz teórica que deu origem ao artigo 317 do Código Civil de 2002, que trata de revisão, bem como ao artigo 478, que trata de resolução dos contratos.

²⁴ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Direito das Obrigações. 9ed. Coimbra: Almedina, 2001. pág. 292.

²⁵ EL-GAMMAL, Mostapha Mohamed. L'Adaptation du Contrat aux Circonstances Économiques. Paris: LGDJ. 1967. pág. 230.

²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. Volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Forense. Rio de Janeiro. 2005. Pag. 297.

Ou seja, a inspiração deu origem aos institutos da revisão e resolução dos contratos por excessiva onerosidade da prestação²⁷.

Sendo assim, podemos considerar que o instituto da revisão e resolução dos contratos por excessiva onerosidade da prestação foi uma tentativa de relativização do conceito individualista que estava fortemente presente no final do século XIX, início do século XX. Desta maneira, considera-se o presente instituto uma verdadeira inovação com a finalidade de amenizar o conceito de impossibilidade absoluta da prestação, seja ela lógica, física ou jurídica, admitindo, ao mesmo tempo, “um conceito mais leve”, capaz de tornar a mesma norma mais eqüitativa e sensível aos anseios sociais²⁸.

Por estes motivos, a norma acabou sendo considerada uma exceção ao princípio da autonomia da vontade e sua configuração passou a estar intimamente ligada a uma considerável alteração entre as prestações, ocasionada por acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, que fazem com que o valor de uma prestação seja significativamente alterado²⁹.

Sendo assim, como bem salienta Laura Coradini Frantz, o fundamento do remédio da resolução do contrato por excessiva onerosidade pode ser reduzido a duas concepções, ou seja, uma subjetiva e outra objetiva. A primeira está baseada no pressuposto voluntarista para explicar a disciplina do contrato, estabelecendo uma relação com a cláusula *rebus sic stantibus*. Por outro lado, a teoria objetiva considera a causa do negócio jurídico, se baseando sobre um defeito funcional da troca ou equivalência econômica do contrato. Desta forma, tem como condão principal ultrapassar situações incompatíveis com a justiça comutativa, baseando-se no princípio basilar do negócio jurídico, o qual seja a boa-fé³⁰.

Desta maneira, vale ressaltar que, a teoria da excessiva onerosidade da prestação só incide em contratos cujas prestações estejam indissolúvelmente ligadas umas as outras, existindo um verdadeiro nexo lógico entre cada uma delas. Ou seja, a ocorrência de uma verdadeira

²⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. Volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Forense. Rio de Janeiro. 2005. Pag. 298.

²⁸ FRANTZ, Laura Coradini. Revisão dos contratos: elementos para sua construção dogmática. 1ed. Saraiva. São Paulo, 2007. pág.68.

²⁹ idem.

³⁰ Idem.

reciprocidade, que consiste em uma interdependência entre as prestações que deve perdurar durante o desenvolvimento da relação contratual³¹.

Com relação aos requisitos para aplicação dos artigos 317 e 478 do Código Civil, podemos estabelecer como condição comum para aplicação desses institutos o desequilíbrio das prestações, seja em prol do credor ou do devedor, a imprevisibilidade, a inexistência de mora e a não-imputabilidade. Com relação ao primeiro requisito, afirma Judith Martins-Costa que:

*a idéia de desequilíbrio é sempre relacional a duas prestações diversas, supondo, pois, relações comutativas, enquanto a desproporção não supõe, necessariamente, a comutatividade, embora seja também uma noção relacional: é que pode haver uma desproporção na prestação considerando o momento de sua pactuação e o do pagamento*³².

Sendo assim, a falta de proporção pode prejudicar tanto credor, quanto devedor, dependendo de cada caso.

Já com relação à imprevisibilidade, o artigo 478 exige que a imprevisibilidade e a extraordinariedade do fato causador do desequilíbrio decorram de fatos extraordinários e imprevisíveis, ao contrário do que está regulado no artigo 317 que não exige a extraordinariedade. Desta maneira, somente as modificações que estão fora do campo previsto pelas partes poderá receber a tutela estabelecida em tais institutos³³.

Com relação à mora, o artigo 317 não menciona em nenhuma passagem qualquer exceção o que nos leva a regra geral estabelecida no artigo 399 de que o devedor em mora responde mesmo por impossibilidade decorrente de caso fortuito ou força maior³⁴. O que não pode ocorrer é utilização de tal abertura como benefício procrastinatório, prejudicando a outra parte da relação jurídica.

No que tange ao último requisito comum, o qual seja da não-imputabilidade, o que deve ficar claro é que o fato causador do

³¹ Idem.

³² MARTINS-COSTA, Judith. A Revisão dos Contratos no Código Civil Brasileiro. Revista Roma e América – Direito Romano Comune, Roma. V.16, 2003, pág. 136, nota 4.

³³ FRANTZ, Laura Coradini. Revisão dos contratos: elementos para sua construção dogmática. 1ed. Saraiva. São Paulo, 2007. pág.122.

³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. Volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Forense. Rio de Janeiro. 2005. Pag. 311.

desequilíbrio seja realmente “estranho” à parte que se beneficia da revisão ou resolução do contrato.

Com relação a condições específicas, o artigo 317 do Código Civil claramente evidencia que para invocar seu benefício a prestação tem que ser pecuniária, o que não poderia deixar de ser, tendo em vista que o próprio artigo estabelece que deve ser observado “o quanto possível, o valor real da prestação”. Já o artigo 478 apresenta a extrema vantagem para a outra parte contratante como requisito intrínseco para aplicação de seu instituto, onde exige-se que a outra parte obtenha ganhos excessivos com a ocorrência da onerosidade.

3. APLICAÇÃO DA REVISÃO E RESOLUÇÃO NOS CONTRATOS DE DERIVATIVOS

3.1 Breves considerações sobre as diferenças entre Hedge e Especulação

Entender a diferença entre *hedge* e *especulação* pode ser de suma importância para se estabelecer a natureza jurídica dos contratos de derivativos. Aparentemente, podemos verificar que a definição de cada termo é bastante simples. A especulação nada mais é do que uma assunção de riscos com perspectivas de ganhos no futuro. Por outro lado, o *hedge* pode ser considerado como uma ação para reduzir riscos. Ocorre que, apesar dos derivativos terem sido criados como instrumentos para se obter proteção, com o passar do tempo o que se verificou foi que, não necessariamente, sua utilização levava a uma verdadeira redução de riscos, dependendo da forma como contratados.

Existem diversas modalidades de *hedge* nos mercados de derivativos. Greg Beier destaca o *Straight hedge*, *Options hedge* e *Speculative hedge*, considerando como novas maneiras de se assumir riscos³⁵. Por outro lado, a utilização dos derivativos acabou por gerar grandes prejuízos para diversas empresas quando utilizados de forma incorreta e, na prática, se tornou mais uma forma de se obter lucros.

³⁵ BEIER, Greg. Chapter Three: A view for the top, the role of the Board of Directors and Senior Management in the Derivatives Business. In Derivatives Risk and Responsibility. The Complete Guide to Effective Derivatives Management and Decision Making. Robert A. Klein and Jess Lederman. 1966, page 29.

Desta maneira, o que de fato ocorre no mercado de capitais hoje em dia, após diversos episódios de desastres financeiros³⁶ gerados pelo mau uso dos derivativos, é o que Greg Beier chama de *The three Failures*. De acordo com o autor, existem três erros principais cometidos pelos gestores de riscos das instituições que podem ocasionar prejuízos astronômicos, que são; *knowledge, accountability e judgment failure*³⁷. Ou seja, ao se estudar os casos emblemáticos de perdas com derivativos chegou-se a conclusão de que, invariavelmente, esses conceitos foram esquecidos pelos gestores.

Para o autor, *knowledge* seria um erro fácil de corrigir, bastando que se colocassem pessoas que conhecessem profundamente o que são derivativos. Por outro lado, erro de *accountability* seria aquele onde os controles internos estão falhos, seja por não ter uma política de uso dos derivativos com o estabelecimento do grau de alavancagem que a instituição está proposta a correr ou como se precifica cada instrumento. Já *judgment failure* seria o erro mais devastador, pois está vinculado a tomada de decisão das instituições e a um erro de julgamento muitas vezes tomado fora da política de controle das operações e que podem levar a graves prejuízos³⁸.

Na verdade, o que se deve ter em mente é que o *hedge* constitui uma modalidade de utilização dos derivativos com intuito de se reduzir riscos. Já a especulação, nada mais é do que uma assunção de riscos com perspectivas de ganhos no futuro. Ou seja, ao se contratar um *hedge* busca-se uma proteção contra oscilações inesperadas nos preços de mercado de um determinado ativo. Caso uma operação não seja corretamente casada com o contrato que se deseja proteger, essa não pode ser considerada um *hedge*, seja derivada de um problema operacional ou porque o agente deliberadamente assumiu um risco maior do que o necessário.

Sendo assim, o que devemos ter em mente é que os instrumentos, na verdade, acabam por gerar mais riscos do que pode aparentemente parecer e esse risco está intimamente ligado na forma como os derivativos são utilizados.

³⁶ Metallgesellschaft AG, Condado de Orange, Garnite Partners, só para citar os mais emblemáticos, sendo que no Brasil tivemos os casos da Aracruz e Sadia.

³⁷ BEIER, Greg. Chapter Three: A view for the top, the role of the Board of Directors and Senior Management in the Derivatives Business. In *Derivatives Risk and Responsibility. The Complete Guide to Effective Derivatives Management and Decision Making*. Robert A. Klein and Jess Lederman. 1966, page 37.

³⁸ Idem.

Saber o que se quer realmente atingir e quais serão as conseqüências, caso as coisas não ocorram como o previsto, também é importante.

3.2 Natureza jurídica dos contratos de derivativos e a inaplicabilidade da revisão ou resolução por excessiva onerosidade

Saber que os contratos de derivativos não necessariamente trazem redução nos riscos de uma instituição é de suma importância para se caracterizar a natureza jurídica desse tipo de contrato, devido ao seu elemento principal, o risco. Ou seja, saber que esse fato está na essência do contrato é condição *sine qua non* para a definição de sua natureza.

Corroborando tal posicionamento, vejamos o que foi defendido pelo então relator-geral do projeto do novo Código Civil, Ricardo Fiúza, ao definir se os derivativos seriam ou não contratos relacionados ao jogo:

Os negócios de mercadorias, derivativos e futuros têm seu risco e a possibilidade sempre presente de um lado, alguém perder e noutro, alguém ganhar tal como ocorre nas Bolsas de Valores clássicas. E isso jamais foi considerado ilegal por constituir jogo ou aposta proibidos. Mutatis mutandis, é o que ocorre nos negócios de títulos de bolsas de mercadorias, derivados e futuros, supra citados, mesmo quando a venda não é feita e o negócio se desfaz pelo pagamento da diferença, no preço, pelo que perdeu³⁹.

No debate de construção do novo Código, chegou-se a conclusão de que os derivativos em nada tinham a ver com o jogo, considerado ilícito conforme o artigo 814 e 815, mas uma modalidade de negócio amplamente difundida no mundo em que o risco está intimamente ligado a sua natureza, e nem por isso seria ilegal. Desta maneira, considerou-se os derivativos como sendo uma verdadeira aposta baseadas em perspectivas futuras, estando perfeitamente adequado à legislação brasileira. E, não poderia ser diferente, tendo em vista os vultosos valores negociados a cada dia nos mercados financeiros mundiais, como os que são negociados na Bolsa de Mercadorias & Futuros (BM&F).

Não se tratando de um contrato ilegal relacionado ao jogo, podemos chegar à conclusão de que, na verdade, os contratos de derivativos são,

³⁹ Relatório Geral. Comissão Especial do Código Civil. Parecer final às emendas do Senado Federal feitas ao projeto de lei da Câmara dos Deputados nº 118 de 1984, que institui o Código Civil.

nada mais nada menos, que contratos aleatórios, tendo em vista a própria existência de risco (álea) em sua natureza. De acordo com Cáo Mário da Silva Pereira, são aleatórios os contratos em que a prestação de uma das partes não é precisamente conhecida, ficando dependente de um acontecimento futuro e incerto, onde basta que haja risco para apenas uma das partes contratantes para ser considerado aleatório⁴⁰. Ou seja, o risco é elemento essencial desta modalidade de contrato.

Apesar de a legislação italiana trazer claramente que a resolução por excessiva onerosidade não se aplica aos contratos aleatórios, o Código Civil de 2002 não estabelece tal normativo, sendo contrário, desta maneira, à sua fonte de inspiração. Com isso, como a legislação nacional não veda de forma clara a incidência da revisão ou resolução dos contratos aos derivativos, poderíamos ter uma brecha para aplicação do conceito.

É o que defende Laura Coradini Frantz, ao admitir a possibilidade de aplicação da onerosidade excessiva aos contratos aleatórios levando-se em conta qual a álea atingida. Segundo a autora, para se aplicar a excessiva onerosidade superveniente deve-se considerar a existência de três áleas. Se a álea atingida for a normal do negócio, a parte atingida deve suportar, pois o evento era previsível e esperado pelas partes. Se a álea atingida for a dita “estrutural” ou essencial do contrato, argumenta que não poderá ser utilizada a onerosidade excessiva, pois as partes perfectibilizaram os riscos de perdas para cada parte. Por outro lado, argumenta no sentido de aplicar a teoria nos casos de se atingir a álea anormal do contrato, devido a eventos alheios à vontade das partes e por elas não esperados, tornando-os desequilibrados. Corrobora ainda a aplicabilidade, ao enfatizar que a desvalorização monetária, não esperada pelas partes, em nada atinge a álea normal ou risco estrutural de um contrato aleatório, podendo ele ser revisado ou resolvido por excessiva onerosidade superveniente⁴¹.

No mesmo sentido, Nelson Borges define os três tipos de áleas em:

Natural**, comum a todos os pactos, em que os riscos são previsíveis, com soluções normatizadas; **outra de natureza extracontratual**, específica para a identificação de acontecimentos imprevisíveis, inteiramente alheios e diferenciados; e **uma terceira, determinada

⁴⁰ PEREIRA, Cáo Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro, Forense, 2006. Pag. 69.

⁴¹ FRANTZ, Laura Coradini. Revisão dos contratos: elementos para sua construção dogmática. 1ed. Saraiva. São Paulo, 2007. pág.164.

pela natureza “sui generis” da contratação, marcada pela dúvida, pela incerteza da contraprestação⁴².

Sendo assim, caracteriza situações que podem ser configuradas de acordo com cada álea:

Nestas três áleas – comum, incomum e aleatória – situações distintas podem ser configuradas: a) se, nessas contratações aleatórias, o acontecimento recair sobre a álea comum, de riscos previsíveis (não-pagamento de prestações, desobediência a cláusulas contratuais expressas), a própria lei prevê solução; b) se o fato incidente sobre a base negocial for imprevisível, não atingindo nem a álea “sui generis” do pacto aleatório, nem a normal, mas em plano de natureza extracontratual (distante do comum ou da dúvida que caracteriza a aleatoriedade, isto é, ocorrência efetiva e quando), não cabem dúvidas de que a doutrina da imprevisibilidade encontrará espaço; c) finalmente, se a prestação de uma das partes estiver caracterizada pela dúvida, incerteza, imprecisão (jogo, aposta, entrega de coisas futuras sujeitas a riscos, ou em litígio), identificadores do caráter aleatório da contratação, também a normatização já existente no estatuto privado sobre a espécie ditará as regras a serem seguidas.

Ainda sob o mesmo ângulo, Gustavo Tepedino afirma que o entendimento tradicional de que as partes não estão abarcadas por qualquer princípio de equilíbrio contratual ao se submeterem a incerteza gerada pela álea sobre a extensão das obrigações de cada parte, vem sofrendo fortes críticas. Segundo o autor, a falta de equivalência entre as prestações de um contrato não impede a apreciação de um certo equilíbrio contratual. Desta maneira, sob essa perspectiva, há espaço para a aplicação dos mecanismos regulatórios do equilíbrio contratual aos contratos aleatórios⁴³.

Ora, tal definição apresenta-se no mínimo equivocada em se tratando de contratos de derivativos. As partes ao pactuarem um contrato dessa natureza sabem efetivamente os riscos que estão presentes, e quais as conseqüências caso ocorram mudanças bruscas no mercado financeiro. É exatamente por isso e para evitar alegações de desconhecimento dos riscos que envolvem a contratação de derivativos, que se chegou a um modelo

⁴² BORGES, Nelson. A Teoria da Imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil, com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil. 1º Ed. São Paulo. Malheiros. 2002. Pag. 715.

⁴³ TEPEDINO, Gustavo; Barbosa, Heloisa Helena; Moraes, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República – vol. II. Rio de Janeiro. Renovar, 2006. Pag. 94.

padrão de contrato, o chamado Contrato Global de Derivativos (CGD) elaborado a partir do modelo sugerido pelo ISDA⁴⁴. Nesse modelo estão estabelecidas as regras de garantias, pagamento, nível de alavancagem ou vencimento antecipado, por exemplo, como forma de demonstrar para ambas as partes os riscos dessas operações. Desta forma, seria extremamente difícil argumentar desconhecimento dos riscos.

Nesse mesmo sentido, não há como se argumentar que uma variação monetária, ou qualquer outro acontecimento, seja considerado um evento imprevisível. No mundo globalizado de hoje nada pode ser considerado imprevisível ou extraordinário, tudo já está, de certa forma, pactuado no contrato. Uma empresa, ao avaliar novos investimentos em um determinado projeto considera todos os riscos que estão envolvidos, sejam eles políticos, econômicos, naturais ou legais. Ou seja, qualquer evento que poderia ser considerado imprevisível, está previsto no contrato. Sendo assim, não há que se falar em aplicabilidade da excessiva onerosidade superveniente aos contratos de derivativos.

Por outro lado, o posicionamento poderia ser diferente ao se analisar a natureza da parte contratante, não sendo ela uma empresa acostumada a praticar operações no mercado financeiro ou um investidor qualificado⁴⁵. Poder-se-ia argumentar desconhecimento dos riscos caso o contratante seja um consumidor que de fato o desconheça, apesar da dificuldade de aplicar tal interpretação, na prática.

Nesse caso, importante apresentar as palavras de Eduardo Salomão Neto ao apresentar situação em que erroneamente foi apresentado para o consumidor instrumento diverso do que ele pretendia, mas na forma de derivativo:

Nesse caso, deve prevalecer a situação subjetiva do consumidor: em se tratando de uma sociedade empresarial sofisticada, cuja experiência indicaria conhecimento dos riscos, não deve haver responsabilidade, pois nesse caso a oferta da operação conteve as informações básicas que, somadas à experiência do próprio cliente, bastariam para deixar claros os riscos. Cumpridos ficariam, portanto, os requisitos dos artigos 20 e 31 do

⁴⁴ International Swaps and Derivatives Association, Inc.

⁴⁵ Pessoas físicas ou jurídicas que possuam investimentos financeiros em valor superior a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) e que, adicionalmente, atestem por escrito sua condição de investidor qualificado mediante termo próprio. Artigo 109 da Instrução CVM nº 409/04.

CDC. Teste mais rigoroso terá de ser aplicado em favor de clientes menos experiente, em relação ao qual não se possa na situação concreta supor conhecimento dos riscos da operação.⁴⁶

Caso a parte contratante seja uma empresa com experiência na negociação de derivativos ou um investidor qualificado, a adoção de tal posicionamento seria uma incrível fonte de risco legal e traria uma grande insegurança jurídica para o mercado de capitais brasileiro, fazendo com que a parte prejudica, após graves perdas, sendo essas assumidas por ambas, possa discutir judicialmente o contrato, caso ocorram eventos que alterem os níveis de preços do mercado, perfeitamente possível nos dias atuais, como na recente crise do subprime americano.

Na verdade, a discussão deve passar pela forma como são vendidos esses tipos de contratos. Não se pode vender um contrato extremamente complexo para um investidor que não tenha esse perfil. O que ocorreu no passado, como nos casos de *leasing* de veículo, foi muito mais um problema de *suitability*⁴⁷ que fizeram com que fossem vendidos produtos atrelados à taxa de câmbio, sem que se soubesse exatamente o que estava sendo feito. Criou-se um produto complexo e passou-se a negociar esse tipo de contrato indiscriminadamente, sem se preocupar com o perfil de cada cliente.

É exatamente nesse sentido que vem trabalhando o sistema de auto-regulação dos Bancos, através da ANBID⁴⁸, ao elaborar o Parecer de Orientação nº 04⁴⁹ sobre os procedimentos que devem ser adotados pelas instituições de Private Banking. Este parecer estabelece a necessidade de se elaborar procedimentos internos para avaliar a adequação (*suitability*) dos investimentos oferecidos para cada cliente.

⁴⁶ SALOMÃO NETO, Eduardo. Direito Bancário. 1ed. 2.reimpr. São Paulo: Atlas, 2007. Pag. 358.

⁴⁷ Necessidade de se verificar a adequação dos investimentos recomendados para cada tipo de cliente. Cliente sofisticado pode contratar produto sofisticado, cliente menos sofisticado contrata produto menos sofisticado. Deve-se avaliar o perfil de cada contratante.

⁴⁸ Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiros e de Capitais. Em outubro de 2009 criou-se a ANBIMA - Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais, a partir da união da união da ANBID – Associação Nacional dos Bancos de Investimento com a ANDIMA – Associação Nacional das Instituições do Mercado Financeiro. A nova entidade representa 327 associados, entre bancos comerciais, múltiplos e de investimento, asset managements, corretoras, distribuidoras de valores mobiliários e consultores de investimento. Disponível em: <<http://www.anbima.com.br/anbima.asp>>. Acesso em 29/11/2009.

⁴⁹ Parecer de Orientação nº 04, elaborado pelo Conselho de Auto-Regulação da Atividade de Private Banking.

CONCLUSÃO

Como ficou evidenciado no presente trabalho, o mercado de derivativos brasileiro vem cada vez mais ganhando importância no cenário nacional, seja pelo aumento no número de negócios ou pelas discussões jurídicas relacionadas a esse tipo de contrato, ocasionadas pelas recentes perdas envolvendo empresas brasileiras.

Apesar de inicialmente criados para redução de riscos de mercado, o instrumento acabou por potencializar os mecanismos de obtenção de lucros. Consequentemente, ocorreram grandes prejuízos decorrentes da má utilização deste tipo de contrato financeiro e aumentou-se a necessidade de seu maior conhecimento. Saber que os derivativos podem ser aplicados tanto para proteção, quanto para especulação, é condição necessária para compreensão do produto.

A aplicação de teorias jurídicas como da excessiva onerosidade ou da imprevisão que possibilitem a revisão ou resolução dos contratos, se relacionadas aos derivativos, ocasionariam um verdadeiro colapso no mercado financeiro do país. Os riscos para os participantes do mercado seriam tremendos que poderiam fazer com que esse tipo de negócio acabasse por inexistir. Isso seria prejudicial para todas as empresas, em especial as empresas exportadoras ou importadoras, tendo em vista que o instrumento permite a proteção de seus negócios. Ou seja, a catástrofe seria total visto o volume financeiro astronômico envolvendo a negociação do produto e sua importância para a economia.

Por outro lado, as instituições financeiras ao venderem esse tipo de contrato tem que estar extremamente atentas às características do destinatário final. Ou seja, a venda tem que estar adequada ao perfil do cliente que está comprado, caso contrário se estará permitindo futuros questionamentos sobre a forma de contratação, como ocorrido no caso do *leasing* automotivo. Seguir de forma precisa as regras de *suitability* é básico nesse tipo de negócio.

Nesse mesmo sentido, é de suma importância a publicidade dos níveis de riscos existentes nas empresas de capital aberto, pois um olhar atento do regulador se faz necessário em um modelo desenvolvido pela

remuneração variável, proporcional ao risco assumido. Desta forma, como há um incentivo para se assumir riscos, cabe ao órgão fiscalizador do mercado garantir pelo menos que todos tenham acesso aos níveis de riscos com derivativos.

Por fim, qualquer posicionamento que leve em consideração o princípio do equilíbrio contratual nesses casos, deve se ater aos impactos econômicos que tal interpretação pode ocasionar para a economia de mercado do país. O verdadeiro posicionamento deve garantir a moldura institucional adequada para garantir a segurança jurídica e o desenvolvimento econômico, refletindo-se uma economia globalizada.

DERIVATIVES CONTRACTS AND THE REVIEW OR RESOLUTION FOR EXCESSIVE BURDEN

ABSTRACT: The development of the Brazilian financial and capital markets has been going along by a financial innovation increase and its popularization among market institutions. The purpose of this article is to present the evolution of the derivatives market in Brazil, the main existing contracts and the inapplicability of the theory of unpredictability to derivatives and the risk that some interpretations can lead to market institutions and the important role of regulator.

KEYWORDS: Derivatives Contracts. Review Or Resolution For Contracts. Rebus sic stantibus. [teoria da imprevisão]. Hedge. Excessive Burden.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Direito das Obrigações. 9ed. Coimbra: Almedina, 2001
- BESSADA, Octavio; BARBEDO, Cláudio; ARAÚJO, Gustavo. Mercado de Derivativos no Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- BORGES, Nelson. A Teoria da Imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil, com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil. São Paulo. Malheiros, 2002
- DUARTE, Antônio Marcos Jr. Global Risk Management com Visão Corporativa. Revista Brasileira de Management / Case Studies, Rio de Janeiro, RJ, p. 14 - 17, 01 set. 1999
- EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariadna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. Mercado de Capitais Regime Jurídico. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- EL-GAMMAL, Mostapha Mohamed. L'Adaptation du Contrat aux Circunstances Économiques. Paris: LGDJ. 1967

FRANTZ, Laura Coradini. Revisão dos contratos: elementos para sua construção dogmática. São Paulo. Saraiva, 2007

GALDINO, Flavio; CARNEIRO, Bernardo. Custo de novos instrumentos financeiros passa por teste no Judiciário e na arbitragem. **Espaço Jurídico BM&FBovespa**. São Paulo. 12/11/2009. Disponível em: <<http://www.bmfbovespa.com.br/juridico/noticias-e-entrevistas/Noticias/091112NotA.asp>> Acesso em: 28/11/2009

HULL, John. Introdução ao Mercado Futuro e de Opções, Bolsa de Mercadorias & Futuros. Cultura Editores Associados. São Paulo. 2ª Ed, 1995

KLEIN, Robert; Lederman, Jess. Editors. Derivatives Risk and Responsibility: The complete Guide to Effective Derivatives Management and Decision Making. Irwin Professional Book Team, 1966.

MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. Volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Forense. Rio de Janeiro. 2005

NETO, Alexandre Assaf. Mercado Financeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

PENTEADO, Fernando. A Empresa no Mundo Globalizado. Material Didático. FGV DireitoRio.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SALOMÃO NETO, Eduardo. Direito Bancário. São Paulo. Atlas, 2007

TEIXEIRA, Marco Aurélio. Mercados Futuros: Fundamentos e Características Operacionais, Bolsa de Mercadorias & Futuros – BM&F, São Paulo. 1992, pag. 19

TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República – vol. II. Rio de Janeiro. Renovar, 2006

YAZBEK, Otavio. Regulação do Mercado Financeiro e de Capitais. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2008.

Site BM&F Bovespa:

http://www.bmfbovespa.com.br/shared/iframe.aspx?altura=400&idioma=pt-br&url=www.bmf.com.br/bmfbovespa/pages/boletim1/garantias_aceitas_derivativos.asp

A AÇÃO DE WRONGFUL BIRTH EM PORTUGAL: PANORAMA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA “VIDA INDEVIDA”

Daniella Aloise Borges¹

INTRODUÇÃO

As primeiras pretensões em sede de *wrongful birth*, nasceram mais propriamente num tribunal de New Jersey, no ano de 1967, quando uma mulher apresentou ao tribunal um pedido de indenização contra o médico que não a informou dos riscos que uma rubéola no início da gravidez poderia acarretar – e efetivamente no caso assim sucedeu – para o feto (embora o aborto fosse ilegal no estado de New Jersey não o era no vizinho estado de New York, onde ela poderia ter abortado aquele feto gravemente malformado).

Historicamente as *wrongful actions* foram utilizadas para ações que invocassem a vida como dano, mas atualmente tomam contornos bem diversos desses iniciais, inclusive, o dano hoje está enraizado na problemática da saúde e não mais voltado apenas para as condições de vida da pessoa. Têm na sua gênese um erro médico na violação do dever de informação deste face aos pais, que tanto pode ocorrer em sede do diagnóstico pré-natal (DPN) quanto do diagnóstico genético pré-implantação (DGPI) – nos casos em que o embrião é gerado mediante procriação medicamente assistida

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN (2011). Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas com Menção em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – FDUC (2014). Doutoranda em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. E-mail: daniellaaloiseb@gmail.com.

(PMA). Sumariamente são os casos de *wrongful life*, *wrongful birth* e *wrongful conception* ou *wrongful pregnancy*².

Na *wrongful birth*, objeto desse artigo, a ação é proposta pelos pais (ambos ou apenas a mãe), em nome próprio, contra o médico, equipe médica ou instituto hospitalar que negligentemente interpretou o exame erroneamente, ou não comunicou o resultado, ou que não informou devidamente sobre este, e, em razão disso, os pais prosseguiram com a concepção ou com uma gravidez que, para surpresa, deu lugar a uma criança com grave doença ou malformação.

Assim, os pais requerem uma indenização pelos danos (sejam patrimoniais ou não patrimoniais) causados em razão do nascimento de um filho com grave doença ou deficiência, alegando que se soubessem da condição teriam optado por não conceber (no caso do diagnóstico genético pré-implantação) ou se tivessem sido informados da condição optariam por interromper a gravidez (no caso do diagnóstico pré-natal).

Vale deixar claro que não é a ação do médico que ocasiona o nascimento de uma criança não saudável, pois este não é o causador direto do dano, mas a sua omissão impede que os pais de forma esclarecida optem por não dar início ou seguimento à gravidez que culmina no nascimento da criança doente.

Este é um tema ainda extremamente controverso, pois a ausência de informação médica ou o equívoco na informação tem como consequência o impedimento de eventual interrupção da gravidez, que por mais que seja permitida conforme o art. 142.º, n.º 2 do Código Penal Português (CPP) – desde que efetuada até à 24ª semana, caso fique comprovado que o embrião/feto sofre de uma doença ou malformação incurável, e até à 10ª

² A *wrongful life* consubstancia-se no processo em que a criança (normalmente representada pelos pais) pede indenização ao médico que teve a alegada conduta negligente (ou dolosa), não informando ou falhando no diagnóstico pré-natal ou no diagnóstico genético pré-implantação, tendo como resultado o seu nascimento com determinada doença ou deficiência física e/ou mental. A *wrongful conception* ou *wrongful pregnancy* se caracteriza pela demanda judicial dos pais contra o médico pelo nascimento de uma criança não desejável, mas saudável. Essas ações têm como fundamento a violação do dever que o médico tinha de informar os pais sobre os riscos de ineficácia de um processo de esterilização ou de dar um aconselhamento contraceptivo adequado – justificando-se, assim, à luz da função sancionatória da responsabilidade civil e da teoria da diferença (art. 562.º do Código Civil Português), bem como atendendo a sua liberdade em procriar (*rectius*, a autodeterminação pessoal dos pais), que os pais possam exigir uma indemnização.

semana de forma voluntária e independente de qualquer outro requisito –, ainda provoca intensos debates éticos.

Contudo em Portugal, devido aos avanços da ciência e da técnica, aliados a uma diferente concepção sobre a qualidade de vida, estas ações encontram, cada vez mais, “acolhimento nos atuais regimes jurídicos sobre consentimentos para os médicos e directivas antecipadas de vontade”³, merecendo a análise eminentemente jurídica da aplicabilidade e aceitabilidade (ou não) das referidas ações dentro do ordenamento jurídico português.

O DEVER DE INFORMAR E A *WRONGFUL BIRTH ACTION*

O DPN⁴ é uma técnica utilizada para detectar embriões ou fetos portadores de anomalias, contudo, diferentemente do DGPI estes já estão implantados no útero materno, seja a reprodução feita mediante técnicas de procriação medicamente assistida ou por meio de relação sexual. São diversos os exames que permitem a detecção de defeitos congênitos ou de doenças genéticas durante a gravidez, por exemplo, a amniocentese, cordocentese, citogenética molecular, exames de DNA (ácido desoxirribonucleico) etc⁵.

O DPN deve, à partida, ser realizado em todas as mulheres grávidas, independentemente das suas necessidades, como se extrai do art. 64.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), no entanto, além

³ RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (wrongful life e wrongful birth). Revista do Ministério Público, Lisboa, ano 33, n. 132, p. 78, 2012.

⁴ Não existem em Portugal, leis explicitamente tratando sobre o instituto do DPN, sendo feitas referências de forma indireta em alguns regulamentos espaços. A Lei n.º 3/84, de 24 de março, faz uma menção implícita ao diagnóstico pré-natal quando organiza as consultas de educação sexual e planeamento familiar e determina que se façam averiguações tendentes a permitir o diagnóstico pré-natal sob a forma do diagnóstico pré-concepcional; e a Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro, que trata da informação genética pessoal e informação de saúde, no seu art. 5.º estabelece que: “Consideram-se testes pré-natais todos aqueles executados antes ou durante uma gravidez, com a finalidade de obtenção de informação genética sobre o embrião ou o feto, considerando-se assim como caso particular destes o diagnóstico pré-implantatório”. Fora isso, existe o Despacho n.º 5411/97, de 8 de julho, que define algumas regras de organização das unidades de saúde envolvidas no diagnóstico pré-natal e alguns princípios orientadores desta atividade; o Despacho n.º 10325/99, de 3 de maio, que estabelece orientações reguladoras dos centros de DPN e; o Despacho n.º 6170/2006, de 14 de fevereiro, que institui uma Comissão Técnica Nacional de Diagnóstico Pré-Natal.

⁵ NUNES, Rui. O diagnóstico pré-natal da doença genética. In: NUNES, Rui; MELO, Helena (Coord.). Genética e reprodução humana. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2000. p. 83-99. (Coletânea Bioética Hoje, 1).

de impraticável seria pouco razoável fazê-lo diante do alto custo de se financiarem todos os exames existentes antes da gestação e durante ela⁶. Por isso e em razão de todos os deveres de prestação do Estado serem realizados dentro da reserva do possível, se admite uma definição prévia de algumas categorias em que o DPN deve ser realizado⁷.

Como bem expõe Rui Nunes “não é exequível a prestação sistemática de todos os actos médicos actualmente à nossa disposição. Assim, viram-se obrigadas a impor determinadas restrições, de forma mais ou menos expressa, e definir quais as prioridades no âmbito da saúde”⁸.

Então, o médico carece avaliar a necessidade das mulheres em cada caso, não tendo obrigação de realizar exames extras aos habitualmente recomendados. Ainda que a paciente requeira, este só existirá, quando a mulher apresente um quadro clínico em que o DPN seja recomendado, o que não se justifica para a maioria dos casos em que a gravidez é normal.

Para que se analise a necessidade de exames deve se ter em conta a idade da mulher; o histórico clínico dos pais; a condição de saúde dos pais; a sua exposição a agentes teratógenos, como químicos, ou doenças infecciosas; antecedentes familiares; partos prévios; incidentes ocorridos durante a atual e eventuais anteriores gestações etc⁹.

Sendo assim, o médico tem o dever de realizar o DPN quando a circunstância do caso demonstrar necessário, mas não só isso, também tem o dever de informar à grávida as finalidades da intervenção; dos riscos que o exame implica para ela e o bebê; dos resultados e das medidas subsequentes possíveis¹⁰.

Esse dever de informar radica do instituto do consentimento informado¹¹,

⁶ Ibid., p. 111.

⁷ OLIVEIRA, Guilherme. Temas de direito da medicina. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 220.

⁸ NUNES, 2000, p. 111.

⁹ Ibid., p. 107.

¹⁰ OLIVEIRA, 2005, p. 224.

¹¹ O fundamento jurídico do consentimento informado encontra-se em diversas normas: no plano constitucional o art. 25.º da CRP que consagra o direito à integridade moral e física; o art. 26.º, n.º 1 da CRP que prevê o livre desenvolvimento da personalidade; o art. 26.º, n.º 3 da CRP que garante “dignidade pessoal e identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização de tecnologias e na experimentação científica”; no âmbito civilístico, o art. 70.º do Código Civil Português (CCP) que apresenta o direito geral de personalidade e na relação contratual, decorrente do princípio da boa-fé que regem os contratos; já na seara penal o art. 156.º do Código Penal Português (CPP) que prevê o dever de esclarecimento e o 157.º estabelece o crime de intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários.

em que mediante os esclarecimentos a pessoa é capaz de exercer a sua autodeterminação nos cuidados com a saúde.

Esclarecer com vistas à autodeterminação nada mais é do que a “informação que o médico deve dar previamente a qualquer intervenção médica, em ordem a uma livre decisão do paciente, por forma a dar cumprimento ao princípio da autonomia da pessoa humana, enquanto expressão do axioma fundamental que é a dignidade humana”¹².

Para isso o consentimento deve ser livre e esclarecido, de modo que, não basta que o médico informe, mas que se assegure que o paciente percebeu os esclarecimentos necessários a uma tomada de decisão consciente.

Os principais elementos que identificam o consentimento informado são: informação necessária e adequada para uma escolha informada; capacidade de o indivíduo entender o que lhe é transmitido e fazer uma escolha baseada na informação; vontade com que a escolha é feita¹³.

Se não passar as informações, estas não forem suficientes ou a pessoa não entender claramente o que lhe foi passado, pode o médico incorrer em responsabilidade civil, pois o consentimento não será válido (art. 81.º e art. 340.º do CCP e art. 157.º do CPP), tornando a intervenção médica ilícita.

Nesse sentido o Despacho n.º 5411/97, de 8 de julho (n.º 3, al. b), c) e d)) estabelece que:

“(...) b) A colheita de produtos embrionário e fetais deve ser sempre precedida por uma consulta de aconselhamento genético, cujos objectivos são informados e esclarecer o casal sobre os exames, os riscos inerentes à sua realização, as suas limitações e as implicações dos resultados; c) As grávidas que pretendam realizar as técnicas invasivas devem dar o seu consentimento livre e esclarecido e, sempre que possível, por escrito; d) A decisão de realizar ou não a interrupção de gravidez face aos resultados dos exames de diagnósticos pré-natal cabe à mulher (...)”.

Apesar de as ações até então versarem sobre danos causados em gravidez por reprodução sexual, com a atual evolução científica e a

¹² PEREIRA, André Dias. O consentimento informado na relação médico-paciente. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 73.

¹³ PEREIRA, 2004, p. 129-130

possibilidade da procriação medicamente assistida, nada impede que essas ações se verifiquem também no âmbito do diagnóstico genético pré-implantação, quando o médico falhe no exame ou deixe de informar aos pais a anomalia presente no embrião, e, portanto, o casal autorize a transferência deste para o útero da mulher. Os aspectos da *wrongful birth* podem ser transpostos, *mutadis mutandis*, para os casos de DGPI em que o médico não detectou a anomalia embrionária ou não informou e, por conseguinte, procedeu à transferência do embrião.

O DGPI consiste na realização de testes de genética em embriões antes da transferência para a mulher em sede de procriação medicamente assistida, com o objetivo de detectar doenças¹⁴. É uma seleção positiva na medida em que se escolhem embriões com determinadas características genéticas, e, negativa devido a excluir da implantação os que possuem as características indesejadas.

O procedimento não é possível em todos os casos de transferência embrionária por meio de técnicas de PMA, mas apenas para prevenir doença grave de pessoas provenientes de famílias com alterações cromossômicas que causem morte precoce e quando existir risco elevado de transmissão à descendência (art. 29.º, n.º 1 e n.º 2 da Lei n.º 32/2006), excluindo a escolha deliberada do sexo ou de características físicas. A intenção do legislador é evitar uma gravidez que pode não chegar a termo pela inviabilidade do feto ou evitar o nascimento de uma criança que pode falecer com pouco tempo de vida por ser portadora de grave anomalia ou de doença genética¹⁵.

¹⁴ OLIVEIRA, Guilherme de. Um caso de seleção de embriões. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 1, n. 1, p. 7-13, 2007.

¹⁵ Excepcionalmente, o DGPI é permitido para a escolha do sexo quando se está diante de uma doença grave ligada ao gênero, ou seja, doenças em que a transmissão só ocorre ao homem ou à mulher (art. 28.º, n.º 1 da Lei n.º 32/2006). Atenta-se para o fato de não ser permitido o procedimento para a escolha simplesmente do sexo, como uma característica desejável pelos pais, somente quando esteja este ligado a uma doença grave. Será admitido também o recurso ao DGPI quando for ponderosa a necessidade de obter grupo HLA (da sigla inglesa Human Leukocyte Antigen) compatível para efeitos de tratamento de doença grave de terceiro (art. 30.º, n.º 2, al. q), da Lei n.º 32/2006), desde que previamente deliberado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA). A lei abre assim exceção para o caso de seleção de embrião com o fim de gerar um ser compatível que forneça células estaminais, linfócitos, medula óssea ou órgãos, para tratar um irmão que padeça de uma doença grave para a qual não encontra dador compatível, o denominado “bebê medicamento” ou “bebê salvador”. O DGPI ainda é possível em outros tipos de doenças, a que se reporta o final do n.º 2 do art. 4.º da Lei n.º 32/2006. De acordo com o Tribunal Constitucional Português (TC) são aquelas as quais se venham a verificar cumulativamente: ser possível prevenir o risco de transmissão através do recurso a uma técnica de PMA; ser grave e; não ser possível obter a prevenção do

O dever de informar também permanece no caso do DGPI, é o que decorre do art. 14.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2006, que estabelece que os progenitores carecem de prestar consentimento que deverá ser informado, dado de maneira livre e escrito expressamente, para reforçar a reflexão e assegurar certeza¹⁶. Inclusive, antes de prestar o consentimento, o beneficiário deve ser informado previamente por escrito de todos os benefícios e riscos bem como as implicações éticas, sociais e jurídicas resultantes da utilização das técnicas de PMA (art. 14.º, n.º 2 da Lei n.º 32/2006), sob pena de sua omissão acarretar a nulidade do consentimento (arts. 81.º; 294.º e 340.º do CC). Sendo assim, o médico terá a função de elucidar, da forma mais abrangente possível, os detalhes das técnicas, suas peculiaridades e consequências, caso não o faça, poderá ser responsabilizado civilmente.

No âmbito do DGPI, Vera Lúcia Raposo¹⁷ considera que a omissão da informação “assume maior gravidade, dado que não confronta os progenitores com uma possível interrupção da gravidez porque esta, em bom rigor, ainda nem se iniciou”. Para a autora “os dilemas éticos e morais que aqui se apresentam aos pais são bem menores do que quando se lhes pede que ponderem a possibilidade de abortar”, seria apenas uma decisão de não transferência daquele embrião inviável ou que apresenta anomalias graves, e no lugar transferir os demais embriões disponíveis, muitos que até seriam destinados a criopreservação.

A RESPONSABILIDADE CIVIL EM SEDE DE *WRONGFUL BIRTH*

A responsabilidade no caso de *wrongful birth* é uma responsabilidade médica, uma vez que o médico (ginecologista-obstetra), um profissional da saúde ou ainda uma instituição/laboratório médico que podem atuar com dolo ou negligência e causar o dano.

Em Portugal, a responsabilidade médica subsume-se à responsabilidade subjetiva por fatos ilícitos assente na culpa que tanto pode decorrer por

risco ou cura por outro método de prática clínica (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 101. Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Lisboa, 03 de março de 2009).

¹⁶ SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta. A Lei de Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar). Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 86.

¹⁷ RAPOSO, 2012, p. 75.

via extracontratual, delitual ou aquiliana (art. 483.º e ss e art. 562.º e ss do CCP), ou contratual (art. 562.º e ss e 798.º e ss do CCP).

Na atuação do médico pode o mesmo fato incorrer no não cumprimento dos deveres de cuidado a que está obrigado por força contratual, mas também ser causa de responsabilidade delitual, quando a violação representa também um fato ilícito extracontratual¹⁸. Havendo casos que preencham simultaneamente as hipóteses de ambas as responsabilidades, o autor pode optar por uma das formas, embora se venha reconhecendo o direito a invocar ao mesmo tempo normas de ambas para fundamentar a pretensão indenizatória¹⁹.

Fato é que a responsabilidade contratual acaba por ter maior aplicabilidade no caso de lesões causadas pelo médico, pois, atualmente, tem-se entendido que se forma uma relação entre o médico e paciente de natureza contratual, uma verdadeira obrigação de meios (com algumas exceções, a exemplo das intervenções cirúrgicas estéticas que a obrigação é de resultado)²⁰ em que o médico “se compromete a desenvolver prudente e diligentemente certa actividade para a obtenção de determinado efeito, mas sem assegurar que o mesmo se produza”²¹.

Para a reparação ou compensação, o instituto da responsabilidade por fato ilícito prevê a necessidade do preenchimento de alguns requisitos, conforme dispõe o art. 483.º, n.º 1, CCP, que são: ato voluntário do lesante (ação ou omissão); a ilicitude desse fato; a ocorrência de um dano e; o nexo de causalidade entre o fato e o dano.

A ILICITUDE E CULPA

Na prática médica, a ilicitude se verifica com a desconformidade entre a conduta devida e o comportamento observado.

¹⁸ MONTEIRO, Fernando Pinto. Direito a não existência, direito a não nascer. In: MONTEIRO, Fernando Pinto et al. Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 135.

¹⁹ DIAS, Jorge Figueiredo; MONTEIRO, Jorge Sinde. Responsabilidade Médica em Portugal. Lisboa: [s.n.], 1984. p. 40. (Separata do Boletim do Ministério da Justiça).

²⁰ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos. Direito e Justiça, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, v. 14, Tomo 3, p. 174, 2000; DIAS, João Álvaro. Procriação Assistida e Responsabilidade Médica. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 221 e ss.

²¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das Obrigações. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1994, p. 912-914.

No caso da *wrongful birth*, ocorre no campo delitual na deficiência do dever profissional de informar, integrante da *leges artis*, entendida como as “regras conhecidas pela ciência médica em geral como as apropriadas à abordagem de um determinado caso clínico, na concreta situação em que tal abordagem ocorre”²².

Já no domínio contratual pelo incumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato de prestação de serviços médicos, se um médico por negligência deixe de informar devidamente as condições da criança, vedando alternativamente um aborto eugênico. Assim, sustenta António Menezes Cordeiro²³ que:

“o alargamento dos escopos de responsabilidade civil e a tutela da confiança na execução dos contratos levam-nos a propender para um direito dos pais a uma indemnização, por violação do contrato e do dever de informar. Em termos de valoração material, podemos considerar que o médico se torna corresponsável pelo produto da (in)execução do contrato”.

Se foi celebrado um contrato de prestação de serviço médico, a mãe tem o direito de informação e tratamento adequados, não sendo possível admitir “que certos contratos de prestação de serviço médico pudessem ser desleixadamente cumpridos a pretexto de que, daí ‘apenas’ resultaria uma criança”, seria “premiar a irresponsabilidade e o enriquecimento ilícito, uma vez que o médico é pago pelos seus serviços”²⁴.

Sendo assim, no caso da *wrongful birth* a ilicitude ocorrerá quando o médico deixar de: realizar os testes e exames genéticos pertinentes no caso, quer a gravidez tenha se iniciado (no diagnóstico pré-natal), quer seja antes da concepção (no diagnóstico genético pré-implantação); efetuar o exame de forma correta; interpretar corretamente o resultado do exame; informar aos pais do resultado dos testes ou exames; informar de maneira esclarecida (de modo que a informação seja entendida pelos pais); informar em tempo hábil (de modo que os pais possam fazer uso da interrupção da gravidez por não ter findado o prazo).

²² RODRIGUES, Op. Cit., p. 200.

²³ CORDEIRO, António Menezes. Tratado de Direito Civil Português. 2. ed. v. 1. Tomo 3. Coimbra: Almedina, 2007, p. 332.

²⁴ Ibid., p. 325.

Para que incida a responsabilidade é necessário que além da conduta se mostrar ilícita, que esta, no caso concreto, pudesse ser evitada. Portanto, é preciso a verificação da culpa, isto é, de uma imperícia, descuido ou falta médica.

Na responsabilidade médica, a ilicitude repercute na culpa, visto que o conteúdo das *leges artis*, conforma o dever de cuidado exigível ao médico, isto é, aquele tipo de “comportamento que se esperaria de um médico normalmente diligente e cumpridor”²⁵.

No caso do *wrongful birth*, a culpa está em não ter o médico utilizado todos os conhecimentos, diligências e cuidados que a profissão impõe e com os quais seria possível dar a conhecer aos pais a doença ou malformação da criança²⁶.

Segundo a lei (arts. 483.º e 798.º do CCP), a culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência do *bonus pater familias* em face das circunstâncias de cada caso (art. 487.º, n.º 2 e art. 799.º do CCP). Esse critério no caso da responsabilidade médica é adaptado para o critério do *reasonable doctor* ou médico médio, e tratando de um ato médico com determinada especialidade, ao especialista normalmente diligente²⁷.

Diante disso, percebe-se que para a análise da ilicitude e culpa, na apreciação concreta da ação médica, deve-se observar, detidamente, o contexto em que se desenvolveu a intervenção, como as condições gerais do hospital, meios colocados à disposição do médico, possibilidade de obtenção de exames complementares, de modo a se estabelecer com razoável grau de certeza a conduta recomendável naquela circunstância, atribuível ao médico.

Nesse sentido, jamais poder-se-ia considerar ilícita e culposa a conduta do médico nos casos em que apesar de existir um exame passível de identificar o problema, as circunstâncias do caso não impunham que este determinasse que fosse realizado aquele exame, ilustradamente, nos casos em que se tratava de uma gravidez normal, que à partida não exigia exames de diagnóstico adicionais, aos já comumente realizados.

²⁵ RAPOSO, 2012, p. 85.

²⁶ MONTEIRO, 2006, p. 136.

²⁷ PEREIRA, André dias. O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 439. (Separata de Responsabilidade Civil dos Médicos).

Conforme visto, não é possível que se exijam todos os exames existentes em sede de diagnóstico pré-natal e realização de DGPI em todos os casos de procriação medicamente assistida. No primeiro, o acesso à técnica só é possível caso o casal faça uso desta quando um dos membros seja infértil ou tenha elevado risco de transmissão de doença grave (art. 29.º da Lei n.º 32/2006); no segundo, não é útil que se façam todos os exames possíveis, ainda mais quando muitos deles podem ocasionar riscos elevados para a saúde e vida do nascituro e da mãe.

Também será de afastar a ilicitude e culpa quando o médico deixar de realizar determinado exame em razão das informações repassadas pelo próprio casal terem sido incompletas.

Da mesma forma, quando o problema de saúde da criança não poderia ser detectado pelas atuais limitações técnicas dos exames que se houvessem realizado, pois o médico não pode ser responsabilizado se a técnica atual não permite determinar a doença ou má formação. Quando o procedimento não dê o resultado certo, deve o médico, se possível, insistir em outros exames para confirmar, ou não sendo possível, informar aos pais que os resultados dos exames são incertos e que não existem meios de afirmar de modo fidedigno o diagnóstico²⁸.

Ressalta-se que essa situação é diversa do caso em que a doença ou malformação não é possível ser detectada naquele hospital específico, por este não possuir os meios necessários para realização do devido exame. Para tanto, o comportamento ilícito e culposo não poderá ser reportado ao médico, mas a instituição (laboratório ou hospital) para o qual este trabalha e sob a qual recai o poder de decisão dos aparelhos a adquirir. Contudo, cabe destacar que o médico deve deixar os pais informados sob a necessidade de se realizar esse exame e a possibilidade de realizá-lo em outro local, sob pena de também incorrer num comportamento ilícito e culposo no que respeita à ausência da devida informação²⁹.

Por fim, ainda de notar a situação em que só existirem os aparelhos e métodos suscetíveis de identificar a doença ou malformação em poucos centros muito avançados e possuidores de tecnologia de ponta. Nessa

²⁸ RAPOSO, 2012, p. 86.

²⁹ RAPOSO, 2012, p. 87.

circunstância, Vera Lúcia Raposo³⁰ pugna pela análise do critério de razoabilidade e exigibilidade devendo ser verificada se diante dos seus custos e da necessidade de conhecimento específico seria obrigatório ou não a instituição adquirir os meios necessários para o diagnóstico.

O DANO

Na *wrongful birth* é possível vislumbrar danos não patrimoniais pela impossibilidade de exercer o direito à não reprodução³¹ nos termos em que é permitido pelo regime legal da interrupção da gravidez; pelo choque sofrido com a surpresa do nascimento de um filho que se esperava nascer saudável, mas não nasceu, e para o qual não tivera chance de se preparar; bem como pela incerteza do seu futuro, especialmente quando já não se possa cuidar dele.

Também os danos patrimoniais são verificados na medida em que um filho nas condições ditas implica despesas com: tratamentos hospitalares; assistência médica; medicamentos; próteses; fisioterapia; internamentos; cirurgias; ensino especial; adaptações na casa de morada etc. Sem contar a necessidade constante de cuidados que uma pessoa nessas condições exige, podendo, por vezes, os pais ter que abandonar suas atividades profissionais para se dedicar exclusivamente à criança.

Para se analisar o dano em sede de *wrongful birth*, primeiramente, tem-se que verificar se no ordenamento jurídico é admissível o aborto, pois a partir do momento que a lei permite a interrupção da gravidez em determinado prazo, sendo averiguado que a doença ou malformação poderia e deveria ser identificada durante esses prazos, é possível vislumbrar que a ausência de informações devidas causa dano ao privar os pais do poder de decisão, entre escolher continuar com a gravidez ou não³².

³⁰ Ibid., p. 87-88.

³¹ Direito esse que possui natureza fundamental não expresso diretamente, mas que é possível extrair do art. 36.º da Constituição da República Portuguesa. Assim, o direito de formar família deve ser entendido como um direito de estabelecer relações, inclusive a de filiação, independentemente da constituição de casamento. Nesse sentido: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição da República Portuguesa Anotada. Tomo 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 399; CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa: Anotada. 4. ed. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 559 e ss.

³² RAPOSO, Op. Cit., p. 100-101.

No momento em que o ordenamento jurídico proíbe o aborto nesses casos, os pais poderão requerer indenização baseada no dano que sofreram ao serem surpreendidos com uma criança doente, mas claramente não será o caso de uma *wrongful birth*.

Em Portugal, o art. 142.º, n.º 1, al. e) e al. c) do Código Penal Português, estabelece que no prazo de 10 semanas pode ocorrer o aborto desde que a pedido da mãe, ou até o prazo de 24 semanas no caso de malformação ou doença grave e incurável do embrião/feto³³.

Uma vez que não existe uma listagem de doenças graves nem de malformações congênicas cabe à comissão de ética de cada hospital aferir se a doença em causa é ou não grave e incurável. Se não for manifestadamente grave e incurável, claramente não poderá fazer uso da indenização sobre manto do art. 142.º, n.º 1, al. c) do CPP, mas poderá buscar uma *wrongful birth* à luz da al. e) do mesmo artigo, pois ainda estará sobre os liames da liberdade reprodutiva da mulher, quando o legislador não penaliza o aborto até à 10ª semana independentemente do motivo.

Outra questão se põe em saber se para verificação do dano exige que a mãe, caso soubesse da doença ou malformação do filho, teria optado por interromper a gravidez.

³³ Para Manuel Carneiro da Frada não existe qualquer direito ao aborto, nem pela criança, nem pela mulher, no ordenamento português. Existe apenas a não punibilidade do aborto em alguns casos, visto que não se pode confundir normas que eximem de sanção com normas prescritivas ou impositivas. Logo, não há fundamento para responsabilizar o médico que não adotou a conduta que ao aborto ele teria conduzido (FRADA, Manuel Carneiro da. A própria vida como dano. Revista da ordem dos advogados, Lisboa, ano 68, v. 1, 2008. Disponível em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=1&idsc=71981&ida=72382 Acesso em: 03 dez. 2014, p. 3). No mesmo sentido, Pedro Maria Godinho Vaz Patto entende estar-se diante apenas de uma simples despenalização do aborto, como causa de exclusão da pena ou culpa, não como forma de exclusão da ilicitude, de modo que se vislumbra um comportamento não punível, mas não um comportamento lícito, fazendo com que não se pudesse falar em qualquer direito a abortar, muito menos dar azo a qualquer responsabilidade civil. Contudo, como o próprio autor, por fim, vem a assumir, apesar de sempre se falar em “despenalização do aborto” o regime jurídico atual “impõe que se considere que estamos perante uma verdadeira causa de exclusão de ilicitude”, pois só desse modo “pode conceber-se a não punição do médico que pratica o aborto ou a admissibilidade de tal prática no âmbito do sistema de saúde estadual”. (PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. A vida, um dano indemnizável?. Brotéria: Cristianismo e Cultura, ano 4, v. 156, p. 335-336, 2003). Na verdade, o intuito da referida norma foi tutelar a posição da mulher (proteger a maternidade consciente, o livre desenvolvimento da personalidade, a autonomia pessoa e a proteção da intimidade da mulher grávida) e não descaracterizar o valor ou bem objetivo da vida (Seguindo esse entendimento: DIAS, Jorge Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. “Art. 142.º”. In: CARVALHO, Américo Taipa de et al. Comentário conimbricense do Código Penal: parte especial. Tomo 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 267 e ss).

Acontece que, de fato, não é possível saber a posição da mãe diante da informação, apesar dessa apresentar convicções; de já ter realizado anteriormente interrupções da gravidez; de querer se submeter a um diagnóstico genético pré-natal. Nada disso comprova que ela efetivamente efetuará o aborto, são apenas conjecturas de sua posição. Qualquer comportamento prévio tomado não implica que naquele determinado momento tomara a mesma decisão.

Na verdade, não faz sentido exigir a prova de que a mãe teria efetivamente interrompido a gravidez caso tivesse todas as informações necessárias, não apenas diante da dificuldade da prova, mas, principalmente, pelo dano não traduzir no nascimento de uma pessoa doente ou deficiente, e, sim na impossibilidade de exercer uma escolha reprodutiva³⁴, independentemente de qual teria sido o sentido da decisão³⁵.

Marta de Sousa Nunes Vicente³⁶ expõe que concluir que não existiria dano se a mãe optasse por não interromper a gravidez:

“esmaga parte do conteúdo do direito de autodeterminação, se pensarmos nele não só como a possibilidade da pessoa ‘se decidir’, mas como a faculdade da pessoa se decidir numa direcção ou em sentido diferente do anterior, poder que, em virtude da violação de deveres de informação, foi inegavelmente cerceado”.

No mesmo sentido, Vanessa Cardoso Correia³⁷ entende que não se deve esquecer que existe um ato de má prática médica e que a intenção dessa ação é simplesmente a de punir o médico que atuou de maneira indevida. Por isso, para a autora não se deve questionar se o país teria ou não abortado (até porque o diagnóstico não visa apenas a interrupção da gravidez), mas se o médico deveria ou não ter agido de outro modo, sendo legítimo pretender que o mesmo seja responsabilizado quando incumpe o seu dever.

³⁴ RAPOSO, Vera Lúcia. As wrongful actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life). Revista portuguesa do dano corporal, Coimbra, ano 19, n.º 21, p. 65, 2010.

³⁵ RAPOSO, 2012, p. 97.

³⁶ VICENTE, Marta de Sousa Nunes. Algumas reflexões sobre as acções de wrongful life: A jurisprudência perruche. Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Coimbra, ano 6, n. 11, p. 122, 2009.

³⁷ CORREIA, Vanessa Cardoso. Wrongful life action – comentário ao acórdão do supremo tribunal de justiça de 19 de junho de 2001. Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Coimbra, ano 1, n. 2, p. 128-129, 2004.

Mesmo concordando que o dano decorre da privação da liberdade de reprodução, Vera Lúcia Raposo³⁸ destaca que o reconhecimento da mãe que jamais teria abortado impossibilita o processo, isto é, quando ela invoca o dano, mas alega que ainda que não tivesse sido violada a autodeterminação reprodutiva, não teria abortado, o processo sucumbe, pois há uma incongruência entre o pedido e a causa de pedir.

Alguns autores defendem que a decisão da mãe apesar de não ser essencial para verificação do dano, vai pautar no *quantum* indenizatório a ser arbitrado.

Nesse sentido, Paulo Mota Pinto³⁹ sustenta que deveria ser permitida a indenização tanto no caso em que a mãe teria optado por abortar, como não, entretanto, se os pais provarem que com a informação correta teriam prosseguido com o aborto, não só serão devidos os danos patrimoniais decorrentes das despesas acrescidas pela deficiência, como serão devidas todas as despesas com o sustento da criança. Sendo assim, nos casos em que o aborto nunca teria sido realizado pelos progenitores, a indenização deverá cobrir a diferença entre os custos de uma criança “normal” e o de uma criança doente/deficiente, no caso em que os pais teriam optado por abortar, a indenização deverá abranger não apenas as despesas decorrentes da criança ter nascido deficiente, como as decorrentes do simples fato de serem pais.

Por outro lado, Marta de Sousa Nunes Vicente⁴⁰ entende que a mulher tomou a decisão de prosseguir a gravidez (ainda que não informada sobre a condição da criança), aceitando o nascimento de uma criança saudável, frustrada essa expectativa, deve ser indenizada pelos custos adicionais que terá pelo fato da criança nascer doente. Então, o cálculo do dano deverá ser feito sobre a diferença entre os custos normais de uma criança e os custos de uma criança que nasça com grave doença ou malformação, pois, esta já era esperada, os pais não podem se furtar das obrigações próprias da criança (art. 1878.º, n.º 1, CCP), a surpresa está na condição de saúde em que esta vem a nascer. Em caso de existir com um certo grau de certeza que

³⁸ RAPOSO, 2012, p. 100.

³⁹ PINTO, Paulo Mota. Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”). *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 4, n. 7, p. 22, 2007.

⁴⁰ VICENTE, 2009, p. 121.

posição seria a tomada pela mãe, se houvesse sido devidamente informada, o valor da indenização variará, pelo fato de oscilar o grau da violação do direito em causa. A ideia da autora é baseada na teoria da perda de chance, desenvolvida pela doutrina francesa, que condiciona o montante da indenização ao grau de probabilidade de ocorrência de determinado evento.

O NEXO DE CAUSALIDADE

Na responsabilidade médica, o nexo causal, isto é, a causalidade entre determinado dano e determinada conduta, como na responsabilidade civil em Portugal, de forma geral, se funda na teoria da causalidade adequada (art. 563.º, CCP), segundo a qual, são imputados ao agente os danos que não teriam se verificado sem a sua atuação.

Na *wrongful birth*, o nexo de causalidade se verifica entre o comportamento do médico e a faculdade que os pais teriam de interromper a gravidez⁴¹.

Alguns autores que sustentam que só existe nexo de causalidade na conduta do médico e na anulação da decisão reprodutiva, não com o sofrimento causado com a surpresa da saúde do filho ou com as despesas decorrentes desse estado de saúde, pois aí haveria de considerar a vida do filho como um dano, o que ocasionaria uma discriminação da vida das pessoas doentes/deficientes⁴².

Contudo, não é o valor/desvalor da vida da criança doença/deficiência que está em causa, antes se baseia na falta médica cometida perante um direito dos pais (mais especificamente da mãe), sendo o sofrimento e o custo das despesas danos consequenciais que possuem a mesma causa, visto que sem a conduta do médico não teriam se produzido, portanto, são objetivamente imputáveis ao médico⁴³.

Outros autores aceitam o nexo de causalidade, mas afirmam que a sua existência dependeria da decisão da mãe se tivesse sido devidamente informada. Assim sendo, se a mulher desejasse continuar a gravidez mesmo

⁴¹ MONTEIRO, 2006, p. 137.

⁴² MORILLO, Andrea Macía. La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful Ufe). Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 22-23.

⁴³ RAPOSO, 2012, p. 90.

sabendo que o filho iria nascer naquelas condições, então a responsabilidade do médico seria afastada pela teoria do comportamento lícito alternativo. Isto porque o médico pode objetar que mesmo que tivesse atuado com diligência não se saberia com precisão se ela interromperia ou não a gravidez, pelo que estaria, assim, quebrado onexo causal entre o fato e o dano⁴⁴.

A moderna doutrina civilista em Portugal tem admitido o uso da figura do comportamento lícito alternativo como mecanismo de exclusão da responsabilidade civil⁴⁵. Entretanto, como acrescenta André Dias Pereira⁴⁶, o comportamento lícito alternativo é um mecanismo que apresenta limites, visto que não será aceite em caso de violação grave do dever do médico, como, negligência grosseira ou dolo; omissão de formalidades consideradas essenciais; ausência de consentimento; omissão de informações relevantes ao doente. Apenas será de admitir nos casos de violações leves que são as omissões de informações secundárias ou não revelação de informações essenciais.

Além de tais condições, impende sobre o médico o ônus da prova do comportamento alternativo lícito enquanto fato extintivo ou impeditivo da sua responsabilidade, conforme art. 342.º, n.º 2 do CCP, ou seja, cabe ao médico provar que a mãe teria realizado o aborto ainda que tivesse todas as informações⁴⁷.

Bem como, a intenção da interrupção da gravidez deverá ser analisada sob o critério subjetivo do paciente concreto, o que significa ter por base a sua respectiva “personalidade, realidade e *modus vivendi* específicos”⁴⁸,

⁴⁴ PACHECO-JIMÉNEZ, M. N.. Acciones Wrongful Birth y wrongful life: una controvertida via de responsabilidad civil médica. In: SEMINARIO PERMANENTE DE CIENCIA SOCIALES, Cuenca. Documento de trabajo. Cuenca: Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, 2011/2, p. 11-12.

⁴⁵ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. Responsabilidade por Conselhos recomendações ou informações. Coimbra: Almedina, 1989, p. 288-289; BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. Do nexo de causalidade ao nexo de imputação: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causa ao nível da responsabilidade civil extracontratual. v. 2. Cascais: Princípia, 2013, p. 945-946.

⁴⁶ PEREIRA, 2005, p. 490-492. Conferir também: MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. Aspectos particulares da responsabilidade médica: seguro do doente, responsabilidade dos agentes do Estado, perda de chance. In: ASCENSÃO, Oliveira et. al. Direito da Saúde e Bioética. Lisboa: Lex, 1991, p. 151-152.

⁴⁷ PEREIRA, André Dias. Responsabilidade médica e consentimento informado: Ônus da prova e nexo de causalidade. In: CONFERÊNCIA APRESENTADA NO CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS E JUDICIÁRIOS DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU, 2008, Macau. Coimbra: Estudo Geral – Repositório Digital da Produção Científica da Faculdade de Coimbra, 2008, p. 25-33.

⁴⁸ MANSO, Luís Duarte Baptista. Responsabilidade civil em diagnóstico pré-natal – o caso das acções de “wrongful birth”. Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Coimbra, ano 9, n. 18, p. 179, 2012.

devendo se averiguar que com a sua especificidade, naquele momento, naquele caso concreto teria realizado o aborto. Assim Luís Duarte Baptista Manso considera que onexo de causalidade deverá resultar “do apuramento casuístico, sob um prisma do paciente concreto, de que, com grande probabilidade, em face das circunstâncias em causa, a decisão da gestante viria no sentido de interromper a gravidez”⁴⁹.

Apesar disso, não parece que onexo da causalidade está a depender do comportamento efetivo da grávida (assim como não está o dano), mas da impossibilidade de poder optar de uma ou de outra forma, pois o que está em causa não é apenas a decisão da mulher sobre o aborto, mas, sobretudo, a impossibilidade de exercer uma escolha reprodutiva⁵⁰.

A LEGITIMIDADE ATIVA PATERNA

Uma confusão que se faz na *wrongful birth* quanto à legitimidade ativa diz respeito ao pai. O debate cinge-se se teria este direito de requerer a indenização quando a mulher que é a paciente para a qual o médico tem deveres de informação e cuidado. Ainda mais, quando se tem em conta que o direito que está em jogo é o direito à autodeterminação reprodutiva, que quando o embrião já está no útero da mulher só a mãe pode invocá-lo, uma vez que o pai não tem direito de decisão sobre o aborto.

É possível concluir que o assunto compete só à mulher e apenas a ela que o médico tem de cumprir o seu dever de informação, porque está em causa uma intervenção que põe atinge a sua saúde e vida. E ainda que seja possível determinar um dever de informação do médico também para o pai (seja por entender que ele representa o interesse do filho – art. 1878.º do CCP – ou porque ele tem direito de participar das decisões relativas à vida conjugal comum – art. 1671.º, n.º 2 do CCP –), em sede de *wrongful birth* não seria possível, visto que ainda que o médico informasse ao pai das condições do filho esse jamais poderia fazer algo se a mulher desejasse prosseguir com a gestação.

⁴⁹ MANSO, 2012, p. 180.

⁵⁰ RAPOSO, Vera Lúcia. Direito à Imortalidade: O exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro. 2012. Tese (Doutoramento) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012. 2. v. p. 418.

Tanto é assim que o n.º 3, al. d) do Despacho n.º 5411/97, de 8 de julho, prevê que “a decisão de realizar ou não a interrupção de gravidez face aos resultados dos exames de diagnósticos pré-natal cabe à mulher”.

Apesar disso, tem-se entendido que o pai também pode figurar como autor da ação de *wrongful birth* (por isso faz-se sempre menção aos pais e não apenas à mãe ao longo deste artigo) desde que reivindique os danos que este sofreu, não a violação do direito reprodutivo, mas o sofrimento e angústia por ter um filho nessas condições; as despesas relacionadas com a educação e tratamento do filho etc.

A doutrinadora Vera Lúcia Raposo⁵¹ admite a legitimidade do pai, todavia coloca que o valor da indenização deve ser inferior ao da mãe, porque há uma parcela de danos que o homem não pode reivindicar referente à liberdade reprodutiva. Inclusive, para a autora na ausência de concomitante pedido da mãe de indenização pela violação da autodeterminação reprodutiva, os danos do pai caem por terra, pois os danos derivados daquele direito com ele sucumbem, à exceção do sofrimento causado por não ter sido informado e preparado para ter um filho naquelas condições, que nesse caso, não será uma *wrongful action*.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA

Em Portugal, a decisão do Tribunal Administrativo e Fiscal de Coimbra⁵², de meados de 2011, em sede de *wrongful birth*, acabou por condenar o centro responsável. Embora tenha recusado no que toca ao pedido por danos patrimoniais, deu-lhe provimento na parte relativa aos danos não patrimoniais (25.000,00 euros), sendo a primeira decisão favorável nesse sentido no judiciário português.

Em 2012 foi a vez do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL)⁵³ defrontar-se com uma ação interposta pelos pais (tanto em sede de *wrongful birth* como representando a criança em sede de *wrongful life*) de uma criança nascida com gravíssimos problemas de saúde.

⁵¹ RAPOSO, 2012, p. 111.

⁵² PORTUGAL. Tribunal Administrativo e Fiscal de Coimbra. Processo n.º 533/97. Coimbra, 08 de maio de 2011.

⁵³ PORTUGAL. Tribunal de Relação de Lisboa. Processo n.º . 1585/06.3TCSNT.L1-1. Relator: Rui Vouga. Lisboa, 10 de janeiro de 2012.

O tribunal manteve a condenação da primeira instância na indenização de 7500 euros por danos não patrimoniais para cada um dos progenitores (substancialmente menos que os 100.00,00 euros que cada um pedia). Assim o TRL apenas teve oportunidade de apreciar este pedido (e a partir do recurso interposto pelo réu), uma vez que os autores não recorreram do indeferimento do pedido de indenização por danos patrimoniais, conformando-se com a sua recusa por parte do tribunal de primeira instância, muito embora o TRL tenha deixado explícito no seu acórdão que, caso os autores houvessem mantido o pedido, lhes daria razão, dado os elevados custos adicionais de um filho naquelas condições.

Vale notar que no que respeita aos danos não patrimoniais, o TRL não se deixou prender pela descoberta daquela que teria sido a decisão dos pais se devidamente informados, com o argumento segundo o qual o fundamento da sua pretensão não reside no fato de terem sido impedidos de abortar, mas sim na anulação da mera possibilidade de livremente tomarem uma decisão.

Posteriormente, foi a vez do Tribunal da Relação do Porto (TRP)⁵⁴ se pronunciar sobre um caso semelhante, relativo a uma criança que nascera com síndrome poliformativo, não obstante o médico radiologista que realizara as ecografias ter assegurado que se tratava de um feto normal.

O pedido de indenização à mãe foi concedido quer em primeira quer em segunda instância, tanto aos danos patrimoniais, em virtude do lucro que deixara de obter por abandonar a atividade profissional, tendo em conta a impossibilidade de compatibilizar um trabalho com a dedicação exclusiva que a condição da criança exigia; quanto por danos não patrimoniais, em função da violação do seu direito à autodeterminação reprodutiva, dano este ao qual se junta o desgosto e angústia que se sente ao ver o sofrimento da criança.

Mais recentemente, em 13 de janeiro de 2013, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal⁵⁵ foi acionado novamente a se manifestar em uma ação em que, não obstante ter havido uma qualificação da gravidez da mãe do

⁵⁴ PORTUGAL. Tribunal de Relação do Porto. Processo nº 9436/06.6TBMTS.P1.S1. Relator: Felipe Caroco. Porto, 1 de março de 2012.

⁵⁵ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº 9436/06.6TBMTS.P1.S1. Relatora: Ana Paula Boularot. Lisboa, 17 de janeiro de 2013.

autor como de alto risco por parte de uma médica obstetra, verificaram-se erros grosseiros no diagnóstico pré-natal, por parte desta e da clínica de radiologia na qual a mãe realizou os exames durante a gravidez. Tendo-lhe sido sucessivamente dito que tudo estava normal, no entanto, a criança veio a nascer com graves deformações físicas.

Foi intentada tanto uma ação de *wronful birth* quanto de *wrongful life*, pretensões que foram deferidas, quer quanto aos danos patrimoniais, quer quanto aos danos não patrimoniais.

CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi mencionado, conclui-se que não pode o médico ser “desculpabilizado” ao não prestar informações ou prestá-las de maneira incorreta quanto ao diagnóstico realizado em sede de DPI e DGPI, de modo a tolher o direito reprodutivo dos pais, não só de ter um filho saudável, mas de não tê-lo, direito este que vem sendo consagrado como um direito fundamental.

Apesar da *wrongful birth action* possuir algumas dificuldades técnicas para a determinação da responsabilidade civil diante dos debates ideológicos criados no plano do dano e do nexo de causalidade, de forma geral a doutrina portuguesa, bem como os tribunais portugueses vêm a entender que o seu reconhecimento não colide com a Constituição e o valor supremo da vida humana ou, pelo menos, não vai além da limitação deste valor previsto nas normas sobre o aborto⁵⁶.

Entretanto, a evolução das técnicas e ciência médica (inclusive de diagnóstico) parecem apontar para um futuro de maiores discussões sobre o assunto, seja pela cada vez maior facilidade de detectar uma doença desde antes do ventre materno, situação em que deve o médico estar cada vez mais atualizado para não errar o diagnóstico, sempre informando todas as possibilidades as partes envolvidas; seja pela maior probabilidade de nascer uma criança saudável com o uso da ciência, fazendo com que os pais se tornem mais exigentes com os profissionais da área para prevenir e detectar doenças e anomalias.

⁵⁶ KERN, Gisela Hildegard. O valor absoluto da vida humana – limite para a responsabilidade civil. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano 4, p. 87-88, 2007.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. Do nexos de causalidade ao nexos de imputação: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causa ao nível da responsabilidade civil extracontratual. v. 2. Cascais: Príncipe, 2013.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa: Anotada. 4. ed. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- CORDEIRO, António Menezes. Tratado de Direito Civil Português. 2. ed. v. 1. Tomo 3. Coimbra: Almedina, 2007.
- CORREIA, Vanessa Cardoso. Wrongful life action – comentário ao acórdão do supremo tribunal de justiça de 19 de junho de 2001. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 1, n. 2, p. 125-131, 2004.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das Obrigações. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1994.
- DIAS, João Álvaro. Procriação Assistida e Responsabilidade Médica. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- DIAS, Jorge Figueiredo; MONTEIRO, Jorge Sinde. Responsabilidade Médica em Portugal. Lisboa: [s.n.], 1984. p. 5-68. (Separata do Boletim do Ministério da Justiça).
- DIAS, Jorge Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. “Art. 142.º”. In: CARVALHO, Américo Taipa de et al. Comentário comimbricense do Código Penal: parte especial. Tomo 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- FRADA, Manuel Carneiro da. A própria vida como dano. *Revista da ordem dos advogados*, Lisboa, ano 68, v. 1, p. 1-14, 2008. Disponível em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=1&idsc=71981&ida=72382 Acesso em: 03 dez. 2014.
- KERN, Gisela Hildegard. O valor absoluto da vida humana – limite para a responsabilidade civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 4, p. 79-88, 2007.
- MANSO, Luís Duarte Baptista. Responsabilidade civil em diagnóstico pré-natal – o caso das acções de “wrongful birth”. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 9, n. 18, p. 161-182, 2012.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição da República Portuguesa Anotada. Tomo 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- MONTEIRO, Fernando Pinto. Direito a não existência, direito a não nascer. In: MONTEIRO, Fernando Pinto et al. Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 131-138.
- MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. Aspectos particulares da responsabilidade médica: seguro do doente, responsabilidade dos agentes do Estado, perda de chance. In: ASCENSÃO, Oliveira et. al. *Direito da Saúde e Bioética*. Lisboa: Lex, 1991. p. 133-152.

- _____. Responsabilidade por Conselhos recomendações ou informações. Coimbra: Almedina, 1989.
- MORILLO, Andrea Macía. La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life). Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- NUNES, Rui. O diagnóstico pré-natal da doença genética. In: NUNES, Rui; MELO, Helena (Coord.). Genética e reprodução humana. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2000. p. 81-131. (Coletânea Bioética Hoje, 1).
- OLIVEIRA, Guilherme. Temas de direito da medicina. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- _____. Um caso de selecção de embriões. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 1, n. 1, p. 7-13, 2007.
- PACHECO-JIMÉNEZ, M. N.. Acciones Wrongful Birth y wrongful life: una controvertida vía de responsabilidad civil médica. In: SEMINARIO PERMANENTE DE CIENCIA SOCIALES, Cuenca. Documento de trabajo. Cuenca: Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, 2011/2, p. 3 - 16.
- PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. A vida, um dano indemnizável?. *Brotéria: Cristianismo e Cultura*, ano 4, v. 156, p. 335-336, 2003.
- PEREIRA, André Dias. O consentimento informado na relação médico-paciente. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- _____. O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 435-497. (Separata de Responsabilidade Civil dos Médicos).
- PEREIRA, André Dias. Responsabilidade médica e consentimento informado: Ónus da prova e nexos de causalidade. In: CONFERÊNCIA APRESENTADA NO CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS E JUDICIÁRIOS DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU, 2008, Macau. Coimbra: Estudo Geral – Repositório Digital da Produção Científica da Faculdade de Coimbra, 2008, p. 1 - 33.
- PINTO, Paulo Mota. Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”). *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 4, n. 7, p. 5-25, 2007.
- RAPOSO, Vera Lúcia. As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life). *Revista portuguesa do dano corporal*, Coimbra, ano 19, n.º 21, p. 61-99, 2010.
- _____. Direito à Imortalidade: O exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro. 2012. Tese (Doutoramento) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012. 2. v.
- _____. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (wrongful life e wrongful birth). *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 33, n. 132, p. 71-125, 2012.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos. *Direito e Justiça*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, v. 14, Tomo 3, p. 161-251, 2000.

SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta. *A Lei de Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

VICENTE, Marta de Sousa Nunes. Algumas reflexões sobre as acções de wrongful life: A jurisprudência perruche. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 6, n. 11, p. 121, 2009.

JURISPRUDÊNCIAS

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 101. Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Lisboa, 03 de março de 2009.

PORTUGAL. Tribunal Administrativo e Fiscal de Coimbra. Processo nº 533/97. Coimbra, 08 de maio de 2011.

PORTUGAL. Tribunal de Relação de Lisboa. Processo nº . 1585/06.3TCSNT.L1-1. Relator: Rui Vouga. Lisboa, 10 de janeiro de 2012.

PORTUGAL. Tribunal de Relação do Porto. Processo nº 9436/06.6TBMTS.P1.S1. Relator: Felipe Carço. Porto, 1 de março de 2012.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº 9436/06.6TBMTS.P1.S1. Relatora: Ana Paula Boularot. Lisboa, 17 de janeiro de 2013.

A RELAÇÃO ENTRE AS DIFERENTES FASES DO PROCESSO DE CRIAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A INTERVENÇÃO JUDICIAL

Fernanda Barreto Alves¹

Rafael Meireles Saldanha²

“A definição das alternativas é o instrumento supremo de poder, porque a definição de alternativas é a escolha dos conflitos, e a escolha dos conflitos aloca poder”.

(Elmer Eric Schattschneider, 1960).

1 INTRODUÇÃO

Sob o ponto de vista jurídico, as políticas públicas são um conjunto heterogêneo de medidas. Cumpre salientar que o conceito de políticas públicas, segundo Maria Paula Dallari Bucci³:

¹ Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RIO (2010). Mestre em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RIO (2011). Atualmente, é doutoranda em Relações Internacionais e ministra a disciplina de Genocídio e Política Internacional na mesma universidade. Possui interesse nas áreas de conflitos contemporâneos, relações de gênero, justiça transicional e políticas de memorialização. Bolsista CAPES. E-mail: nanda-alves@hotmail.com

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO (2009). Especialista em Segurança Pública, Cultura e Cidadania pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ (2011). Mestre em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO (2014). Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais na Universidade de Coimbra – UC. Bolsista CAPES. E-mail: saldanha.rafael@hotmail.com.

³ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: Idem (org.) Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 29.

É o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

No entanto, ressalta-se que os processos juridicamente regulados são apenas alguns dos fatores que interferem no processo de decisão política, pois geralmente esta depende também de uma série complexa e desordenada de protagonistas e eventos históricos. Dessa maneira, frisa-se que a observância de todos os processos na formulação e execução de uma política pública não garante seu efetivo sucesso. Do mesmo modo, a interferência do poder judiciário na formulação de políticas públicas igualmente não assegura o seu sucesso.

Devido à diversidade de fatores intrínsecos na formulação das políticas públicas, por vezes não sistematizados, optou-se no presente trabalho pelo conceito de Charles Lindblom⁴:

*As políticas públicas podem ser conceituadas, portanto, como instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos.*⁵

Nesse sentido, também é necessário tecer alguns esclarecimentos acerca do termo política. Na língua portuguesa esta palavra possui duas acepções. A primeira diz respeito à política como a ciência do governo das nações. Já a outra dimensão de política está relacionada com orientações para tomada de uma decisão, podendo, inclusive, se referir até mesmo às escolhas feitas por particulares. Política no sentido da arte de governar é expresso na língua inglesa pelo termo “*politics*”, já para a ideia da tomada de uma decisão é utilizado o termo “*polic*”.

⁴ O intuito é utilizar um conceito de política pública menos restrito visto que, dada a sua complexidade, não se pode conceitualizá-lo de maneira definitiva. A opção por um conceito advindo do campo da Ciência Política faz-se necessária por dar embasamento ao argumento aqui defendido de que as políticas públicas não são precisas e objetivas, com início e fim claros; não se busca argumentar em favor de um modelo aplicável a qualquer contexto, mas enfatizar precisamente seu caráter relacional e contingente.

⁵ LINDBLOM, Charles E. O processo de decisão política. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1981, p.: 37

Utilizou-se neste trabalho a palavra política no sentido de “*policy*”, ou seja, vinculada ao segundo aspecto do termo, referindo-se à análise das orientações e critérios para a tomada de uma decisão. Leonardo Vecci ressalta que a expressão política pública vincula-se justamente a esta ideia de Política:

*O termo **política pública** (public policy) está vinculado a esse segundo sentido da palavra “política”. Políticas públicas tratam do conteúdo concreto e do conteúdo simbólico de decisões políticas, e do processo de construção e atuação dessas decisões. Exemplos do uso do termo “política” com esse sentido estão presentes nas frases “temos de rever a política de educação superior no Brasil”, “a política ambiental da Amazônia é influenciada por ONGs nacionais, grupos de interesse locais e a mídia internacional”, “percebe-se um recuo nas políticas sociais de países escandinavos nos últimos anos”.⁶*

Cabe ainda conceituar como ponto central para análise das políticas públicas o problema público. Percebe-se que para defini-las é crucial que as soluções almejadas tenham abrangência capaz de servir à comunidade. Para que o problema seja público este deve se aproximar mais de uma ideia coletiva do que individual. Por exemplo: um cano de água de uma rua que ocasiona a falta de água para os moradores exige uma solução por parte do Estado, mas este seria, de fato, um problema público? Entretanto, uma campanha organizada por uma organização civil, que abrange uma cidade, com a proposta de racionamento do uso da água para evitar o desperdício, fomentando assim um crescimento sustentável, seria um bom exemplo de problema público.

Dessa forma, observa-se que a questão central não é identificar qual ator, estatal ou não, será o provedor da política pública, e sim se o problema identificado é público ou não. E é justamente deste termo público que resulta a expressão política pública. Não obstante, se reconhece que o Estado tem maior autonomia, poder e discricionariedade para implementar as políticas públicas, sendo certo que a Constituição Federal de 1988⁷ estabeleceu três poderes que, de forma harmônica, são a composição deste governo.

As políticas públicas desempenhadas por um dos poderes estatais são chamadas de ações governamentais. Estas são um subgrupo do conjunto maior que compõe as políticas públicas.

⁶ SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas: Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2012, p. 1.

⁷ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 2º: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

No entanto, na literatura especializada existe grande divergência doutrinária para a definição do que é considerado política pública. Para a abordagem estatista, apenas aquelas ações protagonizadas pelos agentes estatais são levadas em consideração.

Dentre os defensores dessa linha de argumentação, por exemplo, se encontra Maria Paula Dallari Bucci⁸. Entretanto, até mesmo os que compartilham deste entendimento, reconhecem outros agentes como peças importantes na formulação das políticas públicas, na medida em que expõem seus interesses de forma a influenciar o próprio processo. Mas a tomada de decisão ocorre sempre verticalmente, sendo sua característica principal a governança por meio de ordens, o que não permite uma interação entre todos os agentes afetados pela medida.

No Brasil, a interferência do judiciário na formulação e execução de políticas públicas é apenas um dos fatores que influenciam o processo de decisão política, que depende de uma série desordenada de atores e eventos históricos, como sustenta Charles Lindblom⁹, por isso não há garantias que a interferência irá assegurar o sucesso do processo.

Dessa maneira, percebe-se ser mais adequada uma abordagem multicêntrica para a tomada de decisões. O Estado, ao estabelecer a política pública, nem sempre a faz conscientemente e ainda, a política pública não precisa ser necessariamente eficaz. Portanto, se se almeja uma otimização do modelo, é necessário uma perspectiva mais plural para a análise.

2 A ABORDAGEM MULTICÊNTRICA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Desde meados da década de 1980 estudos buscaram oferecer uma visão geral da participação dos diferentes agentes e a suas relações de interesses entre eles, tratando do assunto por uma abordagem multicêntrica das políticas públicas, a chamada análise das redes de políticas (*policy networks*). Volker Schneider ressalta que a rede de políticas públicas foge ao modelo vertical, e se aproxima de uma cooperação entre organizações tanto públicas quanto privadas:

⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. Cit., p. 39.

⁹ LINDBLOM, Charles E. Op. Cit..

A “produção de políticas públicas”, a problematização e o processamento político de um problema social não é mais um assunto exclusivo de uma hierarquia governamental e administrativa integrada, senão que se encontra em redes, nas quais estão envolvidas organizações tanto públicas quanto privadas¹⁰.

O referido autor prossegue identificando que para o modelo centrado no estado de governança, as políticas públicas ou são determinadas por um único ator ou são espontaneamente não planejadas, entretanto, nas redes, existe uma interação entre estes dois extremos:

Para efeitos de síntese, a especificidade das relações organizadas de produção de políticas através de redes de políticas públicas pode ser localizada em um eixo bidimensional, que se divide ao longo dos eixos “forma de coordenação e “status social” dos atores envolvidos. O eixo forma de coordenação e condução contém, por um lado, o ponto extremo de uma configuração na qual uma política específica é determinada por um único ator (principal) e formulado e convertido em relações de autoridade (hierarquia) De outro lado, encontra-se o ponto extremo em que a política se forma a partir da ação espontânea, não planja e inconsciente de muitos atores persistentes e dispersos (mercado). Redes, ao contrário, estão entre esses dois pontos extremos onde se encontram os contextos de interação, nos quais o número de atores envolvidos em uma política fica visível e em que os atores estão informados sobre seus respectivos interesses, ajustam ou negociam sua ação conjunta, e também podem por fim estabelecer cooperação de longo prazo.¹¹

Destaca-se que o Estado, ao promover políticas públicas por meio de redes, não fica fragilizado em seu poder ou prisioneiro em suas decisões. As mudanças tecnológicas, o grande fluxo de informações, a globalização, dentre outros fatores, torna a sociedade cada vez mais dinâmica. O Estado deve adaptar-se a essa realidade e dividir uma parcela de sua responsabilidade na implementação de políticas públicas. Hermílio Santos¹² ressalta essa possibilidade:

Trata-se de um Estado que perdeu suas pretensões de dirigismo, mas que não abdicou de se papel de formulador e implementador de

¹⁰ SCHNEIDER, Volker. Redes de políticas públicas e a condução de sociedades complexas. Civitas. Revista de Ciências Sociais, v. 5. N1, jan-jun. 2005, p. 37.

¹¹ *Ibidem*, p. 40-41.

¹² SANTOS, Hermílio. Perspectivas contemporâneas para a constituição de redes de políticas públicas. Civitas. Revista de Ciências Sociais, v. 5. N1, jan-jun. 2005, p. 62-63.

políticas. Entretanto, este papel tradicional passa a ser combinado com uma nova maneira de processar as demandas, a saber, quando atores não-estatais passam a estar incluídos ex ante na identificação de problemas e na proposição de soluções, inclusive com alguns desses atores assumindo parcela da responsabilidade em sua implementação. (...) No Brasil, estaríamos nos afastando de maneira consistente daquela realidade em que o Estado cria, organiza e regula as sociedades, enfim, o Estado deixa de ser o centro da sociedade.

Dessa forma, observa-se que entre o Estado e o mercado, encontram-se as demais instituições da comunidade societária que cumprem o papel de tornar as políticas públicas menos centradas no Estado. Além disso, o fato relevante a ser considerado, consiste nos movimentos sociais que propõem uma ampliação dos direitos fundamentais e como, por muitas vezes, estão em oposição aos grupos de interesse dominante, acabam por tornar mais ampla a agenda estatal (aqui entendida com um conjunto de problemas ou temas relevantes a serem solucionados pelo Estado¹³).

3 O CICLO DE CRIAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A elaboração das políticas públicas é conhecida como ciclo de políticas públicas. Neste ciclo de políticas é possível visualizar as diferentes etapas do processo, auxiliando a melhor compreensão do objeto de estudo. Leonardo Secchi¹⁴ restringe o modelo as sete momentos distintos e independentes: 1) identificação do problema, 2) formação da agenda, 3) formulação de alternativas, 4) tomada de decisão, 5) implementação, 6) avaliação, 7) extinção.

Embora estejam em forma sequencial, as fases podem se alternar. Como sustenta Wildavsky¹⁵, em alguns contextos, a identificação do problema acontece no final do processo e as fases de avaliação da política pública, por vezes, ocorre antes da resolução do problema.

¹³ SECCHI, Leonardo. *Op. Cit.*, p. 36.

¹⁴ *Ibidem*, p. 33.

¹⁵ WILDAVSKY, A.B. *Speaking truth to power: the art and craft of policy analysis*. Boston: Little Brown, 1979, p. 45.

Para Sjöblom¹⁶ a identificação do problema público envolve a percepção do problema, a definição ou delimitação do problema, a avaliação da possibilidade de resolução. Os partidos políticos, os agentes políticos e as organizações não governamentais são alguns dos agentes que buscam identificar o problema público.

Quando um ator com poder decisório democrático possui interesse na resolução de algum problema identificado por ele, ou por outro ator político, então este problema pode entrar na lista de prioridades de atuação e essa lista é chamada de agenda.

A agenda é constituída por vários problemas postos como relevantes e que seguem uma lista de prioridades. Cabe ressaltar que os problemas identificados podem entrar e sair da agenda, ou ainda, podem ganhar notoriedade e subir posições nas prioridades ou diminuir sua relevância na agenda.

Após ser identificado o problema, e sua inserção na agenda, faz-se necessário enfrentar as dificuldades para a implementação da solução, formulando alternativas para que seja possível a resolução do problema. Esta fase é crucial para entender a temática das políticas públicas, pois é nesse momento que o poder estatal é exercido. Schattschneider¹⁷ alerta que: *"a definição das alternativas é o instrumento supremo de poder, porque a definição de alternativas é a escolha dos conflitos, e a escolha dos conflitos aloca poder"*.

A formulação de alternativas se desenvolve analisando os custos e benefícios de cada alternativa possível. Além disso, se estabelece também os objetos da alternativa, ou seja, o que se espera após sua implementação. Secchi¹⁸ observa que os objetivos podem ser menos ou mais específicos. Isso ocorre porque quanto mais concretos forem os objetivos, mais fácil será verificar a sua eficácia, entretanto, a fixação de metas é tecnicamente dificultosa e, portanto, nem sempre será possível:

O estabelecimento de objetivos é o momento em que políticos, analistas de políticas públicas e demais atores envolvidos no processo

¹⁶ SJÖBLOM, G. Problemi e soluzioni in politica. Revista Italiana di Scienza Politica, v. 14, n. 1, p. 41-85, 1984, p. 79.

¹⁷ SCHATTSCHNEIDER, Elmer Eric. The semisovereign people: a realist's view of democracy in America. Nova York: Holt, Rinehart and Winston, 1960, p. 68.

¹⁸ SECCHI, Leonardo. Op. Cit., p. 37.

resumem o que esperam que sejam os resultados da política pública. Os objetivos podem ser estabelecidos de maneira mais frouxa (por exemplo, melhorar a assistência social do município, diminuir o nível de desemprego) ou de maneira mais concreta (por exemplo, reduzir em 20% o número de sequestros, no município X, nos próximos seis meses). Quanto mais concretos forem os objetivos, mais fácil será verificar a eficácia da política pública. No entanto, sabemos que em muitas ocasiões o estabelecimento de metas e tecnicamente dificultoso, como nos casos em que resultados quantitativos da política pública não conseguem mensurar elementos qualitativos mais importantes. O estabelecimento de metas também pode ser politicamente indesejável, como nos casos em que as probabilidades de sucesso são baixas e a frustração de metas traria prejuízos administrativos e políticos insuportáveis. Não obstante, o estabelecimento de objetivos é importante para nortear a construção de alternativas e a s posteriores fases de tomada de decisão, implementação e avaliação de eficácia das políticas públicas.

A fase de tomada de decisão vem logo após a fase de formulação de alternativas no processo de elaboração de uma política pública. A tomada de decisão é justamente o momento que prevalece alguns dos interesses dos diversos agentes envolvidos em todo o processo.

Lindblom¹⁹ propõe que a tomada de decisão obedeça a um modelo inspirado no incrementalismo. Este modelo tem como principal característica o fato de que as decisões são consideradas dependentes dos atores envolvidos no processo de criação da política pública, e fazendo com que, muitas vezes, a decisão tomada não seja necessariamente a melhor opção, e sim o resultado de um jogo de interesse que foi lapidado pela arena política.

Para esse modelo, a identificação do problema depende da percepção do que é público e a solução depende da atuação na arena política dos atores que possuem interesse em ver suas soluções implementadas. Todo esse processo depende, necessariamente, de diversos eventos que nem sempre estão coordenados especificamente para a formulação de uma política pública, como a aprovação do orçamento público, eleições, substituição de membros do poder Executivo, criação de leis pelo Poder Legislativo. Em resumo, dependem do processo democrático definido pela

¹⁹ LINDBLOM, Charles E. Op. Cit., p. 37.

Constituição vigente. A convergência de todos os fatores que influenciam o processo cria uma *janela de oportunidade*, ou seja, um momento propício para a implementação de soluções políticas favoráveis.

A fase que se segue, a implementação da política pública, surge após as alternativas viáveis já estarem definidas e a tomada de decisão cristalizada pelo debate que se seguiu. Nesta fase, as regras e rotinas deliberadas se transformam em ações que serão realizadas pelo poder público. Portanto, neste momento, pode-se dizer que as “regras do jogo” já foram estabelecidas e deverão ser cumpridas. Este momento de análise ganha bastante destaque, pois é possível observar os variados obstáculos enfrentados e as falhas que podem surgir, além de ser perceptível também estudar erros anteriores à tomada de decisão, identificando outros problemas e objetivos mal definidos.

A avaliação da política pública é o momento em se delibera o desempenho da implementação com a intenção de melhor visualizar o estado da política e o nível de eficácia da medida. Secchi²⁰ identifica como os principais critérios usados para avaliações a economicidade, eficiência econômica, eficiência administrativa, eficácia, equidade:

A avaliação de uma política pública compreende a definição de critérios indicadores e padrões (performance standards).

Os critérios são mecanismos lógicos que servem como base para escolhas ou julgamentos. Os critérios se fundamentam em entendimentos valorativos da realidade e abastecem o avaliador de parâmetros para julgar se uma política pública funcionou bem ou mal.

Os principais critérios são:

Economicidade: refere-se ao nível de utilização de recursos (inputs).

Eficiência econômica: trata da relação entre inputs (recursos utilizados) e outputs (produtividade).

Eficiência administrativa: trata do seguimento das prescrições, ou seja, do nível de conformação da execução a métodos preestabelecidos.

Eficácia: corresponde ao nível de alcance de metas ou objetivos preestabelecidos

²⁰ SECCHI, Leonardo. *Op. Cit.*, p. 50.

Equidade: trata da homogeneidade de distribuição de benefícios (ou punições) entre os destinatários de uma política pública.

Subirats²¹ identifica ainda que a avaliação de uma política pode possuir diversas conotações, podendo ser jurídica, técnica ou política. A avaliação jurídica deve se voltar aos aspectos legais, sob a ótica do princípio da legalidade, probidade administrativa e equidade. Já uma avaliação voltada aos aspectos técnicos privilegiará a eficácia e a economicidade para melhor utilização dos recursos. Enquanto que uma avaliação política utilizará a percepção dos diversos atores envolvidos no processo de formulação, bem como o grau de satisfação e importância aos interesses dominantes para a criação da medida.

Por fim, a última fase do ciclo das políticas públicas é a extinção. Estes estudos tiveram especial destaque por volta de 1970, quando nos países desenvolvidos as diversas políticas sociais derivadas do Estado de bem-estar social são confrontadas por um modelo de menor intervenção estatal. Para Giuliani²², são os motivos da extinção de uma política pública. Primeiro, se o problema que originou a política está resolvido, segundo, se os programas, as leis ou ações que proporcionaram a medida são ineficazes, e terceiro, embora não resolvido o problema, se este perdeu importância na agenda.

No entanto, o autor ressalta ainda que a extinção das políticas públicas é difícil, sobretudo quando há relutância por um grande número de beneficiários que desencadeiam o novo processo de debate na arena política, resultando em um novo conflito de interesses entre os agentes envolvidos.

Neste trabalho, buscar-se-á analisar a formulação das políticas públicas e a atuação do poder judiciário frente ao debate dos diversos atores envolvidos no processo sob a ótica de redes de políticas públicas, buscando, assim, aperfeiçoar os resultados. Antes se faz necessário identificar estes diversos atores envolvidos.

Procurar-se-á analisar, mais especificamente, o Poder Judiciário como agente estatal envolvido no processo de tomada de decisão de políticas públicas, enfocando a relação entre a intervenção dos juízes e a democracia.

²¹ SUBIRATS, J. Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración. Madrid: Inap, 1989, p. 56.

²² GIULIANI, M. Policy termination. In: CAPANO, G.; GIULIANI, M. Dizionario di Politiche Pubbliche. Roma: Carocci, 2005, p. 137.

4 A RELAÇÃO ENTRE AS FASES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E OS MOMENTOS DISTINTOS DA INTERVENÇÃO JUDICIAL

A intervenção dos juízes no controle de políticas públicas no Brasil é apenas um dos diversos fatores envolvidos no processo de decisão política. Bucci²³ ressalta que, especialmente a fase de criação de políticas públicas não é própria da atividade jurisdicional, dada a alta complexidade destes instrumentos. Dessa forma, questiona-se até que ponto a intervenção judicial possui validade para tanto:

A exteriorização da política pública está muito distante de um padrão jurídico uniforme e claramente apreensível pelo sistema jurídico. Isto se reflete em dúvidas quanto à vinculatividade dos instrumentos de expressão das políticas – o seu caráter cogente em face de governos e condições políticas que mudam – e quanto à justiciabilidade dessas mesmas políticas, isto é, a possibilidade de exigir seu cumprimento em juízo.

Além disso, a autora complementa que as políticas públicas dependem sempre de uma conotação valorativa. Por um lado o governo implementador da medida busca racionalizar a ação governamental expondo as metas e objetivos, e por outro lado, os opositores desta ação questionam a eficiência da medida, fazendo parte, portanto, do processo democrático:

Envolveriam sempre uma conotação valorativa; de um lado, do ponto de vista de quem quer demonstrar a racionalidade da ação governamental, apontando os vetores que a orientam; de outro lado, da perspectiva de seus opositores, cujo questionamento estará voltado à coerência ou eficiência da ação governamental. Essa dimensão axiológica das políticas públicas aparece nos fins de ação governamental, os quais se detalham e concretizam em metas e objetivos²⁴.

Dessa maneira, a criação, implementação e avaliação de políticas públicas unilateralmente pelo poder judiciário fere o princípio democrático, pois a tomada de decisão política não reflete a vontade da maioria, ainda que seja realizada seguindo os princípios norteadores da ação judicial. Na realidade, é contraditório juízes não-eleitos limitarem a vontade de representantes eleitos pela sociedade por meio de um processo democrático previsto pela constituição vigente.

²³ BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 257.

²⁴ *Ibidem*, p. 252.

Entretanto, também é assegurado ao cidadão a possibilidade de recorrer à justiça caso haja violação a algum direito seu, pois a Constituição deixa claro como direito fundamental previsto no art. 5º, XXXV que o Poder Judiciário não pode se escusar de apreciar qualquer lesão a direito. Por este motivo, cresce tanto a judicialização de políticas públicas objetivando a apreciação do seu conteúdo.

Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Portanto, se faz necessário estabelecer limites a esta intervenção, de maneira que sejam respeitados os princípios constitucionais que asseguram a democracia. Por isso, pretende-se dar enfoque a relação da judicialização de políticas públicas com a democracia, argumentando que a intervenção judicial se mostrará diferentemente adequada para os momentos distintos do ciclo de políticas públicas.

Para tanto, observa-se que o controle judicial de políticas públicas pode ser anterior, simultâneo ou posterior à medida, se relacionando assim com as diferentes fases do ciclo, qual seja, criação, implementação ou avaliação.

Deve-se primeiramente identificar que as fases do ciclo que se relacionam com a criação ou extinção de políticas públicas são: (1) identificação do problema, 2) formação da agenda, 3) formulação de alternativas, 4) tomada de decisão, 7) extinção. E estas demandam uma intervenção judicial de caráter anterior à própria política pública ou pretendem uma modificação da mesma, o que acarreta, de qualquer maneira, o descumprimento daquilo que foi acordado pelo “jogo de interesses” (inerente ao processo democrático) que se estabeleceu até a sua implementação.

Pretende-se, a partir da identificação desta relação entre as fases do ciclo e do momento que se dá essa intervenção, examinar os limites impostos pela própria Constituição para que o controle seja de forma democrática. Percebe-se que não é possível, pelo processo democrático, a formulação de políticas públicas pelo próprio Poder Judiciário, na medida em que se substituiria, indiscriminadamente, a vontade da maioria pela vontade judicial.

Se o direito pleiteado pelo cidadão se funda, por exemplo, no fornecimento de medicamento experimental não fornecido pelo SUS, a ingerência pelo Poder Judiciário estaria ferindo o princípio da separação dos poderes, na medida em que seria retirada a discricionariedade da

Administração Pública em analisar, pelo órgão técnico responsável, o custo-benefício (e os riscos) de adotar a medida pleiteada.

Daniel Sarmiento²⁵ destaca que há atualmente uma elevada produção acadêmica, especialmente de origem anglo-saxônica, sobre modelos teóricos que estimulam o diálogo entre instituições. Privilegiaram-se aqui algumas das ideias formuladas por Rosalind Dixon²⁶, principalmente acerca das vantagens de decisões co-participadas.

O diálogo institucional procura maximizar o alcance das deliberações constitucionais. Para o presente estudo traz-se a ideia de que não se deve afastar completamente a intervenção do judiciário na criação e implementação de políticas públicas. Segundo Dixon²⁷, os tribunais devem servir de palco para o diálogo, por vezes intervindo para comunicar falhas neste diálogo, abrindo os canais, e nos casos extremos, quando relacionados à implementação, agindo coercitivamente. O que se ressalta da teoria do diálogo é que a atuação do poder judiciário não seja somente dotada de uma postura repressiva, ou seja, de máxima intensidade (*strong form*).

Este tipo de abordagem, por exemplo, estimula a participação da comunidade, como no caso das Audiências Públicas, que aprofundam a discussão em torno do processo político de formulação de políticas públicas, e dessa maneira, tendem a otimizar o impacto das decisões políticas²⁸.

Além disso, a autora ressalta que estes mecanismos de diálogo entre as instituições e a comunidade permitem a superação da falta de conhecimento técnico, por parte dos magistrados, de uma determinada política pública.

Portanto, a intervenção judicial na fase de criação de políticas públicas deve se dar em menor intensidade, pois se afasta em muito da característica revisora e de inércia deste poder. A intervenção deve ocorrer somente para proteger a própria democracia, utilizando-se de mecanismos que propiciem o diálogo e a participação da comunidade neste processo de formulação.

²⁵ SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidade. In: Marcelo Novelino. (Org.). Leituras Complementares de Direito Constitucional. Teoria da Constituição. Salvador: Jus Podivm, 2009, v. , p. 31-68.

²⁶ DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socio-economic rights: strong v. Weak-form judicial review revisited. Center For Human Rights And Global Justice Working Paper. Economic, Social And Cultural Rights Series n.3, p. 11-52, 2006.

²⁷ *Ibidem*, p. 40.

²⁸ *Ibidem*, p. 39-40.

Dessa maneira, observa-se que este momento de controle judicial de políticas públicas se aproxima do modelo de democracia procedimental sugerida por John Hart Ely²⁹ e Jürgen Habermas³⁰, bem como também está inserida no debate entre democracia representativa e participativa.

Já o segundo momento de controle judicial de políticas públicas se dá na fase de implementação da medida, ou seja, as regulamentações para a execução do direito já foram determinadas e a administração tem o dever de cumprir o que foi estabelecido. Neste momento, a lesão ao direito pleiteado pelo cidadão está fundamentada, sobretudo, na eficácia da medida e no princípio da isonomia.

Embora o Estado alegue dificuldades orçamentárias para implementar uma política pública, o que justificaria a sua ineficácia, invocando para tanto o princípio da reserva do possível, autores como Ronald Dworkin³¹ e Robert Alexy³² sustentam que a Administração Pública deve escolher ao menos uma das alternativas possíveis que estão a sua disposição para execução de uma política pública, residindo justamente nesta escolha a discricionariedade administrativa. Contudo, esta alternativa deve ser eficaz. Para os referidos autores, não se pode alegar o princípio da reserva do possível ao ser confrontado com questões que envolvam o mínimo existencial, uma vez que este é assegurado pela proteção e promoção dos direitos fundamentais.

Observa-se que este momento de atuação do Poder Judiciário na fase de implementação de políticas públicas deve ser mais intenso que o momento anterior, analisando o caso concreto para determinar sua atuação. Optou-se neste trabalho pelo entendimento de que os princípios determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades reais e jurídicas existentes, desenvolvida na teoria de Robert Alexy. No caso de colisões entre princípios, deve-se recorrer ao sopesamento dos mesmos, o que varia dependendo de cada caso analisado.

²⁹ ELY, John Hart. Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes: 2010, p. 5.

³⁰ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 141.

³¹ DWORKIN, Ronald. O Império do direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 19.

³² ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 445-446

Este tipo de intervenção judicial na fase de implementação de políticas públicas, como visto, se aproxima de uma concepção substancial de democracia, e assim, demandam mecanismos de intervenção específicos, como defendido por Dworkin.

A intervenção judicial, posterior à implementação da medida, se dá na fase de avaliação presente no ciclo de políticas públicas. Esta atuação judicial não se mostra inovadora no Brasil, já que o Poder Judiciário faz o controle de legalidade e legitimidade dos atos administrativos. Por exemplo, a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) determina como deve ser realizada a atuação do administrador público, responsabilizando-o nas esferas administrativa, civil e penal. Neste caso, a intervenção tem maior intensidade, pois está determinado na própria lei o limite da atuação do judiciário, aplicando a sanção correspondente ao caso específico determinado na norma.

5 CONCLUSÃO

Buscou-se analisar o papel do Poder Judiciário como agente estatal envolvido no processo de tomada de decisão de políticas públicas, dando ênfase na relação entre a intervenção dos juízes e a democracia.

Ressalta-se a necessidade de diferentes níveis de intensidade de atuação do poder judiciário frente às diferentes fases do processo de formulação de políticas públicas. Devendo haver um menor grau de interferência nos momentos de criação e implementação de políticas públicas, pois é precisamente nestas ocasiões que estas ingerências substituem um ato de vontade de poderes eleitos por um ato de vontade de juízes não-eleitos.

Portanto, se faz necessário observar os limites constitucionais para esta atuação de forma a não comprometer o processo democrático, frisando-se que as diferentes fases do ciclo de políticas públicas necessitam de intervenções distintas.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: Idem (org.) Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socio-economic rights: strong v. Weak-form judicial review revisited. Center For Human Rights And Global Justice Working Paper. Economic, Social And Cultural Rights Series n.3, p. 11-52, 2006.
- DWORKIN, Ronald. O Império do direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ELY, John Hart. Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes: 2010.
- GIULIANI, M. Policy termination. In: CAPANO, G.: GIULIANI, M. Dizionario di Politiche Pubbliche. Roma: Carocci, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- LINDBLOM, Charles E. O processo de decisão política. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1981.
- SANTOS, Hermílio. Perspectivas contemporâneas para a constituição de redes de políticas públicas. Civitas. Revista de Ciências Sociais, v. 5. N1, jan-jun. 2005.
- SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidade. In: Marcelo Novelino. (Org.). Leituras Complementares de Direito Constitucional. Teoria da Constituição. Salvador: Jus Podivm, 2009.
- SCHATTSCHEIDER, Elmer Eric. The semisovereign people: a realist's view of democracy in America. Nova York: Holt, Rinehart and Winston, 1960.
- SCHNEIDER, Volker. Redes de políticas públicas e a condução de sociedades complexas. Civitas. Revista de Ciências Sociais, v. 5. N1, jan-jun. 2005.
- SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas: Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2012.
- SJÖBLOM, G. Problemi e soluzioni in politica. Revista Italiana di Scienza Politica, v. 14, n. 1, p. 41-85, 1984.
- SUBIRATS, J. Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración. Madri: Inap, 1989.
- WILDAVSKY, A.B. Speaking truth to power: the art and craft of policy analysis. Boston: Little Brown, 1979.

EL USO DE LA MARCA AJENA EN LOS COMPONENTES DE REPARACION

*José Manuel Otero Lastres - Catedrático de Derecho Mercantil,
Universidad de Alcalá de Henares*

I - INTRODUCCIÓN

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en los sucesivo TJUE) ha dictado recientemente un Auto de fecha 6 de octubre de 2015 en el asunto C-500-14, Ford Motor Company (en adelante, Ford) contra Wheeltrims, srl (en adelante Weelrims), en el que efectuó una interpretación prejudicial de los artículo 14 de la Directiva 98/71/CE y el 110 del Reglamento (CE) nº 6/2002, ambos sobre Dibujos y Modelos, en relación con el artículo 6 de la Directiva 89/104/CEE de Marcas y el artículo 12 del Reglamento 207/2009 sobre la marca comunitaria. La cuestión planteada fue si el titular de una marca, en nuestro caso Ford, puede prohibir a un tercero (Wheeltrims) el uso, sin su consentimiento de la marca Ford para designar piezas de recambio o accesorios para vehículos en el marco del régimen especial de los componentes de reparación.

El Auto, que es sumamente interesante, viene a resolver un problema marcario suscitado en el ámbito del diseño como consecuencia del régimen transitorio que rige en materia de las piezas de recambio utilizadas a efectos de reparación de productos complejos. Se trata, por tanto, de una cuestión interdisciplinar en la cual la solución prevista por el legislador en sede de diseño originaba un problema interpretativo en el ámbito del derecho de marcas que el Auto del TJUE de 6 de octubre de 2015 resolvió, en mi opinión, con acierto dando una respuesta equilibrada a los intereses en juego.

Con el fin de exponer con la mayor claridad posible la cuestión, resumiré en primer lugar el Auto objeto del presente comentario (II), seguidamente recordaré el régimen de los componentes de reparación (III) y finalizaré valorando la interpretación prejudicial efectuado por el TJUE (IV).

II - EL AUTO DEL TJUE DE 6 DE OCTUBRE DE 2015 EN EL ASUNTO C-500/14

La empresa Ford es un constructor de automóviles que fabrica también accesorios y piezas de recambio para dichos vehículos, identificando tanto el automóvil como las partes componentes de éste con su marca registrada Ford. Entre los productos así marcados, Ford producía tapacubos que instalaba en las llantas de las ruedas de sus vehículos.

Por su parte, la compañía de responsabilidad limitada Wheeltrims es fabricante de piezas de recambio para automóviles de diversos constructores, y entre ellas producía tapacubos que comercializaba con la marca Ford.

Ford decidió demandar a Wheeltrims por infracción de marca registrada a lo que esta compañía contestó que el uso en sus tapacubos de la marca Ford era meramente descriptivo y que lo hacía en el marco del régimen jurídico de los componentes de reparación.

El Tribunal de Turín, órgano ante el que se ventilaba el litigio, entendió que existían serias dudas sobre el ámbito de aplicación de la cláusula de reparación, cuestión sobre la que no se había pronunciado el TJUE. Según el Tribunal italiano el artículo 110 del Reglamento (CE) nº 6/2002, que es el que contiene el régimen transitorio de los componentes de reparación, se presta a dos interpretaciones.

Según la primera, la cláusula de reparación solo autoriza a los fabricantes de piezas de recambio a comercializar piezas idénticas a la original cuando se hace con la finalidad de reestablecer la apariencia inicial de un producto complejo (un automóvil) e implica únicamente una excepción a la protección conferida por el diseño, pero no a otra modalidad de la propiedad industrial, más concretamente a una marca registrada. De acuerdo con la segunda, la cláusula de reparación tiene un carácter

general y su ámbito de aplicación ha de entenderse en sentido amplio, habida cuenta de la necesidad de devolver los productos complejos a su apariencia inicial independientemente de la existencia de otros derechos de propiedad industrial como los resultantes del registro de una marca.

A pesar de las dudas que expuso el Gobierno alemán sobre la admisibilidad de la petición de interpretación prejudicial, el TJUE consideró que la petición era admisible y de acuerdo con el artículo 99 de su Reglamento de Procedimiento, al no suscitar la cuestión prejudicial ninguna duda razonable, resolvió mediante Auto razonado. En esta Resolución el TJUE declara:

“El artículo 14 de la Directiva 98/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1998, sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos, y el artículo 110 del Reglamento (CE) nº 6/2002 del Consejo, de 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios, deben interpretarse en el sentido de que no autorizan, como excepción a las disposiciones de la Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, y del Reglamento (CE) nº 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la marca comunitaria, a un fabricante de piezas sueltas y de accesorio para vehículos automóviles, como unos tapacubos, a poner en dichos productos, un signo idéntico a una marca registrada, entre otros, para tales productos por un fabricante de vehículos automóviles, sin el consentimiento de este último, por considerar que ese uso de dicha marca constituye el único medio de reparar el vehículo, restableciendo, como producto complejo, su apariencia inicial.”

Pues bien, para determinar el alcance de esta auto, conviene detenerse brevemente en el análisis del régimen transitorio que establecen la citada Directiva 98/71/CE y el mencionado Reglamento (CE) nº 2/2002, en materia de los componentes de reparación.

III - RÉGIMEN JURÍDICO TRANSITORIO SOBRE LA PROTECCIÓN COMO DISEÑO DE LOS COMPONENTES DE REPARACIÓN

1 - Ideas preliminares

Como consecuencia de las crisis que padeció el sector del automóvil

a finales del siglo pasado, los grandes constructores consiguieron que en los textos europeos sobre el diseño, la Directiva 98/71/CE y Reglamento (CE) nº 6/2002, se contemplase la posibilidad de registrar tanto el modelo de un automóvil en su conjunto, como las partes integrantes del mismo.

Frente a esta postura reaccionaron los fabricantes de componentes de reparación, las aseguradoras y las asociaciones de consumidores, oponiéndose al reconocimiento de un derecho de diseño singular sobre las partes del todo por entender, en primer lugar, que ya se protegen las inversiones y la creatividad del autor reconociendo el derecho sobre modelo de automóvil. Añadieron que si se reconoce, además del derecho sobre el conjunto, otro derecho distinto sobre las partes, los constructores tendrán cautivos a los compradores que solo podrían aprovisionarse en los mismos con lo cual podrían, determinar el imput y el output de los productos. Por último, señalaron que si solo se pudiesen comprar los componentes de reparación al constructor del automóvil y no en el mercado de reparación, aquellos serían más caros, desaparecerían los fabricantes independientes y subirían las primas de seguro (para un estudio general de esta cuestión vid. OTERO LASTRES, J.M. "Reflexiones sobre los componentes de reparación y el artículo 110 del Reglamento (CE) nº 6/2002", en "ESTUDIOS DE DERECHO MERCANTIL. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr. h .c. José Antonio Gómez Segade", Marcial Pons 2013, pp. 819 y ss; y OTERO LASTRES, J.M. "I pezzi di ricambio nel settore automobilistico tra diritto antitrust e diritto di proprietà industriale" en ANTITRUST FRA DIRITTO NAZIONALE E DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA, pp. 587 y ss, Ed. BRUYLANT/GIUFFRÈ EDITORE, Bruselas 2015).

Como el Parlamento Europeo no logró una postura mayoritaria sobre el régimen jurídico de los componentes de reparación, se estableció un régimen transitorio, cuyas líneas son las que se exponen seguidamente.

2 - Líneas esenciales del Régimen Transitorio

El régimen transitorio para los componentes de reparación se establece esencialmente en artículo 14 de la Directiva 98/71/CE y en el artículo 110 del Reglamento 6/2002 y puede resumirse así:

(i) - No se prohíbe el registro de los componentes del producto complejo. El artículo 1 del Reglamento, en su letra a) permite el registro como diseño de la apariencia de un producto o de una parte del mismo y en la letra c) que en el caso de los productos complejos (montables, desmontables y reemplazables) admite que el diseño se materialice en cada uno de esos componentes.

(ii) - Cada componente por separado tiene que reunir los requisitos de protección: novedad, carácter singular y visibilidad durante la utilización normal del producto.

(iii) - Quedan sometidos en cuanto a su protección al régimen jurídico siguiente.

A - Consideraciones previas: el artículo 110 y la libre circulación de mercaderías

Artículo 110 Disposición transitoria

1. Hasta tanto entren en vigor las modificaciones introducidas en el presente Reglamento, a propuesta de la Comisión a este respecto, no existirá protección como dibujo o modelo comunitario respecto del dibujo o modelo que constituya un componente de un producto complejo utilizado en el sentido del apartado 1 del artículo 19 con objeto de permitir la reparación de dicho producto complejo para devolverle su apariencia inicial.

2. La propuesta de la Comisión mencionada en el apartado 1 se presentará junto con las modificaciones que la Comisión proponga sobre el mismo asunto con arreglo al artículo 18 de la Directiva 98/71/CE.

Alcance del régimen transitorio: lo dice con toda claridad el CONSIDERANDO (19) DE LA DIRECTIVA “... *si se introdujeran nuevas disposiciones, la finalidad de éstas habría de ser únicamente liberalizar el mercado de dichos componentes*”.

Lo cual es lógico a la vista de los Tratados de la UE, así:

*art. 3.3 del Tratado de la Unión Europea: establece que **se ha constituido un mercado interior basado en una economía social de mercado altamente competitiva***”.

El apartado 2 del Art. 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión

*Europea: dispone que **el mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de las mercaderías.***

El artículo 36 del TFUE dice que la libre circulación de mercancías puede verse restringida por razones de propiedad industrial, siempre que las prohibiciones resultantes de estos derechos no supongan restricciones encubiertas del comercio entre los Estados miembros.

Pues bien, a la vista de lo que antecede, es claro que UNA INTERPRETACION EXTENSIVA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL ES MENOS CONFORME CON LOS PRINCIPIOS DE LA UNION EUROPEA QUE UNA RESTRICTIVA DEL ALCANCE DE ESTOS DERECHOS.

De acuerdo con esto ¿cómo debe ser interpretado el artículo 110 del RDC, restrictiva o extensivamente?

(i).- Si se opta por una interpretación que restringe el alcance del artículo 110, en la medida en que se reducen las fronteras de la limitación, se refuerza la protección del titular del diseño en contra del principio de la libre circulación de mercaderías.

(ii).- Si se opta, en cambio, por una interpretación extensiva, en la medida en que se amplían las fronteras de la limitación, se debilita la posición del derecho de exclusiva del titular del diseño y, por tanto, se favorece la libre circulación de mercaderías.

B - Sentido y alcance del artículo 110

Hay que interpretar el artículo 110 a la luz del art. 10 del propio Reglamento.

(i) - El **alcance** de la protección del diseño comunitario se determina en el artículo 10 del Reglamento, a cuyo tenor:

"1. La protección conferida por el dibujo o modelo comunitario se extenderá a cualesquiera otros dibujos y modelos que no produzcan en el usuario informado una impresión general diferente.

2. Para determinar el alcance de la protección se tendrán en cuenta el grado de libertad del autor al desarrollar su dibujo o modelo".

Como puede observarse fácilmente, el artículo 10 del Reglamento

determina el alcance de la protección del diseño y establece que el ámbito del “*ius prohibendi*” del titular del diseño registrado se extiende no sólo a los diseños idénticos, sino también a aquellos que carezcan del requisito del “carácter singular” con respecto a aquél.

(ii).- El art. 110 es una limitación. En el Considerando (13) del Reglamento 6/2002 se señala que en la Directiva 98/71/CE no se ha logrado todavía la aproximación completa “*de las legislaciones de los Estados miembros sobre la utilización de dibujos y modelos protegidos con objeto de permitir la reparación de un producto complejo con vistas a devolverle su apariencia inicial*”. Y se añade que “*En estas circunstancias, es apropiado no conceder protección como dibujo o modelo comunitario a un dibujo o modelo aplicado o incorporado a un producto que constituya un componente de un producto complejo de cuya apariencia dependa el dibujo o modelo y que se utilice con objeto de permitir la reparación de un producto complejo con vistas a devolverle su apariencia inicial, mientras que el Consejo no haya decidido su política al respecto sobre la base de la propuesta de la Comisión*”.

Estas consideraciones se normativizan en la Disposición Transitoria del artículo 110.1 del Reglamento. Es decir:

Se permite el registro del componente de reparación, siempre que sea un componente de un producto complejo armable, desmontable, reemplazable, y visible durante la utilización normal del producto complejo. Desde la perspectiva del tipo de componentes, no hay ninguna reserva, no quedan excluidos más que los que no reúnen esos requisitos y los de novedad y carácter singular.

Pero se limita la protección (no se concede) cuando concurren los presupuestos de aplicación del art. 110 RDC

C - Presupuestos de aplicación del artículo 110

(i) - Punto de partida: Que estemos ante **un componente de un producto complejo** que ha sido registrado como “diseño comunitario”. Por seguir con el caso concreto del Auto, un tapacubos instalable en una llanta de un automóvil que haya sido registrado como diseño es un componente del producto complejo automóvil al que cabe aplicar en razón de su naturaleza la limitación del artículo 110 si concurren los demás presupuestos.

(ii) - Que se trate de un **componente de reparación**. Según la primera acepción de la palabra reparar en el Diccionario de la Lengua Española de la RAE, reparar es arreglar algo que está roto o estropeado. Luego “componente de reparación” es una pieza destinada a sustituir a otra que se ha dañado.

(iii) - Que sea utilizado para devolver al producto complejo **su apariencia inicial**. Es evidente que la aplicación del artículo 110 del Reglamento presupone que la pieza de reparación ha sido fabricada por un tercero y que, por tanto, no se está ante la hipótesis de que la pieza de reparación sea la original que fabrica el constructor del vehículo. Lo que establece el artículo 110 es que el titular del diseño sobre la pieza del producto complejo no puede ejercitar su “ius prohibendi” contra el tercer fabricante de piezas que reemplacen la pieza original si se trata de “reparar” la pieza original dañada del modelo de serie mediante su sustitución por la pieza del tercero fabricante para que el vehículo en cuestión recobre la apariencia inicial; esto es, la que tenía el modelo de serie en el momento de su venta inicial al adquirente del vehículo

(iv) - **No es presupuesto de aplicación que se trate de un componente de cuya apariencia dependa el dibujo o modelo**. En el inciso segundo de este Considerando (13) se dice textualmente: “**En estas circunstancias, es apropiado no conceder protección como dibujo o modelo comunitario a un dibujo o modelo aplicado o incorporado a un producto que constituya un componente de un producto complejo de cuya apariencia dependa el dibujo o modelo** (el subrayado es nuestro) **y que se utilice con el objeto de permitir la reparación de un producto complejo con vistas a devolverle su apariencia inicial, mientras el Consejo no haya decidido su política al respecto sobre la base de la propuesta de la Comisión**”.

Como puede observarse, el Considerando (13) parece agregar un nuevo presupuesto de aplicación, de redacción oscura y difícilmente inteligible, que no figura en el artículo 110 del Reglamento, ni en el artículo 14 de la Directiva, y es que *exista una relación de dependencia entre la apariencia de la pieza destinada a su montaje en el producto complejo y la del dibujo o modelo mismo*. Esta frase del Considerando (13) plantea cuando menos dos problemas. El primero es el de su alcance y el segundo es el de su significación.

En cuanto al alcance la expresión “de cuya apariencia dependa el dibujo o modelo”, la cuestión que se plantea es ¿resulta admisible que un Considerando

de un Reglamento establezca un requisito de aplicación de una norma del Reglamento que no recoge tal requisito de aplicación? La respuesta es, en mi opinión, negativa: un Considerando puede ayudar a interpretar el alcance del artículo 110, pero por la vía oblicua de un considerando no se pueden añadir presupuestos de aplicación del artículo 110 del Reglamento.

Respecto de su significación, y partiendo de la base de que no puede añadir un presupuesto de aplicación que no esté recogido en el artículo 110, la cuestión que se suscita es la de determinar su sentido: ¿qué quiere decir la frase “de cuya apariencia dependa el dibujo o modelo”? Desde luego, esta frase del Considerando (13) no es un modelo de claridad, pero en una primera aproximación parece que limita el régimen transitorio y limitador previsto en el artículo 110 a los dibujos o modelos de un producto que constituya un componente de un producto complejo que influyan en la apariencia del dibujo o modelo del propio producto complejo. Es decir, tal y como nosotros entendemos esta frase del Considerando (13) el régimen especial establecido en el artículo 110 del Reglamento no se aplicaría a todos los componentes de reparación de un producto complejo utilizados para devolver a éste su apariencia inicial, sino solamente a aquellos componentes de reparación “de cuya apariencia” depende la del producto complejo.

Pues bien, de ser éste el sentido de la enigmática frase del Considerando (13), o cualquier otra interpretación de la misma que restrinja el ámbito de aplicación del artículo 110 del Reglamento, el requisito suplementario de que se trate de un componente de reparación del que dependa la apariencia del producto complejo en sí no es admisible.

Y ello por la fundamental razón de que es un supuesto requisito de aplicación del régimen del artículo 110 que no figura en este precepto, ni tampoco –y esto es realmente relevante– en el artículo 14 de la Directiva. El Legislador Comunitario ha establecido, como decíamos en la Introducción, un régimen especial para los componentes de reparación que devuelvan a un producto complejo su apariencia inicial, que es transitorio y liberador del mercado de estos componentes (art. 14 de la Directiva) mediante la limitación de los derechos del titular del diseño sobre el componente de reparación. Cualquier interpretación que tienda a alterar este régimen

liberador, como es la de la frase reseñada del Considerando (13), no es admisible y debe ser desechada. No podría admitirse un régimen para el Reglamento, en el que aparece la frase, y otro distinto en la Directiva que sería el que uniformaría las legislaciones nacionales.

Precisamente, el Auto de 6 de octubre que aquí comentamos supone un sólido argumento a favor de la postura que mantenemos. En efecto, como se ha indicado con anterioridad, el objeto protegido como diseño sobre el que se suscitó la petición de interpretación prejudicial fue un “tapacubos” con la marca Ford. Pues bien, parece evidente que un tapacubos “instalados en las llantas de las ruedas de los vehículos” que fabricaba esta empresa –como dice textualmente el Auto- no puede ser considerado en sí mismo como un elemento de cuya apariencia dependa el dibujo o modelo que recae sobre el producto complejo que es el vehículo automóvil. Además de este importante argumento a favor de nuestra postura, todavía cabe extraer otro sobre el que volveré más adelante, pero que adelanto ahora. Y es que al plantearle la cuestión prejudicial, el TJUE no la inadmitió por el hecho de que el objeto protegido en el caso como diseño, el tapacubos Ford, no fuera *ab initio* un componente de reparación. Lo cual demuestra la falta de acierto de la sentencia del Juzgado nº 2 de marca comunitaria de Alicante de 24 de noviembre de 2009, confirmada en apelación por la sentencia 278/10, de fecha 18 de junio, de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante que, sin más argumento que la mencionada frase del Considerando (13), excluyeron sin más y en bloque del régimen del artículo 110 a las llantas de los automóviles. Porque carecería de todo sentido excluir a las llantas y no a los tapacubos que se instalan sobre ellas sobre la base de que se trataría de elementos que no influyen en la apariencia del vehículo como producto complejo.

D - El régimen transitorio y liberador del mercado de los componentes de reparación del artículo 110 del RDC y del artículo 14 de la Directiva.

En mi opinión, y teniendo a la vista todo lo que he dicho hasta aquí, el régimen jurídico de los componentes de reparación es el siguiente:

1º - El punto de partida que hay que tomar para determinar el ámbito de aplicación del artículo 110 es **la apariencia inicial del correspondiente**

producto complejo. Así se desprende del propio tenor del artículo 110 del Reglamento que dice: “... con objeto de permitir la reparación de dicho producto complejo para devolverle la apariencia inicial”, de la redacción literal del artículo 14 de la Directiva, a cuyo tenor “...con objeto de restituir su apariencia inicial”; y del pasaje del Considerando (13) del Reglamento cuando habla de “permitir la reparación de un producto complejo con vistas a devolverle su apariencia inicial”.

En el ejemplo de los automóviles del que venimos hablando, hay que fijarse en primer término en los modelos de automóviles de serie de que se trate. Si lo que se está discutiendo es sobre un componente de reparación, el análisis no debe limitarse a ese componente aislado destinado a formar parte de un producto complejo, sino que debe proyectarse sobre el producto complejo del que ese componente no es más que una parte.

Tomado el producto complejo considerado como un conjunto compuesto por múltiples componentes reemplazables que permiten desmontar y volver a montar el producto (art. 3 c) del Reglamento 6/2002 y art. 1.2.c de la Ley 20/2003), hay que determinar cuál es su apariencia inicial. Lo cual exige comprobar el aspecto concreto que tiene cada modelo de serie que se vende a los usuarios o consumidores; aspecto en el que juega su papel el específico modelo del componente de reparación que trae el automóvil de serie o el que el constructor del vehículo autorice a montar en él. Pues bien, lo que interesa destacar es que en la apariencia inicial del producto complejo, en el ejemplo, cada modelo de serie están comprendidas las piezas de reparación que ha elegido el propio fabricante del automóvil para configurar el modelo de serie tal y como sale de fábrica.

La apariencia inicial de cada modelo de serie vendrá determinada, en lo que a cada uno de componentes del producto complejo, por el que monte el vehículo en su equipamiento original.

2º - El siguiente paso en el camino para interpretar el artículo 110 del Reglamento 6/2002 es determinar el componente del producto complejo sobre el que recae el derecho de dibujo o modelo comunitario para el que se solicita la protección. A este componente o pieza del producto complejo se refiere el artículo 110 del Reglamento en el pasaje que dispone: “... **no existirá protección como dibujo o modelo comunitario respecto**

del dibujo o modelo que constituya un componente de un producto complejo...". Y lo mismo el Considerando (13) del Reglamento cuando dice: **"... cuando el dibujo o modelo es aplicado o incorporado a un producto que constituye un componente de un producto complejo..."**.

3º - El tercer y último punto -con el que se cierra todo el *iter* interpretativo- es determinar qué se entiende por "reparación" con objeto de devolver al producto complejo su apariencia inicial. A este elemento interpretativo se refiere el artículo 110 queda del siguiente modo: **"... con objeto de permitir la reparación de dicho producto complejo para devolverle su apariencia inicial"**. Lo que en el Considerando (13) del Reglamento se dice con las siguientes palabras: **"... que se utilice con objeto de permitir la reparación de un producto complejo con vistas a devolverle su apariencia inicial..."**.

"Reparar" significa, en la primera acepción gramatical del Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, "arreglar algo que está roto o estropeado". Si la legislación comunitaria hubiera empleado únicamente la expresión "reparación" cualquier pieza serviría para "arreglar" el automóvil que la tenga rota o estropeada. Lo que ocurre es que tanto el artículo 110 del Reglamento como el Considerando (13) no hablan solo de "reparación", sino de ***"reparar el producto complejo para devolverle la apariencia inicial"***. Y esta exigencia implica que no basta con arreglar el automóvil de manera tal que deje de estar "roto o estropeado", sino de algo muy distinto. A saber: **hacer que, tras la reparación de la pieza dañada, el modelo de coche vuelva a tener la misma apariencia que el modelo de serie.**

La clave está, por tanto, en determinar si el diseño de la correspondiente pieza dañada es o no la pieza de equipamiento original que montan los modelos de serie del automóvil en cuestión. Cuando se trata del modelo de una pieza del equipamiento original que lleva el automóvil de serie, aunque su apariencia esté registrada como diseño, su titular, no puede ejercitar los derechos que le confiere el artículo 19 del Reglamento 6/2002 para prohibir a los terceros su comercialización.

En este punto, es importante reseñar que no hay ninguna norma en la legislación comunitaria, fuera de los analizados artículo 110 del Reglamento y 14 de la Directiva, que permita excluir en bloque unas determinadas

piezas destinadas a su montaje en un automóvil, en tanto que producto complejo. En el caso resulto la sentencia 278/10 de fecha 18 de junio de 2010 de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante, y por la más reciente de la misma Sección de 28 de junio de 2012, insistimos, se excluyeron en bloque de la aplicación del artículo 110 del Reglamento las llantas del automóvil por entender, a mi juicio desacertadamente, que se puede excluir en bloque del régimen del artículo 110 a toda una categoría de piezas destinadas a su montaje en el producto complejo automóvil.

Que lo que se acaba de decir es así, lo demuestra el Auto del TJUE de 6 de octubre de 2015, que comentamos, en el que, como ya se ha indicado, el objeto protegido como diseño sobre el que se suscitó la petición de interpretación prejudicial fueron los “tapacubos” “instalados en las llantas de las ruedas de los vehículos” que fabricaba y designaba con su marca la empresa Ford.

En efecto,

(i) - desde la óptica de la apariencia de un automóvil en su conjunto no tiene sentido distinguir unos componentes de reparación, como por ejemplo los paneles de carrocería y los espejos retrovisores, y otros, como las llantas: a los ojos de los compradores de automóviles las ruedas y las llantas son componentes de apariencia como los demás, pues difícilmente se puede concebir la apariencia inicial de un automóvil, como producto complejo, que carezca de ruedas, de llantas o de tapacubos.

(ii) - Y como componentes armables, montables, reemplazable y visibles durante la utilización normal del automóvil tampoco puede plantearse ninguna objeción seria.

(iii) - Si se daña la llanta o el tapacubos de la apariencia original de un modelo de automóvil y deseo devolverle a éste al apariencia que tenía antes del accidente no hay más remedio que desmontar la llanta y el tapacubos dañados, y reemplazarlos por otros nuevos que tiene que ser forzosamente idéntica a la que han sido retirados.

(iv) - Finalmente, si en el modelo de llanta o del tapacubos del automóvil original figura la marca del constructor del automóvil, cosa que no es obligatoria, cabe preguntarse si entrará en juego la limitación al uso de la

marca prevista en el art. 12 c) del RMC que permite a un tercero el uso de la marca registrada de otro cuando sea necesario para indicar el destino de un producto en el caso de piezas sueltas.

A esta última cuestión respondió el Auto del TJUE que ahora comentamos en las líneas que siguen.

IV - LA CLÁUSULA DE REPARACIÓN NO CONSTITUYE UNA LIMITACIÓN A LOS DERECHOS CONFERIDOS POR LA MARCA REGISTRADA

Como hemos visto el Auto del TJUE de 6 de octubre de 2015 declaró que el régimen transitorio sobre los componentes de reparación que acabamos de resumir no autoriza al fabricante de tales componentes a usar la marca del titular de los componentes originales a los efectos de devolver al producto complejo su apariencia inicial. En las líneas que siguen vamos a ver con más detenimiento la argumentación en la que se basa el citado Auto.

1 - Los efectos de la marca comunitaria y sus limitaciones: el uso descriptivo de la marca ajena

Al concretar la cuestión prejudicial planteada, el TJUE señala que “el tribunal remitente pregunta, en esencia, si el artículo 14 de la Directiva 98/71 y el artículo 110 del Reglamento nº 6/2002 deben interpretarse en el sentido de que autorizan, como excepción a las disposiciones de la Directiva 2008/95 y del Reglamento nº 207/2009, a un fabricante de piezas sueltas y accesorios para vehículos, como unos tapacubos, a poner en dichos productos un signo idéntico a una marca registrada, entre otros, para tales productos por un fabricante de vehículos automóviles, sin el consentimiento de este último, por considerar que este uso de dicha marca constituye el único medio de reparar el vehículo, restableciendo, como producto complejo, su apariencia inicial”.

Aunque el TJUE no las menciona expresamente, las normas europeas de Derecho de marcas que hay que examinar son el artículo 6 de la Directiva y el artículo 12 del Reglamento. Ambas disposiciones contienen diversas limitaciones a los efectos de la marca comunitaria, siendo las que ahora nos interesan las contenidas en sus apartados 1 letras b) que se refieren

al llamado uso descriptivo de la marca ajena y letras c) que regulan el uso de marca ajena en relación con accesorios y recambios (vid. sobre estas cuestiones GARCIA VIDAL, A. "El uso descriptivo de la marca ajena", Marcial Pons, Madrid 2000; y FERNANDEZ-NOVOA, Carlos en FERNANDEZ-NOVOA/OTERO LASTRES/BOTANA AGRA, Manual de la Propiedad Industrial, 2ª ed. Marcial Pons, Madrid 2013, pp. 710 y ss).

El apartado 1 del artículo 6 de la Directiva (el 12 del Reglamento coincide casi textualmente con la única diferencia de que en la primera línea después de la palabra marca añade "comunitaria") dispone que

1 - El derecho conferido por la marca no permitirá a su titular que prohíba a los terceros el uso en el tráfico económico:

...b) de indicaciones relativas a la especie, a la calidad, a la cantidad, al destino, al valor, al origen geográfico, a la época de la obtención del producto o de la prestación del servicio o a otras características de estos;

c) de la marca, cuando sea necesaria para indicar el destino de un producto o servicio, en particular como accesorios o recambios;

siempre que dicho uso se realice conforme a las prácticas leales en materia industrial o comercial".

Pues bien, en el litigio ante el Tribunal de Torino Ford alegó que la colocación de la marca Ford por la demandada en los tapacubos no era necesaria para indicar el destino de tales piezas de recambio ni para asegurar otras funciones descriptivas. Frente a lo cual, Wheeltrims sostuvo que la colocación de dicha marca en los tapacubos, no tenía como función indicar el origen de esas piezas, sino identificar al fabricante del producto considerado en su conjunto, es decir, el vehículo automóvil en el que se instalan los tapacubos. "A su entender – añade textualmente el Auto- esa utilización de la marca Ford sirve para reproducir, en la pieza de recambio, una propiedad estético-descriptiva de la pieza original en cuestión, es decir, el tapacubos, propiedad que ha de considerarse indispensable para restablecer la apariencia inicial del producto complejo que constituye el vehículo automóvil en su conjunto. Alega que, si los fabricantes de piezas de recambio de vehículos automóviles no pudieran utilizar las marcas a tal efecto, quedaría obstaculizada la libre competencia en el mercado de que se trate".

Así las cosas, el Tribunal de Torino decide plantear el TJUE las dos siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Es conforme al Derecho de la Unión aplicar el artículo 14 de la Directiva 98/71 y del artículo 110 del Reglamento nº 6/2002 en el sentido de que dichas normas atribuyen a los fabricantes de piezas de recambio y accesorios el derecho a utilizar marcas registradas de terceros para permitir al consumidor final restablecer el aspecto original del producto complejo y, por tanto, incluso cuando el titular de la marca incorpora dicho signo distintivo en la pieza o accesorio destinado a ser montado en el producto complejo, de forma que sea visible desde el exterior y contribuya al aspecto exterior del producto complejo?»

2) ¿Debe interpretarse la cláusula de reparación prevista en los artículos 14 de la Directiva 98/71 y 110 del Reglamento nº 6/2002 en el sentido de que crea un derecho subjetivo para los terceros fabricantes de piezas de recambio y accesorios? En caso de respuesta afirmativa, ¿incluye dicho derecho subjetivo la facultad de utilizar la marca registrada de terceros en piezas de recambio y accesorios, como excepción a lo dispuesto en el Reglamento nº 207/09 y en la Directiva 89/104, y, por tanto, incluso cuando el titular de la marca incorpora dicho signo distintivo en la pieza o accesorio destinado a ser montado en el producto complejo, de forma que sea visible desde el exterior y contribuya al aspecto exterior del producto complejo?»

2 - Las normas comunitarias que establecen el régimen transitorio para los componentes de reparación no añaden ninguna limitación a los efectos de la marca comunitaria

Sobre la interpretación de las normas de la Directiva 98/1 y del Reglamento nº 6/2002, el TJUE afirma:

Es preciso señalar, en primer lugar, que del tenor literal del artículo 14 de la Directiva 98/71 y del artículo 110 del Reglamento nº 6/2002 resulta que estas disposiciones únicamente establecen determinadas limitaciones a la protección relativa a los dibujos o modelos, sin hacer en modo alguno referencia a la protección relativa a las marcas.

En segundo lugar, debe señalarse que, con arreglo a su artículo 2, la Directiva 98/71 sólo se aplica a los registros de dibujos o modelos registrados en determinados servicios nacionales e internacionales, así como a las solicitudes de registro de dibujos o de modelos a tal fin. Además, del artículo 1 del Reglamento nº 6/2002, examinado a la luz del considerando 5 de dicho Reglamento, se desprende que

éste pretende crear únicamente un dibujo y modelo comunitario que sea directamente aplicable en todos los Estados miembros.

En tercer lugar, ha de indicarse que resulta, por un lado, del considerando 7 y del artículo 16 de la Directiva 98/71 y, por otro lado, del considerando 31 y del artículo 96, apartado 1, del Reglamento nº 6/2002, que estos actos del Derecho de la Unión se aplican sin perjuicio de las disposiciones de dicho Derecho o del Derecho del Estado miembro de que se trate relativas, en particular, a las marcas.

De las anteriores consideraciones se desprende que el artículo 14 de la Directiva 98/71 y el artículo 110 del Reglamento nº 6/2002 no contienen ninguna excepción a las disposiciones de la Directiva 2008/95 y del Reglamento nº 207/2009.

El TJUE sostiene, a mi juicio, acertadamente que el régimen transitorio previsto para los componentes de reparación no contiene previsión alguna sobre las marcas, de donde deduce que en tales normas sobre los diseños no se establece ninguna limitación nueva a los efectos de la marca registrada. Adviértase bien, que el TJUE, para determinar si la regulación de los componentes de reparación suponen una nueva excepción al ius probendi del titular de la marca registrada, examina la propia normativa del diseño y no la de las marcas.

Lo cual significa, de una parte, que el Tribunal entiende que las limitaciones específicas establecidas en los artículo 6 de la Directiva 2008/95 y en el artículo 12 del Reglamento nº 207/2009 no autorizan al fabricante del componente de reparación a designar su producto con la marca de la pieza original. Y de otra que tampoco lo permite la normativa que regula específicamente los componentes de reparación, al contrario de lo que sucedía, por ejemplo, en la Directiva 2006/114/CE que considera lícita y, por tanto, se trata una nueva limitación al ius prohibendi del titular de la marca que se estableció en otra normativa distinta de la marcaria, la utilización de la marca ajena en la hipótesis de la publicidad comparativa que cumpla las condiciones fijadas en su artículo 4 (sobre este punto vid. la sentencia del TJUE de 12 de junio de 2008 (C-536/06) que resolvió el caso "O2 Holdings", especialmente el apartado 45 de la misma).

En resumen, el TJUE rechazó el primer argumento de Wheeltrims por entender que el régimen transitorio de los componentes de reparación contenido en el artículo 14 Directiva 98/71 y en el artículo 110 del Reglamento nº 6/2002 no contendían ninguna limitación al derecho de exclusiva del titular de la marca del componente original y que –y ésta es

una consecuencia implícita- tampoco se deducía tal limitación de ninguna de las fijadas expresamente en la legislación marcaria.

3 - El objetivo comunitario de preservar la competencia no falseada tampoco exige extender el régimen transitorio de los componentes de reparación al uso descriptivo de la marca comunitaria

El segundo argumento que invocó Wheeltrims fue, como se recordará, que “si los fabricantes de piezas de recambio de vehículos automóviles no pudieran utilizar las marcas a tal efecto, quedaría obstaculizada la libre competencia en el mercado de que se trata.” Pues bien, sobre esta alegación el TJUE sostuvo:

En cuanto a la tesis expuesta por el tribunal remitente y defendida por Wheeltrims, según la cual el objetivo de preservar el sistema de competencia no falseada perseguido por la Unión exige extender la aplicación del artículo 14 de la Directiva 98/71 y del artículo 110 del Reglamento nº 6/2002 a la protección relativa a las marcas, es preciso señalar que tal objetivo ya fue tenido en cuenta por el legislador de la Unión en el marco de la Directiva 2008/95 y del Reglamento nº 207/2009. En efecto, mediante la limitación de los efectos de los derechos de que el titular de una marca goza en virtud del artículo 5 de la Directiva 2008/95 o, en relación con una marca comunitaria, del artículo 9 del Reglamento nº 207/2009, el artículo 6 de dicha Directiva y el artículo 12 de dicho Reglamento tienen por objeto conciliar los intereses fundamentales de la protección de los derechos de marca y los de la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios en el mercado interior, y ello de forma que el derecho de marca pueda cumplir su cometido de elemento esencial del sistema de competencia no falseado que el Tratado pretende establecer y mantener (véanse, en este sentido, en particular, las sentencias BMW, C-63/97, EU:C:1999:82, apartado 62, y Gillette Company y Gillette Group Finland, C-228/03, EU:C:2005:177, apartado 29).

Además, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los artículos 5 a 7 de la Directiva 2008/95 llevan a cabo una armonización total de las normas relativas a los derechos conferidos por la marca y determinan así los derechos de que gozan los titulares de marcas en la Unión. Por lo tanto, dejando a salvo los casos particulares regidos por los artículos 8 y siguientes de esa Directiva, un órgano jurisdiccional nacional no puede, en el marco de un litigio relativo al ejercicio del derecho exclusivo conferido por una marca, limitar ese derecho

exclusivo de una forma que exceda de las limitaciones derivadas de los citados artículos 5 a 7 (sentencia Martin Y Paz Diffusion, C-661/11, EU:C:2013:577, apartados 54 y 55 y jurisprudencia citada).

Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a las cuestiones planteadas que el artículo 14 de la Directiva 98/71 y el artículo 110 del Reglamento nº 6/2002 deben interpretarse en el sentido de que no autorizan, como excepción a las disposiciones de la Directiva 2008/95 y del Reglamento nº 207/2009, a un fabricante de piezas sueltas y de accesorios para vehículos automóviles, como unos tapacubos, a poner en dichos productos un signo idéntico a una marca registrada, entre otros, para tales productos por un fabricante de vehículos automóviles, sin el consentimiento de este último, por considerar que este uso de dicha marca constituye el único medio de reparar el vehículo, restableciendo, como producto complejo, su apariencia inicial.

En definitiva, el TJUE decide con acierto que si bien los fabricantes de componentes de reparación pueden reproducir lícitamente los componentes de un producto complejo registrados como diseño cuando se utilicen para reparar el producto complejo y de volverle su apariencia original, no puede, en cambio, designar sus productos con la marca del tercero titular del producto original.

Y no pueden hacerlo por dos razones fundamentales. La primera es que el régimen transitorio para los componentes de reparación contenido en el artículo 14 Directiva 98/71 y en el artículo 110 del Reglamento nº 6/2002 limita los derechos del constructor de automóviles en tanto que titular del diseño, pero no los que posee como titular de la marca del producto complejo en su conjunto y de los componentes de reparación originales, que en el caso era la marca notoria Ford. La segunda es que el uso que hace el fabricante de los componentes de reparación de la marca ajena (en el caso, en los tapacubos sobre los que pone la marca Ford) no es ni un uso a título descriptivo ni un uso para indicar el destino de un accesorio, sino que es un uso a título de marca y para designar su producto, no su destino.

Como última reflexión, me gustaría insistir en que el presente Auto confirma la postura que defendimos en el trabajo anteriormente citado “Reflexiones sobre los componentes de reparación y el artículo 110 del Reglamento (CE) nº 6/2002”, en “ESTUDIOS DE DERECHO MERCANTIL. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr. h .c. José Antonio Gómez Segade”, Marcial Pons 2013, pp. 819 y ss. En este trabajo afirmábamos:

“En este punto, es importante reseñar que no hay ninguna norma en la legislación comunitaria, fuera de los analizados artículo 110 del Reglamento y 14 de la Directiva, que permita excluir en bloque unas determinadas piezas destinadas a su montaje en un automóvil, en tanto que producto complejo. En el caso resulto por la sentencia del Juzgado nº 2 de Marca Comunitaria de 24 de noviembre de 2009, que fue confirmada en apelación por la citada sentencia 278/10 de fecha 18 de junio de 2010 de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante, se excluyeron en bloque de la aplicación del artículo 110 del Reglamento las llantas del automóvil por entender, a mi juicio desacertadamente, que se puede excluir en bloque del régimen del artículo 110 a toda una categoría de piezas destinadas a su montaje en el producto complejo automóvil. Y en fecha más reciente, han seguido la misma postura la sentencia núm. 163/2013, de 16 de enero de 2013 dictada por el Juzgado de Marca Comunitaria nº 1 de Alicante y el Auto núm 112/2012, de 29 de noviembre de 2012 de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante, que revocó el auto denegatorio medidas cautelares dictado en el marco del indicado litigio seguido ante el citado Juzgado.

Es de esperar que la Audiencia de Alicante modifique su doctrina anterior y, lejos de excluir en bloque las llantas de los automóviles, determine si estamos antes “piezas destinadas a su montaje en un producto complejo” (art. 3 d del Reglamento) en las que concurren los presupuestos de aplicación del régimen del artículo 110. Lo hecho hasta ahora por la citada Audiencia supone mantener una interpretación que va en contra del régimen transitorio y liberalizador del mercado de las piezas de reparación.

Obsérvese, en efecto, que el TJUE a lo largo del Auto de 6 de octubre de 2015 considera que un tapacubos es un componente de reparación. Y claro, si el TJUE dio por sentado que el tapacubos en tanto que parte de las llantas del automóvil es un componente de reparación no se advierte razón alguna para eliminar de esta categoría de un plumazo y en bloque las llantas.

Madrid 4 de febrero de 2016.

QUESTÕES TRIBUTÁRIAS ENVOLVENDO AS RETRIBUIÇÕES INSTITUÍDAS PELO INPI: QUAL A NATUREZA JURÍDICA?

Lilian dos Santos da Silva - Advogada¹

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende esmiuçar o Direito da Propriedade Industrial sob a égide da Constituição Federal, demonstrando o seu caráter fundamental e cuja proteção é outorgada pelo Estado por meio de uma Autarquia Federal.

Essa análise faz-se necessária para verificar onde estão inseridos os serviços prestados pelo INPI no ordenamento jurídico brasileiro, para, então, tentar definir a natureza jurídica das retribuições instituídas por aquela Autarquia e averiguar a legitimidade (e legalidade) das cobranças em determinados serviços, assim como o correto modo de instituição das mesmas.

Este artigo abordará, ainda, uma análise da jurisprudência no que tange a cobrança de serviços públicos dentro do rol de taxas, tarifas e preços públicos.

1 O INPI E SUA INSERÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI é, como se bem sabe, uma Autarquia Federal vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, instituída nos termos da Lei nº **5.648, de 11**

¹ Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá, com títulos de especialização em Direito da Propriedade Intelectual pela PUC-RJ e Direito Corporativo pelo IBMEC-RJ.

de dezembro de 1970 (em obediência ao princípio da reserva legal), regulamentada pelo Decreto nº 68.104, de 22 de janeiro de 1971, parcialmente revogado pelo Decreto nº 5.147, de 21 de julho de 2004 e, este último, revogado integralmente pelo Decreto nº 7.356, de 12 de novembro de 2010.

Tem como finalidade precípua, segundo disposto no artigo 2º da referida lei, "*executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial, tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica, bem como pronunciar-se quanto à conveniência de assinatura, ratificação e denúncia de convenções, tratados, convênios e acordos sobre propriedade industrial*".

Muito embora o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências, tenha consignado em seu artigo 5º, inciso I, que se considera Autarquia "*o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada*", o INPI não detém tais autonomias.

Inclusive, a autonomia administrativa e financeira do INPI é regra prevista no art. 239, *caput*, da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Senão, vejamos:

"Art. 239. Fica o Poder Executivo autorizado a promover as necessárias transformações no INPI, para assegurar à Autarquia autonomia financeira e administrativa, podendo esta:

I - contratar pessoal técnico e administrativo mediante concurso público;

II - fixar tabela de salários para os seus funcionários, sujeita à aprovação do Ministério a que estiver vinculado o INPI; e

III - dispor sobre a estrutura básica e regimento interno, que serão aprovados pelo Ministério a que estiver vinculado o INPI.

Parágrafo único. As despesas resultantes da aplicação deste artigo correrão por conta de recursos próprios do INPI."

Não obstante, até a presente data, o INPI continua dependendo de autorização do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior para, entre outras questões, promover concursos e receber recursos para custear suas despesas.

2 NATUREZA JURÍDICA DOS SERVIÇOS PRESTADOS PELO INPI CONSOANTE DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL

Como se bem sabe, trata-se a propriedade de um direito fundamental básico de primeira dimensão:

*“A primeira dimensão de direitos fundamentais foi construída em 1789 com a revolução francesa e buscava impor limites à atuação do Estado e à criação de um Estado liberal; por isso, ficou conhecida como direito à prestação negativa (non facere) do Estado. São alguns exemplos os direitos à liberdade, à vida, à inviolabilidade de domicílio, correspondência, telefônica, à **propriedade** e assim por diante.”² [grifos nossos]*

Assim é que a Constituição Federal consigna os direitos de propriedade industrial no rol do artigo 5º, *in verbis*:

Artigo 5º - (...)

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

Sob outro diapasão, o legislador constituinte tratou de definir quais são os serviços que podem ser objetos de autorização, concessão ou permissão. Senão, vejamos:

Art. 21. Compete à União:

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; [grifos nossos]

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

² PADILHA, Rodrigo. Direito Constitucional, São Paulo: Método, 2014, p. 219

Questões tributárias envolvendo as retribuições instituídas pelo INPI: qual a natureza jurídica?

- a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;*
- b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;*
- c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;*
- d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;*
- e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;*
- f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;*

Do exposto, pode-se concluir que apenas os serviços de natureza não essencial podem ser objetos de autorização, concessão ou permissão.

Em sentido contrário:

*“O aspecto da essencialidade, apontada por eminentes publicistas, apresenta-se, em nosso entender, com linhas de certo modo imprecisas. A essencialidade resulta do reclamo social para atividades reputadas básicas para a coletividade, mas tal caracterização não diz respeito à delegabilidade ou não do serviço. Há serviços públicos essenciais que são delegáveis a particulares, e nada impede que o sejam, desde que o Poder Público não se abstenha de controlá-los e fiscalizá-los.” [CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, São Paulo: Atlas, 2015, p. 336]*

Luiz Emydio F. da Rosa Jr. [em **Manual de Direito Financeiro & Tributário**, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 17ª edição, p. 406] classifica os serviços públicos em três espécies: serviços públicos ínsitos à soberania do Estado, serviços públicos essenciais ao interesse público e serviços públicos não essenciais. Senão, vejamos:

*“Pode-se classificar os serviços públicos em ínsitos à soberania do Estado, essenciais ao interesse público e não essenciais. **Serviços públicos ínsitos à soberania do Estado são aqueles que somente podem ser prestados pelo Estado, tendo, portanto, natureza indelegável e o particular tem a opção de utilizá-los ou não, como o serviço judiciário e o da emissão de passaportes. Esse tipo de serviço público somente pode ser remunerado por taxa se houver prestação efetiva, ou seja, se o particular deles se***

utilizar. Serviços públicos essenciais ao interesse público são aqueles cuja prestação é de interesse geral, sendo sua utilização obrigatória para o particular porque a sua não utilização prejudicará a coletividade. Assim, o legislador pode instituir taxa pela sua utilização efetiva ou potencial, como, por exemplo, serviços de coleta de lixo. Serviços públicos não essenciais são aqueles prestados no interesse público, mas sua não utilização pelo particular em nada prejudica a coletividade, como, por exemplo, o serviço de correios e telégrafos. Tais serviços podem ser remunerados por taxa, embora seja mais adequada a sua cobrança através de preço público.” [grifos nossos]

Assim sendo, resta claro que os serviços prestados pelo INPI, assim como ocorre com os órgãos de proteção de direitos da propriedade industrial ao redor do mundo, tem natureza de serviços públicos inerentes ao exercício da soberania de Estado, não podendo, assim, serem prestados por particulares, mediante autorização, concessão ou permissão. São, portanto, serviços indelegáveis.

3 NATUREZA JURÍDICA DAS RETRIBUIÇÕES AUFERIDAS PELO INPI

Resta evidente, por todo o exposto, que os serviços efetivados pelo INPI têm obrigação pecuniária decorrente de sua contraprestação.

Nesse sentido, impõe-se necessária a classificação dessa obrigação remuneratória dentro do ordenamento jurídico brasileiro para se averiguar a necessidade ou não de obediência ao princípio da reserva legal e demais princípios constitucionais aplicáveis aos tributos em geral.

Assim dispõe a Constituição Federal quanto à classificação dos tributos:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos;

*II - **taxas**, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;*

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas. [grifos nossos]

Portanto, resta claro que, para instituição das taxas pela prestação de serviço, três são os requisitos essenciais: a utilização efetiva ou potencial do serviço público, a especificidade e divisibilidade de sua prestação e a efetividade da utilização ou a simples disponibilização do serviço.

Ademais, como se verifica, o disposto no artigo 150, VI, proíbe a cobrança de impostos por parte das Autarquias, **mas não de tributos contraprestacionais**. Senão, vejamos:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

*VI - instituir **impostos** sobre:*

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

(...)

*§ 2º A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às **autarquias** e às **fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público**, no que se refere ao patrimônio, à renda e **aos serviços**, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes. [grifos nossos]*

Nesse sentido, convém destacar o art. 2º, §1º e §2º, da Resolução INPI nº 148, de 30 de julho de 2015 (que dispõe sobre normas de procedimentos relativos à devolução de valores recolhidos indevidamente), que menciona o seguinte:

Art. 2º Pelo procedimento de restituição o usuário é ressarcido pelo INPI de receita paga a maior ou indevidamente ao Instituto e que não foi aproveitada para o pagamento de outros serviços a serem protocolados.

*§ 1º Entende-se por devida toda retribuição prevista que, por sua vez faz, de alguma maneira, movimentar o sistema administrativo, originando despesa e **gerando a contraprestação do serviço por parte desta Autarquia**, e por indevida aquela que não gera consequências para o seu acionamento.*

*§ 2º Considera-se acionada a máquina administrativa quando há **dispêndio da força de trabalho de um servidor do INPI para tratar da retribuição recolhida, no exame de determinada questão, não importando que a decisão administrativa seja pela inviabilidade do pleito do usuário externo.** [grifos nossos]*

Não pairam dúvidas, portanto, de que as retribuições devidas ao INPI pelos serviços de concessão de direitos da propriedade industrial possuem caráter contraprestacional. Mas qual seria a natureza jurídica dessas retribuições?

Como se bem sabe, os serviços públicos de natureza contraprestacional podem ser remunerados por **taxas** (que podem ser de *polícia* ou de *serviço*, conforme previsto no art. 145, II, da CF) ou **preços públicos/tarifas**³, muito embora estas últimas não tenham natureza de tributo, podem ser exigidas por pessoas jurídicas de direito privado, cuja prestação dos serviços são delegados por concessão, autorização ou permissão, e também por entes de direito público, desde que se tratem de serviços facultativos (ex. serviços prestados pela Caixa Econômica Federal, uma empresa pública).

Nesse sentido, convém destacar que as *taxas de polícia* decorrem do exercício regular do poder de polícia, assim definido no art. 78, *caput*, e parágrafo único, do CTN, e são devidas somente se houver efetivo e regular exercício desse poder pelo ente público (*e.g.* taxas de fiscalização de estabelecimentos comerciais).

No que diz respeito às *taxas de serviço*, pode-se afirmar que são aquelas atribuídas a serviços públicos divisíveis (art. 79, III, do CTN – o Estado consegue identificar os usuários do serviço cuja taxa é atribuída) e específicos (art. 79, II, do CTN – o contribuinte consegue identificar o serviço pelo qual está pagando).

Em ambos os casos (taxas de polícia ou de serviço), o regime jurídico, como anteriormente mencionado, é tributário, de direito público, sendo o produto de sua arrecadação considerado receita derivada.

Por receitas derivadas entendem-se aquelas revestidas de compulsoriedade (Súmula 545, do STF⁴), conforme previsto no artigo 9º, da Lei nº 4.320⁵, de 17 de março de 1964, *in verbis*:

Art. 9º Tributo é a receita derivada instituída pelas entidades de direito público, compreendendo os impostos, as taxas e contribuições nos termos da constituição e das leis vigentes em matéria financeira, destinando-se o seu produto ao custeio de atividades gerais ou específicas exercidas por essas entidades. [grifos nossos]

Como resultado, o sujeito ativo sempre será a pessoa jurídica de direito

³ Alguns doutrinadores tratam como sinônimos, outros entendem que tarifa é espécie do gênero preço público, como é o caso de José dos Santos Carvalho Filho, *op. cit.*, p. 351

⁴ Súmula 545, do STF - Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu.

⁵ Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

público, detendo a Fazenda os meios privilegiados para cobrança das dívidas derivadas do não pagamento pelo usuário.

Além disso, por ser um tributo, as taxas não podem ser fixadas por Resolução ou qualquer ato próprio interno do ente público, sendo imprescindível edição, aprovação e publicação de lei em sentido estrito para estipular tais valores, em obediência ao Princípio da Reserva Legal.

Também não se pode olvidar que sua cobrança deve respeitar os Princípios da Anterioridade e da Noventena, ou seja, os valores majorados só começam a valer a partir do exercício seguinte e se transcorridos pelo menos noventa dias da publicação da nova lei, consoante previsto no art. 150, I e III, a), b) e c), *in verbis*:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

*I - exigir ou aumentar **tributo sem lei que o estabeleça**;*

(...)

*III - cobrar **tributos**:*

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b; [grifos nossos]

Quanto às tarifas/preços públicos, estes também são atribuídos a serviços divisíveis e específicos de natureza econômica (industrial ou comercial) e estão submetidos a regime contratual, de direito privado, ou seja, carecem de manifestação de vontade do usuário, pois inexistente compulsoriedade na sua utilização. Como resultado, o produto de sua arrecadação é receita originária, visto que a prestação pecuniária é facultativa.

Nesse caso, o sujeito ativo será geralmente pessoa jurídica de direito privado, como se verifica nos serviços públicos delegados por concessão, autorização ou permissão, mas também pode ser a pessoa jurídica de direito público, nos casos em que, embora delegáveis, tais serviços são prestados pelo próprio Estado.

O ponto crucial de diferenciação entre taxa e tarifa/preço público, como já mencionado anteriormente e decidido pelo STF, gira em torno da sua compulsoriedade ou facultatividade.

Em sentido contrário ao pronunciamento do STF, o Dr. José Eduardo Soares de Melo [disponível em: <<http://professorsabbag.com.br/arquivos/downloads/1276651602.pdf>>] ensina que:

“O preço não se confunde com a taxa porque constitui regime “típico de direito privado informado pela autonomia da vontade, de que decorrem a liberdade de contratar e a liberdade contratual, inconvincentes com o regime administrativo estritamente informador de toda a atividade pública”, sendo de se concluir que “se se tratar de atividade pública (art. 175) o correspondente será taxa (art. 145, II); se se tratar de exploração de atividade econômica (art. 173) a remuneração far-se-á por preço” (Geraldo Ataliba, Hipótese ... pp 142 e 150).

*Pondera-se, também que “o preço deriva de um contrato firmado num clima de liberdade, pelas partes, com o fito de **criarem direitos e deveres recíprocos**. Sobremais, as cláusulas desta obrigação convencional não podem ser alteradas unilateralmente por qualquer dos contraentes, que devem observar, com fidelidade, o que pactuaram. Destarte, as prestações de cada uma das partes equivalem-se em encargos e vantagens, sendo uma causa e efeito das outras” (...); “como a “contrapartida de uma prestação contratual voluntária”; o que “diferentemente ocorre com a taxa que, nascida da lei, sobre ser compulsória, resulta de uma atuação estatal, desenvolvida debaixo de um regime de direito público diretamente e imediatamente, ao contribuinte” (Roque Carrazza, Curso ..., pp.510 e 511).*

A nota distintiva da “taxa” com o “preço público” não reside no caráter obrigatório ou facultativo dos serviços, como se contém na Súmula n. 545 do STF (“Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daquelas, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, e relação à lei que as instituiu”).

É lembrado que “os pronunciamentos da Corte que deram origem à aprovação da referida Súmula apreciaram situações ocorridas sob a égide da Constituição de 1946, cujo artigo 30, III, deixava margem para entendimento desse tipo e até desafiava o intérprete a bem entender qual a natureza do seu comando” (Gilberto de Ulhôa Canto,

*“Taxa..., p. 88), sendo que **“hoje o critério relevante não é mais o de saber se o pagamento é voluntário ou compulsório, mas sim de verificar se a atividade concretamente executada pelo Poder Público configura um serviço público ou não”** (Hamilton Dias de Souza e Marco Aurélio Greco, “Distinção entre Taxa e Preço Público”, Caderno de Pesquisas Tributárias, v. 10, Resenha Tributária, 1985, p. 116). O vocábulo preço significa a entrada que advém de um relacionamento privado, embora possa estar do outro lado do vínculo o Estado ou direito disponível pertencente ao Poder Público, não estando adstrito à rigidez dos princípios da legalidade e da anterioridade, aferível, no mais das vezes, de acordo com as regras do mercado, flutuando ao sabor das conveniências, das regras de oferta e procura (Régis Fernandes de Oliveira, Receitas não tributárias: taxas e preços públicos, Malheiros, 2003, 2ª. Ed., pp. 98-100).*

Destarte, *preço* pode ser compreendido como a remuneração contratual livremente pactuada entre as pessoas públicas (despidas de privilégios), e os usuários dos serviços realizados sob regime de direito privado, apesar de haver singela referência constitucional (art. 150, § 3º) no caso de serviços relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, fora do alcance da imunidade recíproca.” [grifos nossos]

Já Hugo de Brito Machado, em Curso de Direito Tributário, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 447, entende que:

*“Se a ordem jurídica obriga a utilização de determinado serviço, **não permitindo o atendimento da respectiva necessidade por outro meio**, então, é justo que a remuneração correspondente, cobrada pelo Poder Público, **sofra as limitações próprias dos tributos**. O contribuinte estará seguro de que o valor dessa remuneração há que ser fixado por critérios definidos em lei. Terá, em síntese, as garantias estabelecidas na Constituição.*

*Por outro lado, se a ordem jurídica não obriga a utilização do serviço público, **posto que não proíbe o atendimento da correspondente necessidade por outro meio**, então, a cobrança da remuneração correspondente não ficará sujeita às restrições do sistema tributário. Pode ser fixada livremente pelo Poder Público, pois seu pagamento resulta de simples conveniência do usuário do serviço.” [grifos nossos]*

Nesse contexto, cumpre destacar que, muito embora os registros de marca/desenho industrial/programa de computador, assim como a obtenção de privilégio de exploração de patente e outros serviços prestados pelo INPI, sejam facultativos (ou seja, a lei não obriga que as partes interessadas pleiteiem esses registros/privilégios), se os usuários optarem por fazê-lo, outra alternativa não há senão por meio daquela Autarquia, detendo ela, portanto, o monopólio estatal para tal fim.

Isso porque, neste caso, o Poder Público age investido de sua soberania, o que mais uma vez corrobora com o fato de que o INPI presta serviços públicos ínsitos à soberania de Estado.

Assim defende Luiz Emydio [Op. cit., p. 429 – 431]:

*“Entendemos que, na realidade, **preço e taxa não se confundem pelas seguintes razões:** a) o preço decorre de uma atividade desempenhada pelo Estado como se fosse particular, **sem estar investido de sua soberania**, enquanto a taxa, por ser um tributo, decorre de exercício do poder de polícia ou da prestação de serviço público ou **desempenho de atividade em que o Estado age investido de sua soberania**; b) a taxa é receita derivada, **obrigatória, de direito público**, enquanto o preço é receita originária, contratual, de direito privado; c) a taxa decorre do **desempenho de uma atividade que não pode, por sua natureza, ser transferida ao particular**, enquanto o preço se origina do desempenho de uma atividade que pode ser cometida ao particular; d) a taxa provém do desempenho de uma atividade na qual **prevalece o interesse público**, enquanto o preço emana de uma atividade na qual prepondera o interesse particular; e) a taxa decorre **de lei** e o preço de um acordo de vontades, pelo que o particular não pode ser constrangido a pagá-lo se não utilizar-se da atividade estatal; f) no preço, por ter natureza contratual, há possibilidade de desfazimento do acordo, o que não ocorre com a taxa, que decorre de lei; g) o poder de polícia pode ensejar a cobrança de taxa mas não de preço; h) a taxa visa cobrir o custo do serviço, enquanto no preço existe o fim de lucro; i) a taxa remunera serviço público ínsito a soberania do estado e serviço público essencial ao interesse público, enquanto o preço remunera o serviço público não essencial; j) o preço não comporta extrafiscalidade, o que pode ocorrer com a taxa.*

A importância de se saber se uma dada receita é taxa ou preço público refere-se a maior ou menor liberdade na sua instituição

e percepção pelo poder público. Assim, se a receita tem natureza tributária o Estado estará sujeito a todas as limitações constitucionais ao poder de tributar, enquanto se a receita tiver natureza contratual, o poder estatal terá maior liberdade no seu manejo. [grifos nossos]

Portanto, se o usuário pode atender sua necessidade por outro meio (facultatividade e caráter privado), a contribuição terá natureza de tarifa/preço público. Do contrário, e aí se incluem também os serviços que, embora sua adesão seja facultativa, o Poder Público detém o monopólio/privilégio estatal para sua prestação, seja em razão do interesse público, seja porque tais serviços decorrem do exercício de sua soberania, a remuneração deverá ser instituída por meio de taxa, observando-se, obrigatoriamente, os princípios da reserva legal, da anterioridade e da noventena.

4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS TABELAS DE RETRIBUIÇÕES DO INPI E AS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS: NÃO CONFISCO; PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE; PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA; E NECESSIDADE DE EFETIVA CONTRAPRESTAÇÃO

Inicialmente cumpre destacar que nunca existiu legislação instituidora ou majoradora das tabelas de retribuições do INPI.

Como se bem sabe, o processo de aprovação das tabelas de remuneração dos serviços do INPI é regulamentado por meio de ato administrativo (portaria) e sua instituição é por meio de Resolução publicada na Revista da Propriedade Industrial (RPI), em razão do disposto no art. 228, da LPI, abaixo colacionado:

Art. 228. Para os serviços previstos nesta Lei será cobrada retribuição, cujo valor e processo de recolhimento serão estabelecidos por ato do titular do órgão da administração pública federal a que estiver vinculado o INPI.

Assim dispõe o inciso VI, do art. 159, da Portaria nº 149, de 15 de maio de 2013, do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, que aprova o Regimento Interno do Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI, *in verbis*:

*Art. 159. Ao **Presidente** do INPI incumbe:*

(...)

VI - submeter a Tabela de Retribuições dos serviços prestados pelo INPI, relativos a propriedade industrial, para aprovação do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; [grifos nossos]

Ora, se aqui estamos falando de uma Autarquia Federal que presta serviços públicos ínsitos à soberania, os dispositivos em tela, assim como as tabelas de retribuições do INPI estão na contramão do que dispõe a Constituição Federal em matéria tributária. Neste sentido, algumas considerações devem ser feitas, além daquelas já destacadas neste artigo.

Primeiramente, a Constituição Federal impede a tributação com efeitos de confisco, consoante disposto no artigo 150, inciso IV, in verbis:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

Nesse sentido, verifica-se que o destinatário precípuo da norma constitucional é o legislador infraconstitucional.

Foi com base nesse dispositivo que o Ministro Celso Mello, em 2003, no julgamento da ADI-MC-QO 2551 / MG, traçou os contornos do princípio da proporcionalidade e sua aplicação no direito tributário, em caso que apreciava a abusividade de Taxa de Expediente de seguradoras para o DPVAT:

TRIBUTAÇÃO E OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. - O Poder Público, especialmente em sede de tributação, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. - O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. - A

prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de caráter fundamental constitucionalmente assegurados ao contribuinte. É que este dispõe, nos termos da própria Carta Política, de um sistema de proteção destinado a ampará-lo contra eventuais excessos cometidos pelo poder tributante ou, ainda, contra exigências irrazoáveis veiculadas em diplomas normativos editados pelo Estado. [grifos nossos]

E como já destacado anteriormente, o direito à propriedade é um direito fundamental básico de primeira geração, o que significa dizer que nenhum tributo pode ser instituído com ofensa ao princípio da proporcionalidade, com verdadeiro caráter de confisco.

Não é o que ocorre na prática. Isso porque, em 2013 o INPI cobrava retribuição nos valores de R\$ 1.420,00/R\$ 2.950,00 para oposição/nulidade com base em alto renome, respectivamente. Ou seja, o pedido de reconhecimento de alto renome era decidido de forma incidental e, posteriormente, a oposição/nulidade.

Ocorre que com o advento da Resolução INPI nº 129/14, o valor da retribuição para pedido reconhecimento de alto renome de marca pelo INPI passou a ser de R\$ 37.575,00 para peticionamento por meio eletrônico, e de R\$ 41.330,00 para peticionamento em papel.

Vale destacar que o INPI não aplica a redução de até 60% para essas retribuições, outorgada a pessoas naturais; microempresas, microempreendedor individual e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006; cooperativas, assim definidas na Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971; instituições de ensino e pesquisa; entidades sem fins lucrativos, bem como órgãos públicos, quando se referirem a atos próprios, para o serviço de reconhecimento de alto renome.

Para Ricardo Lobo Torres (**Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**, vol. IV – Os tributos na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 409; 416; 421-422) “as taxas podem ofender a propriedade privada e **outros direitos fundamentais**, tornando-se inconstitucionais, quando **desrespeitarem a relação custo/benefício.**”

E complementa:

“As taxas também não podem ferir direitos fundamentais com introduzir discriminações entre contribuintes que se encontrem em situações iguais ou com atribuir o mesmo tratamento a que se encontra em situação desigual.

(...)

*Recorde-se que, para os positivismos, a taxa ou tem natureza exclusivamente contraprestacional ou se fundamenta na discricionariedade do legislador, **pelo que lhe seria estranha a consideração sobre a riqueza do cidadão.***

(...)

*De notar que o princípio da capacidade contributiva se torna importante na fixação do valor do tributo e na política de concessão de isenções, de tal modo que **permita o acesso ao serviço público a todos os cidadãos, independentemente da situação econômica individual.** Mas não é a capacidade contributiva, por si só, fundamento da cobrança da taxa, eis que **ninguém é obrigado a pagá-la em razão de sua riqueza.**” [grifos nossos]*

No que tange à natureza contraprestacional dos serviços públicos, dispõe o Código Tributário Nacional:

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Além disso, a Resolução INPI nº 148, de 30 de julho de 2015, que dispõe sobre normas de procedimentos relativos à devolução de valores recolhidos indevidamente, menciona o seguinte:

Art. 2º Pelo procedimento de restituição o usuário é ressarcido pelo INPI de receita paga a maior ou indevidamente ao Instituto e que não foi aproveitada para o pagamento de outros serviços a serem protocolados.

*§ 1º Entende-se por devida toda retribuição prevista que, por sua vez faz, de alguma maneira, movimentar o sistema administrativo, originando despesa e **gerando a contraprestação do serviço por***

parte desta Autarquia, e por indevida aquela que não gera consequências para o seu acionamento.

§ 2º Considera-se acionada a máquina administrativa quando há dispêndio da força de trabalho de um servidor do INPI para tratar da retribuição recolhida, no exame de determinada questão, não importando que a decisão administrativa seja pela inviabilidade do pleito do usuário externo.

Como resultado, verifica-se que a cobrança das retribuições relativas às anuidades de patentes, para concessão e prorrogação de registros de desenho industrial e marcas podem ser consideradas ilegítimas, independente de terem natureza de taxa ou tarifa/preço público, haja vista não haver qualquer dispêndio de força de trabalho (ou seja, não há qualquer espécie de exame formal ou de mérito nesses casos, apenas conciliação de pagamento).

Antes o INPI justificava esse tipo de cobrança sob o argumento de precisar locar espaço para conservação dos processos físicos. Atualmente esse argumento não mais se sustenta, em razão dos processos já estarem disponíveis em meio eletrônico.

CONCLUSÃO

Consideradas as posições e considerações diversas, tanto da doutrina, como da jurisprudência, resta bastante claro que, em razão da natureza dos serviços prestados pelo INPI, as suas retribuições têm características de taxas, independente de qualquer disposição legal em sentido contrário.

Isso porque, muito embora o direito de pleitear exclusividade sobre propriedade industrial seja facultativo, não há outra alternativa para fazê-lo senão por meio do INPI (monopólio/privilégio estatal). Ou seja, o INPI presta serviços públicos investido do seu poder de soberania, razão pela qual tais serviços são indelegáveis a particulares.

Não bastasse, o simples recolhimento de retribuição para tal fim não assegurará ao administrado a garantia de que seu direito será concedido (soberania *vs.* contraprestação), já que existem requisitos a serem observados, sob pena de indeferimento, diferente do que ocorre em serviços remunerados por tarifas ou preços públicos, em que os usuários

devem receber efetivamente aquilo que está sendo contratado (ex. que as estradas concedidas estejam em excelentes condições, que a energia elétrica seja fornecida, assim como a água, etc.).

Sendo assim, o meio pelo qual a tabela remuneratória dos serviços do INPI foi instituída e vem sendo majorada está em total descompasso com as exigências constitucionais, visto que jamais poderia ter tratada por Resolução, Portaria ou qualquer outro ato administrativo interno, mas, sim, por lei em sentido estrito, em obediência ao Princípio da Reserva Legal.

Sob outro diapasão, a Constituição Federal impede a tributação com efeitos de confisco, visto que inviabiliza o exercício de direitos e promove a discriminação entre os usuários. Posto isto, determinadas retribuições do INPI deveriam ser revistas para se adequarem aos princípios constitucionais que regem o direito tributário, já mencionados neste artigo.

No mais, conclui-se que, ainda que se pudesse considerar a natureza jurídica dessas retribuições como sendo tarifas/preços públicos, a cobrança de anuidades, taxas finais, taxa de prorrogação e quinquênios continuaria sendo ilegítima, haja vista não haver qualquer efetiva contraprestação para tais serviços (apenas conciliação de pagamento pelo sistema).

Portanto, eventual desistência formal antes da correspondente publicação (*e.g.* de concessão/prorrogação de registro) legitima o usuário a ser restituído integralmente do valor pago, sob pena de a recusa configurar enriquecimento sem causa por parte daquela Autarquia.

REFERÊNCIAS

PADILHA, Rodrigo. Direito Constitucional, São Paulo: Método, 2014, 4ª edição.

ROSA JR, Luiz Emygdio F. da. Manual de Direito Financeiro & Tributário, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 17ª edição.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, São Paulo: Atlas, 2015.

MELO, José Eduardo Soares de. Taxas. Disponível em <<http://professorsabbag.com.br/arquivos/downloads/1276651602.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário, São Paulo: Malheiros, 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, vol. IV – Os tributos na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

COELHO, Sacha Calmon Navarro Coelho. Curso de direito tributário brasileiro, Forense Jurídica - Grupo GEN, 2015, 14ª edição.

PAULSEN, Leandro Paulsen. Curso de direito tributário completo, Livraria do Advogado, 2014, 6ª edição.

BELTRÃO, Irapuã. Curso de direito tributário, Atlas, 2014, 5ª edição.

TRADE DRESS: UMA TENTATIVA DE ANÁLISE OBJETIVA DA SUA DISTINTIVIDADE

Lucas Bernardo Antoniazzi¹

1 INTRODUÇÃO

O *trade dress* é um instituto que, apesar de recente, já foi objeto de amplas discussões em âmbito doutrinário e jurisprudencial, de modo que questões como a definição de seu conceito, natureza jurídica e formas de proteção, ainda que não exauridas, se encontram bastante definidas.

Apesar do avanço dos estudos sobre o instituto, persiste, no entanto, a dificuldade de se verificar, em casos concretos, a efetiva infração de um *trade dress*.

Afinal, essa verificação da infração prescinde de uma análise da similitude entre os conjuntos imagem cotejados, o que pode se mostrar algo bastante subjetivo, eis que, para pessoas diferentes, esse grau de semelhança poderia ser maior ou menor.

Da análise de diversos casos levados aos tribunais pátrios, verificamos que, de fato, a apreciação do risco de confusão tem sido a questão mais debatida e polêmica, sendo que, em muitos casos, os magistrados decidem o risco de confusão com base em opiniões pessoais e, até mesmo, destoantes das normas pertinentes à matéria.

Buscamos, portanto, através do presente trabalho, sugerir formas mais objetivas de se analisar a infração do *trade dress*, o que, em nosso entendimento, deve ser feito através da verificação da efetiva distintividade do *trade dress* alegadamente violado.

¹ Especialista em Direito da Propriedade Intelectual pela PUC-Rio e Bacharel em Direito pela FND/UFRJ.

2 CONCEITO, ORIGEM E NATUREZA JURÍDICA

Trade dress pode ser definido como uma forma de apresentação, composta principalmente por elementos visuais (mas que comporta elementos de outra natureza), que pode ser aposta a uma variada gama de objetos e que irá permitir ao consumidor identificar a origem do produto ou serviço por ela assinalada.

Complementando a definição acima, não podemos deixar de citar o clássico conceito de José Carlos Tinoco Soares²:

*...a imagem total do negócio; num sentido bem geral, é o **look and feel**, é, o ver e o sentir do negócio; é o meio pelo qual o produto é apresentado no mercado; é o identificador de origem; o termo **'trade dress'** significa a imagem total ou aparência geral de um produto ou serviço, incluindo, mas não limitado a, desenho da embalagem, rótulos, recipientes, mostruários, à característica do produto ou à combinação de elementos ou figuras que são ou se tornam associadas exclusivamente com uma existência particular que permitem funcionar como sendo um indicador de origem do produto; o **'trade dress'** compreende um única seleção de elementos que imediatamente estabelecem que o produto se distancia dos outros, por isso se torna inconfundível.*

O *trade dress* é, portanto, uma forma de apresentação normalmente utilizada em embalagens de produtos, no layout de estabelecimentos e nas formas mais inusitadas de apresentação e divulgação de um produto ou serviço. Observe-se que essa forma de apresentação consiste no resultado do conjunto de uma série de elementos comuns, que, reunidos em um único objeto, ganharão (em tese) uma apresentação única e distintiva.

Assim, elementos de uso comum, entre eles cores, formatos de embalagens ou estabelecimentos, imagens, formas de atendimento ao cliente, quando aglutinados e dispostos de determinada maneira, ganharão uma apresentação visual capaz de permitir que o consumidor a reconheça e identifique que os produtos ou serviços assinalados por ela são da mesma origem.

Por ter essa característica de permitir ao consumidor identificar a origem de um produto ou serviço, exercendo função próxima à das marcas, podemos afirmar que o *trade dress* apresenta natureza jurídica de signo distintivo.

² TINOCO SOARES, José Carlos. "Concorrência Desleal Vs. Trade Dress ou Conjunto-Imagem". São Paulo: Edição Tinoco Soares, São Paulo, 2004, p. 213.

Importante frisar que este instituto tem sua origem nos Estados Unidos, país que adota o sistema declarativo de registro de marcas, e que há anos já conferia proteção a embalagens de produtos (*product-packaging*) que tivessem ganhado distintividade em razão de seu uso prolongado ou por apresentarem uma distintividade inerente, com fundamento especial no §43 do Lanham Act³.

Contudo, todos os que mergulham no estudo do tema destacam alguns julgados norte-americanos que vieram a confirmar a proteção ao *trade dress* e seus requisitos de proteção.

O primeiro julgado *yankee* é o famoso caso *Taco Cabana, Inc. vs. Two Pesos, Inc*⁴, no qual a Suprema Corte norte-americana reconheceu os direitos da empresa Taco Cabana de utilizar de modo exclusivo a apresentação visual que compunha todos os estabelecimentos de sua rede de restaurantes, e que vinha sendo reproduzida por uma empresa concorrente.

O mesmo julgado afirmou que o estabelecimento poderia ter uma apresentação visual que apresenta distintividade inerente, sem necessidade de demonstrar o *secondary meaning*.

Merece ainda destaque o caso *Samara Brothers vs. Wall Mart*⁵, julgado pela Suprema Corte no ano 2000, em que fixou-se o entendimento de que para a proteção do *design* de produtos deveria ser comprovada sua distintividade adquirida pelo uso, enquanto para embalagens de produtos deveria verificar-se como requisito a distintividade inerente, ou seja, sua capacidade intrínseca de diferenciar-se das demais.

Por fim, o caso *Qualitex Co. vs Jacobson Products Co.* (precedente n. 514 U.S. 159, 162-163 da Suprema Corte), esclareceu que as cores, isoladamente, não

³ § 43 (15 U.S.C. §1125). False designations of origin; false description or representation

(a) (1) Any person who, on or in connection with any goods or services, or any container for goods, uses in commerce any word, term, name, symbol, or device, or any combination thereof, or any false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of fact, which--. Tradução: § 43 (15 U.S.C. §1125). Falsa designação de origem; falsa descrição ou representação: (a) (1) Qualquer pessoa que, sob ou com conexão com qualquer tipo de produtos ou serviços, ou qualquer recipiente para produtos, que utiliza qualquer palavra, termo, símbolo, ou artifício, ou qualquer combinação destes elementos, os qualquer falsa de designação de origem, falsa ou equivocada descrição de um fato ou sobre um fato.

⁴ *Two Pesos, Inc vs. Taco Cabana, Inc.* (91-971), 505 U.S. 763 (1992)

⁵ Disponível no site: www.supremecourtus.gov – *Wal-Mart Stores, Inc. vs. Samara Brothers, Inc.* (99-150), 529 U.S. (2000). Acesso em 11/11/2008.

poderiam ser registradas como marcas ou protegidas como *trade dress*, exceto nos casos em que ficasse comprovado que as mesmas adquiriram através do uso um significado secundário ou *secondary meaning*, tornando-se aos olhos do consumidor um forte indicativo da origem daqueles produtos.

Essas decisões consolidaram a necessidade de o *trade dress* apresentar para ser passível de proteção, o requisito da distintividade, quer originária quer secundária.

A distintividade será originária quando o conjunto imagem possuir uma originalidade inerente, ou seja, quando desde o início de seu uso ele já permite ao consumidor reconhecer a origem do produto ou do serviço que assinala, pois é suficientemente diferente dos demais conjuntos imagens dos concorrentes e/ou não utiliza nenhuma característica comum no segmento.

A distintividade é secundária, por outro lado, quando uma determinada apresentação visual carece de uma distintividade inerente, ou seja, quando desde o início de seu uso não exercia a função de identificar a origem de produtos ou serviços, pois apresentava características comuns aos demais conjuntos imagens daquele segmento mercadológico. Contudo, com o passar do tempo, aquele conjunto imagem conquista fama e renome perante o público consumidor, que passa a identificá-lo e reconhecê-lo independente da sua falta de originalidade, em um fenômeno conhecido como *secondary meaning*.

3 VIOLAÇÃO AO TRADE DRESS

E é exatamente em razão deste papel identificador que o *trade dress* é um importante instrumento de captação e fidelização de clientela, tão valorizado quanto os demais signos distintivos que compõem o fundo de comércio de uma empresa, o que lhe confere grande relevância econômica.

A importância econômica do *trade dress* irá fazer com que, muitas vezes, ele venha a ser objeto de reprodução (total ou parcial) por terceiros, que se valem do fato de o público consumidor já reconhecer e identificar aquela apresentação visual, com o intuito de: i) desviar a clientela do titular do *trade dress*; ou ii) aproveitar-se da boa fama da empresa titular do *trade dress*, seus serviços e/ou seus produtos perante o mercado consumidor.

Essa tentativa de confundir o consumidor pode ocorrer por meio da cópia servil de um *trade dress*, o que impede que o consumidor consiga distinguir qual é o conjunto imagem original e qual o contrafeito consequentemente impedindo a diferenciação entre os produtos ou serviços assinalados pelo *trade dress* original e o contrafeito.

Nesse tocante, vale comentar sobre a Teoria Gestalt, aplicável principalmente nos casos de violação de *trade dress* de embalagens, que analisa a percepção do consumidor ao visualizar produtos em gôndolas de supermercados, farmácias, etc. A referida teoria atesta que no momento da compra a atenção do consumidor não está em pleno funcionamento, de maneira que a sua percepção fica alterada, ampliando as chances de ser induzido à confusão por conjuntos de imagens que, apesar de não serem cópias servis, guardam bastante relação com outro *trade dress*.

Ainda, é possível que o contrafator venha a reproduzir apenas os principais elementos que compõem um *trade dress*, de maneira que, esgueirando-se da evidente prática de contrafação daquele signo distintivo, ainda consiga incutir na mente do consumidor que existe uma grande proximidade entre o conjunto imagem original e o conjunto imagem contrafeito.

Assim, podemos verificar que a violação do *trade dress* ocorre quando determinada apresentação visual é copiada por um terceiro que, reproduzindo ou imitando tal signo distintivo, visa confundir o consumidor para que este consuma os seus serviços/produtos, em substituição dos serviços/produtos do titular do *trade dress* original. Com isso, ele consegue ingressar em determinado segmentado mercadológico, ou expandir a comercialização de seus produtos ou serviços.

4 DA PROTEÇÃO LEGAL DO TRADE DRESS NO BRASIL

No Brasil não existe registro de *trade dress*⁶ e, muito menos, uma norma

⁶ Acerca da hipótese de criação de norma legal visando a criação de registro de *trade dress*, aponta BARBOSA, Denis Borges, Uma Introdução à Propriedade Intelectual, pg. 664, disponível em http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/livros/livros_digitais.html): “Se não há notoriedade do vínculo entre a forma do produto e sua origem, o registro não pode criar tal vínculo, sem afrontar a regra da temporariedade da proteção das patentes e desenhos. Infelizmente, essa não é a solução adotada pela Lei 9.279/96. Para fazer-se uma interpretação de acordo com a Carta do Art. 124, XXI do CPI/96, o INPI só registrará forma do produto quando e se tal forma estiver notoriamente ligada à sua origem”.

legal que tutele especificamente este tipo de signo distintivo. Contudo, a ausência de dispositivo que o preveja especificamente não torna este instituto órfão de proteção legal.

O *trade dress* é, como já apontado, composto por uma série de elementos visuais, entre os quais se incluem arcas e desenhos industriais. Nesse sentido, entendemos que uma primeira proteção legal conferida pelo sistema legislativo brasileiro é aquela dada aos elementos isolados que irão compor o conjunto imagem de um produto ou serviço.

É possível afirmar que, em tese, a violação de um *trade dress* pode ser reprimida pelas normas que tutelam especificamente os elementos isolados que compõem o conjunto imagem do produto, sendo as principais a proteção pelo Direito Autoral (quando a criação for artística e original), a proteção ao desenho industrial (quando apresentar as características para ser protegida por este instituto) e marcas passíveis de registro (que pode abranger marcas mistas e tridimensionais).

Denis Borges Barbosa, acerca deste ponto, ensinava que:

“(...) a proteção do trade dress se dá, indiretamente, através dos seus elementos protegidos por marca registrada, inclusive tridimensional, se for o caso (art. 122 e seg. do Código da Propriedade Industrial de 1996); pelo nome de empresa, protegido pelo Código Civil; pelo desenho industrial, se registro houver (art. 94 e seg. da mesma lei); e pela lei Autoral (Lei 9.610/98), no que couber. Mas, no sistema brasileiro, o trade dress é protegido diretamente (embora não por um direito exclusivo) pelas regras de concorrência desleal, especificamente consagradas no pertinente no art. 195, III do Código da Propriedade Industrial vigente.

Assim, como ocorre em todos objetos de proteção da concorrência desleal, o *trade dress* é protegido o espaço geográfico onde a concorrência ocorre de fato, material e positivamente.

A definição de sua proteção é resultante da rejeição à confusão ou associação que faz o público entre os signos distintivos em cotejo; se há confusão ou indevida associação, qualificada pela deslealdade concorrencial, haverá rejeição de direito”.⁷

⁷ BARBOSA, Denis Borges Barbosa. Parecer sobre apelação n. 0191736-89.2009.8.26.0100, em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. No prelo.

Assim, quando falamos em proteção ao instituto do *trade dress*, ao menos para fins acadêmicos, não podemos lançar mão dessas tutelas específicas, já que é o conjunto de elementos que será o objeto de proteção do instituto⁸.

Final, como é unânime na doutrina e jurisprudência⁹, o *trade dress* é apenas objeto de proteção em seu aspecto conjuntural e não em seus elementos isolados.

Gama Cerqueira já assim ensinava:

Na apreciação da prova, é necessário ter em vista que os atos de concorrência desleal raramente se apresentam isolados, encadeando-se quase sempre como elementos de um plano concentrado para desviar clientela do concorrente ou causar-lhe prejuízos. Não deve, pois, o juiz desarticulá-los, analisando-os separadamente, mas apreciá-los em seu conjunto, uns em relação com os outros. Examinados isoladamente, esses atos, muitas vezes, parecem lícitos, ou, pelo menos, destituídos de gravidade, ao passo que, apreciados globalmente, revelam os institutos desleais que os determinaram¹⁰.

Com efeito, o *trade dress*, assim como outros signos distintivos e bens intelectuais que não se encontrem protegidos por uma tutela específica¹¹ o são pelas normas que vedam as práticas de concorrência desleal e ilícita.

Podemos afirmar que no Brasil, assim como ocorre em outros países,¹² a proteção do *trade dress* tem como principal ferramenta de proteção a

⁸ “Nestas condições, a semelhança do ‘aspecto exterior’ dos artigos ou produtos postos em confronto aos olhos do público consumidor (o homem da rua e não o técnico), induzindo-o em erro ou confusão (art. 178, parágrafo único) quanto à origem, conteúdo ou proveniência (vide nº 14 infra), é o traço característico de CD [concorrência desleal]” (DUVAL, Hermano. Concorrência desleal. São Paulo, Saraiva, 1976, pg. 162)

⁹ DELMANTO, Celso. Crimes de Concorrência Desleal, Editora da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1975, pg. 87): “Deve-se atentar, sempre, para o fato de que a confundibilidade é a real razão da ilicitude, o efetivo meio fraudulento do delito em apreço; A forma, a sigla, a marca e as outras particularidades individualizantes do produto não são, por si sós, protegidas pelo dispositivo do inciso [artigo 178, III, do decreto lei nº 7.903]. O que se veda e se pune penalmente não é o uso dessas características distintivas, mas sim, a utilização delas para o fim de confundir os consumidores. Nem existe relação com a originalidade ou novidade do produto ou artigo. Estas podem não ser realmente originais, mas, sendo repetidas para enganar as suas particularidades individualizantes, haverá, em tese, um procedimento desonesto.

¹⁰ CERQUEIRA, João Gama (Tratado da Propriedade Industrial, Vol. II, Tomo II, 2010, Ed. Lúmen Júris, pg. 290 e 291).

¹¹ Podemos citar como exemplos: marcas não registradas, expressões de propaganda, modelos de negócio, etc.

¹² Em relação aos países europeus, CARLOS OLAVO (A proteção do “trade dress” no Direito Português e no Direito Comunitário, Revista da ABPI nº 82, Mai/Jun 2006, pg. 11) ensina que: “É pacífico na doutrina e jurisprudência europeias, que a imitação, por um agente econômico, dos invólucros característicos dos produtos fabricados ou comercializados por um concorrente, constitui concorrência desleal”.

vedação à concorrência desleal, especificamente por meio da vedação do desvio de clientela por fraude, hipótese de concorrência ilícita prevista no inciso III do artigo 195 da Lei de Propriedade Industrial.

Esclarece Celso Delmanto que “*Método fraudulento pode, assim, ser explicado como todo ardil usado para induzir alguém a erro*”¹³. Contudo, diante da amplitude do que pode ser considerado como “ardil”, em semelhança ao que ocorre com o conceito de “desleal”, alerta: “*Mas não será fácil a catalogação dos meios fraudulentos possíveis de serem utilizados*”¹⁴.

Por tal razão, lista o que entende como os principais “*modos de fraude utilizados*”, entre os quais nos interessa a “*confusão com produtos do concorrente*”:

O exemplo que mais comumente se apresenta de desvio fraudulento de clientes alheios é o da imitação dos produtos, sinais ou nomes não registrado do competidor. Tal hipótese vem logo à lembrança, por se tratar de uma das figuras explicitamente previstas na lei italiana e por retratar um comportamento muito usado pelos contendores desonestos.

Estabelecer confusão com artigos ou produtos do rival é, sem dúvida, a mais repetida fraude aplicada para tentar o desencaminhamento que o presente item pune. O agente desleal procura imitar a aparência extrínseca dos produtos do competidor, de um modo que o seu apresente semelhante aos olhos dos consumidores e estes compreem, pensando ser o artigo daquele concorrente. O meio fraudulento é, aqui, o próprio produto, por assim dizer; o engano é in re ipsa.

Muitos artigos têm um aspecto particular (o arrangement francês ou o get up dos americanos), distinto dos demais similares, seja pela forma, cor, invólucro, recipiente, etiqueta, nome, sinal, símbolo, figura ou outras características de identificação próprias. Pelo uso reiterado ou pela propaganda, tal aparência individualizante consegue ‘marcar’ nos consumidores aquele determinado produto que eles se acostumaram a adquirir. São tão valiosas ao produtor essas apresentações – em face do que representam para o público

¹³ DELMANTO, Celso. Crimes de Concorrência Desleal, Editora da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1975, pg. 81

¹⁴ *idem*

comprador – que geralmente só são mudadas, e após muitos estudos, quando do decréscimo de vendas;

Por seu turno, os consumidores fixam instintivamente na memória uma ou as mais importantes dessas características e, pela simples visualização delas, compram a mercadoria.

O freguês afeito a adquirir, por hipótese, uma determinada marca determinada de queijo que tem envoltório característico (por exemplo: caixa com formato diferente; cor azul com estrelas; tipo de letras alongadas ou uma figura desenhada) que o distingue das demais marcas de queijos, avistando um outro produto com aqueles sinais que tem na lembrança como individualizantes, levará este sem atentar em saber se é o mesmo queijo que se acostumou a comprar. De igual modo, a mulher habituada a adquirir o tal que sempre usa, não irá, a cada vez, experimentar seu perfume, conferir se o nome é idêntico ou só parecido, se o fabricante é o mesmo; ela se recorda de uma certa característica da embalagem, distintiva da dos outros talcos, e, com base nela, apanha e leva para casa o artigo que apresenta aqueles pontos particularizantes que ela reteve na memória. (...) Isto é o que se chama de capacidade de distinguir por elementos que os consumidores menos precavidos (unwary purchasers) guardam na memória numa forma de associação mecânica de idéias.

O competidor desleal prevalece-se desse fato. Aplica o “golpe baixo” de imitar aquelas principais características da mercadoria alheia e, por via dessa fraude – passing off – tenta carrear para si os clientes do concorrente. Busca, sem esforço ou perda de tempo, subtrair aqueles fregueses que o rival conseguira pela qualidade, tradição ou propaganda, em suma, pelo seu trabalho e empenho.¹⁵

No mesmo sentido Gama Cerqueira asseverava que:

Entre os meios de criar confusão com os produtos ou artigos de um concorrente, acode à idéia, desde logo, o uso de sinais distintivos idênticos ou semelhantes aos que os assinalam. Quando esses sinais distintivos se acham registrados como marcas, a hipótese cai sob o domínio da lei respectiva, sendo punível como contrafação (Código, art. 175, II). Tratando-se de sinais não registrados, é condição essencial à ação baseada em concorrência desleal que esses sinais, além de reunirem os requisitos intrínsecos que os

¹⁵ DELMANTO, Celso. Crimes de Concorrência Desleal, Editora da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1975, pg. 84/85.

*tornem distintivos e suscetíveis de continuas marcas, estejam em uso prolongado, de modo a se tornarem conhecidos como marcas dos produtos concorrentes. Aplica-se o mesmo princípio quando se trata de imitação ou reprodução do aspecto característico do produto ou forma de sua apresentação (embalagens, envoltórios, recipientes, etc.), quando não vejam (sic) vulgares ou pertencentes ao domínio público.*¹⁶

Verificamos que o que Celso Delmanto destaca como “*imitação dos produtos, sinais ou nomes não registrado do competidor*” aplica-se como uma luva ao conceito de reprodução de *trade dress*. Em que pese o ilustre penalista dar exemplos apenas de “*confusão com artigos ou produtos*”, é certo que o mesmo raciocínio jurídico se aplica para a violação de *trade dress* de estabelecimentos, designs de produtos e outras formas de apresentação visual.

Ainda nesse tocante, apesar de haver divergência doutrinária, parece ser possível haver infração ao *trade dress* por terceiro que não seja concorrente do titular do conjunto imagem original. Trata-se de casos em que um terceiro copia ou imita um *trade dress* visando criar uma associação indevida com os produtos/serviços assinalados por aquele conjunto imagem para comercializar produtos/serviços de outro segmento mercadológico.

Nesses casos, estaríamos diante de um **aproveitamento parasitário** de *trade dress*, que, em nossa opinião, pode ser combatido com fundamento na vedação ao enriquecimento ilícito, na medida em que o terceiro não concorrente se vale de toda a fama e notoriedade de um *trade dress* para comercializar seus produtos/serviços sem ter contribuído de qualquer forma para aquele conjunto imagem ter alcançado tal status.

5 SOBRE A ANÁLISE DA INFRAÇÃO

5.1 - Da distintividade do *trade dress*

Como já asseverado, a percepção do risco de confusão entre um *trade dress* é o ponto que mais causa controvérsias na correta proteção desse instituto.

¹⁶ CERQUEIRA, João Gama. Tratado da Propriedade Industrial, Vol. II, Tomo II, 2010, Ed. Lúmen Júris, pg. 282.

Nesse sentido, para que possamos analisar esse risco de confusão, querendo ou não, teremos que passar pela verificação de que o *trade dress* que estaria sendo reproduzido/imitado apresenta suficiente distintividade.

Afinal, para que um *trade dress* seja passível de proteção, é imperioso que ele possua suficiente distintividade, que, conforme já elaborado nos itens anteriores, pode ser originária, quando o conjunto imagem apresenta características que o distanciam de todos os demais *trade dresses* existentes em determinado segmento econômico. Contudo, pode acontecer que o conjunto imagem tenha uma apresentação não muito distintiva, mas, em razão de seu uso contínuo, tenha conquistado fama e reconhecimento perante o público consumidor (*secondary meaning*).

Como se vê, em qualquer um dos casos, é importante que a apresentação visual que assinala um produto/serviço permita que o consumidor consiga diferenciá-la das outras apresentações visuais que assinalam os demais produtos/serviços concorrentes.

5.2 - Características que guardem relação com o produto/serviço que assinalam

Muitas vezes, as características visuais que compõem determinado *trade dress* guardam extrema relação com o próprio produto/serviço que assinala.

Nestes casos, é preciso ponderar se o titular de determinado *trade dress* que ostente características que guardem relação com o produto teria como proteger a apresentação visual de seu produto, mesmo que ele tenha sido o primeiro em seu segmento a utilizar tais características, de maneira que seu conjunto imagem, à época de seu lançamento, tinha distintividade originária.

Em nosso entendimento, estes são casos análogos aos de uma marca descritiva e evocativa, de maneira que as características constantes em um *trade dress* que guardam relação com o produto/serviço, de forma alguma, poderão ser utilizados a título exclusivo sob o pretexto de proteção do conjunto imagem.

Com efeito, é possível verificar que a Suprema Corte norte-americana traçou este mesmo tipo de comparação quando do julgamento do já citado caso Taco Cabana VS. Two Pesos:

Marks are often classified in categories of generally increasing distinctiveness; following the classic formulation set out by Judge Friendly, they may be (1) generic; (2) descriptive; (3) suggestive; (4) arbitrary; or (5) fanciful. See Abercrombie & Fitch Co. v. Hunting World, Inc., 537 F. 2d 4, 9 (CA2 1976). The Court of Appeals followed this classification and petitioner accepts it. Brief for Petitioner 11-15. The latter three categories of marks, because their intrinsic natures serve to identify a particular source of a product, are deemed inherently distinctive and are entitled to protection. In contrast, generic marks—those that “refe[r] to the genus of which the particular product is a species,” Park’ N Fly, Inc. v. Dollar Park and Fly, Inc., 469 U.S. 189, 194 (1985), citing Abercrombie & Fitch, supra, at 9—are not registrable as trademarks. Park’ N Fly, supra, at 194.

Marks which are merely descriptive of a product are not inherently distinctive. When used to describe a product, they do not inherently identify a particular source, and hence cannot be protected¹⁷.

Podemos concluir que mesmo em que um determinado concorrente tenha sido o pioneiro no uso de um *trade dress*, caso esse conjunto imagem seja formado por elementos isolados que guardem relação com o próprio produto/serviço que assinala, não haveria qualquer deslealdade em tal conduta, caso seus concorrentes venham posteriormente a utilizar em seus respectivos conjuntos imagem as mesmas características.

A licitude do ato decorre do fato de que, mesmo que no momento inicial não exista nenhum outro conjunto imagem próximo ou semelhante a ele - o

¹⁷ Two Pesos, Inc vs. Taco Cabana, Inc. (91-971), 505 U.S. 763 (1992), Tradução livre: “Uma marca é definida no 15 U.S.C. § 1127 como “qualquer palavra, nome, símbolo, ou disposição ou combinação de qualquer um deles” usada por qualquer pessoa “para identificar e distinguir os seus produtos, incluindo um único produto, dos outros produtos fabricados ou produzidos por outros, para indicar a origem dos produtos, mesmo que a origem seja desconhecida. Para que seja registrada, a marca deve ser capaz de disintiguir os produtos do titular do pedido de registro de terceiros. § 1052 Marcas são sempre classificadas em categorias de distintividade crescente; Seguindo a clássica formulação definida pelo Juiz Friendly, elas podem ser (genéricas), (2) descritivas; (3) sugestivas; (4) arbitrárias; ou (5) fantasiosas. (...)

As últimas três categorias, devido a sua natureza intrínseca de identificar a fonte de um produto, são consideradas inerentemente distintivas e passíveis de proteção. Ao contrário, marcas gen[er]icas – aquelas que se referem ao gênero do qual um determinado produto é espécie, não são registráveis como marca. Marcas que são meramente descritivas de um produto não são inerentemente distintivas. Quando usadas para descrever um produto, elas não identificam inerentemente uma fonte particular, e portanto, não podem ser protegidas”

que, em tese, lhe garantiria uma distintividade inerente - as características seriam de uso comum naquele segmento e, portanto, de uso impossível exclusivamente por um só concorrente.

Com efeito, a deslealdade é originária com o titular que se apropria de bem indisponível.

Frise-se, no entanto, que isso não afasta a possibilidade de que uma apresentação visual com características que guardam relação com um produto seja passível de proteção por vedação à concorrência desleal, desde que a combinação dessas características consiga alcançar suficiente distintividade.

However, descriptive marks may acquire the distinctiveness which will allow them to be protected under the Act. Section 2 of the Lanham Act provides that a descriptive mark that otherwise could not be registered under the Act may be registered if it "has become distinctive of the applicant's goods in commerce"¹⁸.

Não podemos nos olvidar, todavia, que, nesse caso, os requisitos para verificação de distintividade serão muito mais elevados, para não permitir burlar o princípio da disponibilidade do objeto de proteção.

Como exemplo, podemos nos valer do segmento mercadológico de *ketchups*, em que, apesar de todas as embalagens apresentarem predominantemente a cor vermelha –de uso comum por guardar relação com o tomate, fruto utilizado como principal ingrediente na fabricação do produto - exercem função distintiva, eis que possuem outras características que permitem ao consumidor diferenciar a origem de cada produto (como o formato, combinação de cores, uso de marca mista, disposição do rótulo etc.).



¹⁸ Two Pesos, Inc vs. Taco Cabana, Inc. (91-971), 505 U.S. 763 (1992). Tradução livre: “Contudo, marcas descritivas podem adquirir a distintividade para permitir sua proteção por meio do [Lanham] Act. Seção 2 do Lanham Act permite que marcas descritivas que não poderiam ser registradas pelo [Lanham] Act possam ser registradas se ‘tornaram-se distintivas dos produtos do titular do pedido de registro’”.

Por serem comuns às embalagens de um mesmo segmento mercadológico, por mais que certas características visuais incorporem o *trade dress* de uma embalagem de uma empresa, não podem ser objeto de proteção exclusiva, pois o consumidor já tem em mente que a embalagem de um produto de uma certa categoria apresentará certas características.

Verificamos que a Jurisprudência pátria se posiciona no mesmo sentido:

“Observe-se que a divergência não se põe sobre o nome “mocotó”, que é do domínio público, mas sim na forma de uso da marca dos Réus, pela semelhança das embalagens a causar confusão entre os produtos.

Ou na expressão do perito: “No exame sucessivo das amostras dos produtos fornecidos pelos autores (...) e dos apreendidos no estabelecimento da Ré (...), impressionou o perito a extrema identidade da forma ornamental e da cor adotadas nos frascos de ambos os produtos e a considerável semelhança das características das letras e figuras geométricas utilizadas gravadas [sic] nas embalagens.

(...)

Com efeito, baseou-se ela nas mais sólidas convicções do laudo pericial e do seu esclarecimento, de que, em tema de fundamentação, se extrai o seguinte:

“Assim, tanto a forma ornamental do frasco quanto a cor empregada nas palavras e figuras dos mesmos não são se uso exclusivo de quer que seja, podendo serem utilizadas livremente.

Com efeito, o que constitui a marca dos autores é o conjunto original e característicos da forma das figuras e das letras utilizadas.

Na verdade, não se trata de contrafação de marca registrada, onde o registro da marca é condição essencial da ação, porém de confusão entre os produtos no comércio, conforme o fundamento jurídico do pedido da autora¹⁹ (grifo nosso)

¹⁹ TJRJ, AC 2.075/96, Des. Pedro Fernando Ligiero, 6ª Câmara Cível, DJ 18/06/96

5.3- Código de categoria

Ainda no campo da distintividade do *trade dress*, cumpre destacar que existem características que compõem determinado conjunto imagem de um produto/serviço que são considerados códigos de categoria e que, portanto, também não caberia a apenas um concorrente utilizá-la.

Os códigos de categoria não devem ser confundidos com as características que guardam relação com o produto/serviço assinalado pelo *trade dress*, pois aqueles são mais abrangentes e podem abarcar mais características.

Em outras palavras, é **certo** que as características que guardam relação com o produto/serviço, **provavelmente** (é certo ou é provável?), serão encontradas em todos os *trade dresses* de um determinado segmento econômico e, conseqüentemente, serão um dos códigos de categoria. Contudo, é preciso deixar claro que os códigos de categoria poderão abarcar outras características que não tenham a menor relação com o produto.

Em relação a este instituto, aplica-se também a Teoria da Distância, originária do direito marcário, segundo a qual o risco de confusão entre duas ou mais marcas, e no caso, *trade dress*, deve ser analisado em vista de uma situação real, ou seja, do convívio pacífico desses signos com um mesmo elemento ou elementos semelhantes que assinalam serviços iguais ou similares em nome de titulares diferentes.

De acordo com a Teoria da Distância, se marcas com um mesmo elemento ou elementos similares, em nome de diferentes titulares, coexistem pacificamente para cobrir serviços idênticos ou afins, não é justo que outra marca com tal termo não possa ser registrada para cobrir os mesmos serviços das demais.

Nesse sentido, vale destacar as lições de Geert W. Seelig em sua obra, "La théorie de la distance", in *Revue Internationale de la Propriété Industrielle et Artistique*, no. 32, dez. 1965, pág. 389:

"Freqüentemente, marcas idênticas ou similares são usadas em atividades também idênticas ou próximas. Em geral, o público consumidor habituou-se à coexistência dessas marcas e o resultado é que ele está mais atento que de costume às diferenças que existem

entre elas. Se, depois, novas marcas parecidas chegam ao mercado, o público não as confundirá com as já existentes, pois se habituou a prestar atenção em suas diferenças, mesmo que pequenas e, conseqüentemente, sabe distingui-las.”

Ora, o mesmo raciocínio desenvolvido para marcas também se aplica ao *trade dress*. Se os consumidores já estão acostumados com embalagens com características visuais semelhantes, já possuem uma sensibilidade mais aguçada para distinguir umas das outras, de maneira que, independente de tal proximidade, ele sabe distinguir a origem de cada produto.

Chegamos a um ponto que essencial para se analisar a distintividade de um *trade dress* que contenha códigos de categoria: **a origem destes códigos**.

Da nossa experiência em casos de violação de *trade dress*, verificamos certa reincidência naquele que é acusado de violar o conjunto imagem de um concorrente ao valer-se do argumento de que as características que está utilizando no *trade dress* de seu produto são códigos de categoria e que, portanto, seriam de uso comum.

No entanto, quando analisado com mais cautela percebe-se que o suposto código de categoria foi criado com base no produto/serviço cujo *trade dress* está sendo violado. Com efeito, tratam-se de casos em que o *trade dress* apresentava uma distintividade original e que, em razão de serem copiados por diversos concorrentes, suas características passaram a definir um suposto código de categoria.

Entendemos que nesses casos a criação de um código de categoria, na verdade, seria decorrente da degenerescência da distintividade de determinado *trade dress* originariamente distintivo, que sofreu processo idêntico ao que ocorre com as marcas.

Surge, então a indagação se a adoção de um código de categoria por um terceiro importaria em infração ao *trade dress* original, ou se o uso de tais características não importaria em qualquer violação de direitos de terceiros, já que seriam de uso comum.

Em nossa opinião, quando verificado que, de fato, aquelas características se tornaram comuns naquele segmento mercadológico, não há como se falar em distintividade do *trade dress*. Com efeito, voltando ao conceito

de concorrência desleal, se considerarmos que é esperado que todos os concorrentes de um determinado segmento econômico façam uso de determinados elementos visuais, restaria afastado o critério da deslealdade.

Não obstante, vale lembrar que, em tese, mesmo utilizando elementos que se tornaram um código de categoria, é possível que eles sejam dispostos de maneira a conferir distintividade originária ao *trade dress*, ou ainda, que o conjunto imagem venha a ganhar distintividade por *secondary meaning*.

5.4 - Do problema na aferição da violação de *trade dress*

Com efeito, já expusemos nosso entendimento de que a concorrência desleal é um excelente instrumento, suficientemente capaz de proteger o *trade dress*, sem a necessidade de qualquer outra norma legal ou instituto emprestado de outras áreas do direito.

Contudo, em que pese o esforço de todos os envolvidos no assunto (empresas titulares de *trade dresses*, seus advogados, doutrinadores, magistrados), ainda verificamos diversos julgados destoantes entre si ou destoantes com a matéria, permitindo que diversos titulares de *trade dress* tenham seus signos distintivos violados, ou, de outro lado, impedindo que concorrentes atuem em determinado segmento, utilizando características que são comuns naquele mercado, sob o falso argumento de que estariam a violar *trade dress* de terceiro.

Nesse sentido, indagamos: se a legislação é suficiente, se a forma de proteção por *trade dress* por concorrência desleal, como demonstrado é suficiente para garantir os direitos de seus titulares, porque há ainda tantas decisões como as aludidas acima?

Entendemos que o ponto nevrálgico é a falta de parâmetros objetivos no momento de inferir a reprodução/imitação do *trade dress*.

Afinal, a legislação concorrencial é clara em determinar que, uma vez constatado o meio fraudulento para buscar o desvio de clientela, o ato concorrencial será considerado ilícito.

O problema é que o conceito de deslealdade irá ser determinado se há

ou não a reprodução/imitação de um *trade dress*. Como não existe uma forma objetiva de constatar tal situação, os magistrados se valem dos mais diferentes parâmetros para buscar compor as lides envolvendo a matéria.

5.5 - Da necessidade de verificar a distintividade do trade dress

Como já aludido, não existe a titularidade de um *trade dress*. Portanto, para ser passível de proteção, a embalagem de um produto, um design, ou um estabelecimento, invariavelmente, terá que apresentar originalidade, ou seja, terá que ser diversa da de seus concorrentes, destacando-se que o seu âmbito de proteção abará tão somente os elementos que não estão dentro dos elementos comuns a toda categoria.

Por tal razão, a proteção ao *trade dress* é feita quando verificada a cópia (meio fraudulento), e não mera adoção de elementos comuns daquela categoria mercadológica, bem como que tal suposta cópia está causando uma perda de clientela que não seria esperada dentro do livre mercado concorrencial (desvio de clientela).

Será preciso comprovar que o ganho de parcela da clientela do suposto concorrente decorre de uma prática de concorrência desleal, pois a simples perda de mercado não pode servir para que uma empresa queira imputar aos seus concorrentes a prática de um ato ilícito e, assim, retirá-los do mercado, para obter o seu monopólio.

Afinal, em qualquer mercado onde exista a livre concorrência, sempre que surgir um novo *player*, a tendência é que este, naturalmente, sem fazer uso de qualquer prática desleal, ganhe parcela da clientela de seus concorrentes.

É este o princípio basilar da Ordem Econômica Liberal adotada em nossa Constituição, que tem como paradigmas a livre iniciativa e a livre concorrência como fins de estimular a economia o desenvolvimento nacional, e como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, previsto no artigo 3º, inciso II, da Lei Maior.

Como se vê, a simples alegação de que a embalagem de um produto apresenta características visuais próximas das de seus concorrentes não é suficiente para que reste configurada a prática de um ato ilícito ou desleal.

5.6 - Distintividade Originária

Portanto, inicialmente, para que se possa cogitar a proteção de um *trade dress*, é preciso que seja analisado se o signo supostamente reproduzido ou imitado conta com o atributo da distintividade.

No tocante à distintividade originária, nos parece que esta é mais fácil de ser constatada, pois prescinde apenas de que o *trade dress* anterior apresente características distintas das demais apresentações visuais naquele segmento comercial.

As seguintes perguntas ajudam a resolver essa dúvida:

1) O *trade dress* apresenta cores, formatos, ou qualquer outras características que guardem relação com o produto/serviço que está assinalando?

Essa pergunta visa identificar a questão do uso de características que guardam relação com o produto/serviço assinalado. Assim como as marcas descritivas sugestivas e evocativas, se o *trade dress* tem características que identificam o próprio produto ou serviço, ele será de uso comum e impossibilitado de ser utilizado de forma exclusiva.

Se todos os demais concorrentes têm o direito de utilizar as mesmas características, certamente aquele não terá distintividade inerente.

2) O *trade dress* apresenta combinação de cores, formatos, ou quaisquer outras características que podem ser observadas em outros conjuntos imagens da mesma categoria?

Da mesma forma, se determinadas características que, mesmo que fossem inerentemente distintas (por não guardarem relação com o produto/serviço que assinalam), caso estejam sendo utilizadas por todos os concorrentes, sofrendo de degenerescência, também não poderão ser utilizadas à título exclusivo por um concorrente, impedindo que o seu *trade dress* seja dotado de distintividade inerente.

3) Especialmente no tocante à forma do *trade dress*, ela apresenta alguma funcionalidade?

A funcionalidade do formato do *trade dress* não é uma preocupação costumeira dos julgados analisados no presente estudo, mas é usualmente questionada em precedentes norte-americanos que podemos observar.

A questão aqui é simples: se o formato apresenta uma determinada funcionalidade, ele também não pode ser utilizado à título exclusivo por um único titular de *trade dress*, pois, dessa maneira, os demais concorrentes ficariam impedidos de se valer do mesmo formato.

Ocorre que, como o formato é funcional, a sua utilização é essencial para a efetiva prestação do serviço ou funcionamento do produto. Privar os demais concorrentes de sua utilização seria privá-los de disputar clientela no mercado, já que seus produtos/serviços não teriam funcionalidade.

Como se vê, a origem dessas perguntas sempre orbita em torno de verificar se as características utilizadas no *trade dress* sob análise são de uso comum e/ou inapropriáveis à título exclusivo. Tais características, além de conferirem uma apresentação não original ao *trade dress*, também devem ser franqueadas a todos os concorrentes, sob pena de os impedirem de competir no mercado.

Caso a resposta a essas perguntas seja negativa, há grandes indícios que o *trade dress* apresente distintividade originária.

Contudo, algumas outras características podem ser observadas que ajudam a concluir tal fato com mais certeza:

4) O *trade dress* utiliza cores, formatos ou quaisquer outras características que destoe consideravelmente do produto/serviço que pretendem assinalar?

Assim como aludimos de forma analógica às marcas descritivas, sugestivas e evocativas, também entendemos possível aduzir que características que não tenham qualquer relação com o produto/serviço assinalado possam ser consideradas equivalentes a marcas arbitrárias ou fantasiosas, dependendo do grau de afastabilidade que guardarem com o produto/serviço assinalado.

Portanto, quando estiver sendo realizada a análise de possível reprodução ou imitação de um *trade dress* que apresente essas características, é muito

provável que ele seja dotado de distintividade inerente e, com efeito, esteja sendo objeto de contrafação.

Nesse tocante, é preciso destacar que a apresentação dessas características tão distintivas permitiria ao titular aduzir que seu *trade dress* ainda possui distintividade, mesmo que mais de um concorrente esteja copiando-o.

Devido à natureza dessas características, torna-se difícil de encontrar outra motivação para o suposto infrator se aproximar do *trade dress* original que não seja o intuito de buscar o desvio de clientela por uso de tal apresentação visual.

5) O titular do *trade dress* é um dos pioneiros em seu segmento?

Da mesma forma como ocorre com a pergunta acima, a questão aqui é, mais uma vez, tentar identificar a necessidade de o suposto infrator utilizar características tão próximas ao do *trade dress* original. Afinal, se demonstrado que aquela apresentação visual possui distintividade originária, qual seria a razão de seu concorrente se valer de características idênticas ou semelhantes?

Verificamos que, muitas vezes, o pioneiro em determinado segmento econômico, mesmo tendo um *trade dress* originariamente distintivo, acaba sendo objeto de contrafação, eis que seus concorrentes procuram se valer da fama que aquele produto/serviço conquistou com o público consumidor.

Com isso, o terceiro concorrente evita os custos com desenvolvimento de um *trade dress* original, assim como na divulgação de seu produto ou serviço. Tal fato, ainda importará na degenerescência daquele *trade dress*.

Por tal razão, entendemos que para a análise da distintividade originária de um *trade dress* deve ser avaliado não somente o pioneirismo de seu uso, mas também o pioneirismo de seu titular na atuação naquele segmento, sendo certo que se aquele *trade dress* não apresenta características comuns e, mesmo, o suposto infrator muito se aproxima dele, são muito prováveis as chances de estarmos diante de um caso de imitação ou reprodução.

5.7 - Distintividade adquirida

Como já comentamos, a distintividade adquirida é verificada em

determinado conjunto-visual originariamente privado de distintividade e que, em razão de seu uso contínuo, consegue adquirir perante o consumidor o devido reconhecimento, que permite-lhe identificar a origem do produto ou serviço que assinala.

Nesse sentido, a constatação da distintividade adquirida irá demandar outras perguntas que não se aplicam à investigação da atividade originária, já que é certo que aquele conjunto visual é dotado de características comuns, encontradas nos demais concorrentes, o que, muitas vezes, impede a sua proteção²⁰.

²⁰ “É inegável que as embalagens e os rótulos dos dois produtos, fabricados por empresas líderes de mercado e com marcas de forte penetração junto ao público consumidor, guardam algumas similitudes.

Os formatos das embalagens são semelhantes, como o são, de resto, todas as embalagens de pizzas. As embalagens podem ser redondas, ou quadradas, ou octagonais, mas a simples forma, no caso, não traduz novidade e desacompanhada de outros elementos é insuficiente para caracterizar concorrência desleal (...) Não me impressiona a similitude de estampas, pois ligadas à própria natureza dos produtos (...) A adotar a tese da autora, deveriam ser alteradas todas as embalagens de iogurte de sabor morango, tradicionalmente na cor rosa e com imagens da fruta no rótulo. Não há direito de exclusividade sobre cores e embalagens, irregistráveis como marcas, especialmente quando comuns ou vulgares dos produtos (art. 124, incisos VIII e XXI da L. 9.279/96).

(...) O consumidor padrão de pizzas congeladas, produtos destinados, por natureza e preço, às classes mais abastadas da população, certamente não se guia pela cor, nem pela figura do rótulo, mas sobretudo pela marca do fabricante. Nas gôndolas refrigeradas de supermercados, os produtos são colocados lado a lado, de modo que se destacam não pelas coincidências, que impossibilitaria a escolha racional, mas sim pelas diferenças entre os rótulos e as embalagens.

Entre os elementos distintivos, coloco em relevo no caso concreto os nomes e sobretudo as marcas (Perdigão, Sadia) dos produtos.

(...) Pressuposto para o ato ilícito de concorrência desleal por desvio de clientela é a potencialidade da conduta induzir o consumidor a erro, adquirindo um produto por outro.

Não é com certeza o caso dos autos. Os clientes certamente não serão induzidos a erro pela fotografia do rótulo e não levarão para casa por engano uma pizza pela outra.

As coincidências de embalagem e de rótulo, no caso concreto, servem para marcar os componentes comuns dos produtos - pizzas de queijo- e não para estabelecer a confusão entre marcas de imenso prestígio, fazendo o consumidor levar um por outro.” (TJSP, Ap. Cív. Nº 329.677.4-2-00, 4ª Câ. Dir. Priv., rel. Des. Teixeira Leite, j. 11.09.08)

“As marcas ‘Nescau’ e ‘Toddy’ são renomadas e se distinguem em todas as classes sociais, por conseguinte, o alegado pela apelante não está caracterizado, até porque as partes competem amplamente no mercado e reiteradamente têm modificado as embalagens dos produtos que fabricam; a utilização das cores branca, amarela, vermelha e azul, por si só, não pode dar origem à concorrência desleal.

O que efetivamente existe é que os produtos fabricados pelas partes são muitos próximos e originários de um vegetal, qual seja, o cacau, dissolvido num produto natural, que é o leite, assim sendo, há pouco a distinguir um do outro no que envolve a apresentação, contudo, é público e notório, portanto, independe de provas, que ‘Toddy’ e ‘Nescau’ são marcas distintas, não se podendo subestimar a opção do consumidor na aquisição de um produto por outro, já que se trata de preferência pessoal por esta ou aquela marca, levando em consideração o sabor e até mesmo o preço.

Desta forma, a pretensão da apelante de que estaria havendo cópia, ainda que parcial, da embalagem utilizada no produto ‘Nescau’ não tem consistência, haja vista que a autora não tem exclusividade de uso das cores, e nem mesmo da forma como o chocolate líquido se apresenta, ou do invólucro que poderia conter o mencionado líquido, o que, inclusive, pode ser comparado com marcas distintas de automóveis, pois o consumidor mesmo

Assim, entendemos que, nesse caso, a pergunta principal que deve ser feita é: O público consumidor reconhece determinado trade dress como identificador da origem de um serviço/produto?

E talvez o ponto aqui mais controverso não seja a pergunta, mas, sim, como chegar à sua resposta. Com efeito, qualquer tentativa de responder essa indagação demandará uma pesquisa de mercado, mas ainda assim, faz-se necessário o estabelecimento de determinados critérios.

tendo veículos com a mesma cor e eventual semelhança no modelo, também levará em consideração em caso de aquisição do produto as peculiaridades técnicas e outros itens correlatos, como o preço, no entanto, sempre terá realce a marca escolhida, o mesmo acontecendo no caso em exame.

(...) Desta forma, o que efetivamente busca a apelante é excluir a ré da concorrência de mercado, o que não pode ocorrer, pois, inclusive, é benéfico ao consumidor a escolha do produto levando em consideração as marcas existentes, bem como contribui para que o preço não se eleve demasiadamente, haja vista que se trata de um componente da alimentação principalmente na infância.” (TJSP Ap. Cív. Nº 252.756-4/8-00, 7ª Cam. Dir. Priv., rel. Des. Natan Zelinski de Arruda, j. 25.06.08) – destaques nossos.

“TUTELA ANTECIPADA - Marca – Concorrência desleal - Pretensão à abstenção de uso de embalagens nas cores amarelo e rosa em produtos do gênero alimentício voltados a público infantil - Indeferimento pelo MM. Juízo - Admissibilidade dessa decisão - Ausência de sérios indicativos acerca do risco de possível confusão pelo consumidor e efetivo prejuízo à empresa recorrente - Inexistência de prova inequívoca a convencer da verossimilhança da alegação – Recurso não provido.” (TJSP, AI nº 517.443-4/0-00, 6ª Cam. Dr. Priv., rel. Des. Encinas Manfre, j. 02.08.07)

“Nesse passo, a cor de fundo amarela ou de letras em verde, que sequer possuem idêntica tonalidade ao do novo produto (fls. 291, 1005 e 1006, 1233 e 1234), são elementos insuficientes para amparar a tutela almejada, mormente face das outras cores, grafismos é nitidamente distintos. É preciso conviver com uma margem de proximidade, quando incapaz de consubstanciar uma associação imitativa à marca que já foi de maior relevância no mercado consumidor.

Contrariamente, estaríamos diante da monopolização do amarelo como coloração de fundo para embalagens de dentífricos, ainda que não houvesse a combinação estampada no ato registrário junto ao INPI (fls. 152) ou a elaboração de forma visualmente imitadora.

(...)Vale dizer, a semelhança quanto à cor não atinge a similaridade passível de reprimenda pela via judicial, porque eventual escopo impeditivo demandaria a comprovação de uma identificação ou uniformidade visível, como já dito, face à apreciação do todo e capaz de gerar confusão junto ao mercado consumidor (...) De qualquer modo, em face da nossa legislação não admitir a apropriação de cores no âmbito marcário, resta necessário tolerar uma certa semelhança quanto à coloração preponderante, desde que não leve à confusão do mercado consumidor, segundo a visão do homem médio, no caso, concebida pela percepção amplamente majoritária dos consumidores avaliados.” (TJSP, Ap. Cív. Nº 245.538-4/7-00, 5ª Câm. Dir. Priv., rel. Des. Oscarlino Moelle, j. 11.06.08)

Em sentido contrário: “No tocante ao uso da embalagem, entendeu a sentença de rejeitar o pedido da Apelante dada a semelhança de formato e cores com a embalagem da marca KOLESTON e, como uma consequência lógica desse entendimento não poderia declarar inexistência de violação da marca KOLESTON, como pretendido pela Apelante. A sentença foi categórica ao afirmar que é evidente a imitação da embalagem do produto daquelas, utilizando-se a autora de denominação COR E TON em lugar daquela cujo registro detém, repita-se ainda uma vez COR & TON, tornando-se patente a imitação, mormente em caixa do mesmo tamanho e colocação assemelhada. A possibilidade enfatizada pela sentença de induzimento do consumidor a erro, dúvida, ou confusão é manifesta.

Seria pura perda de tempo realizar uma perícia para a constatação de algo tão óbvio.

A alegação de que outros fabricantes usam embalagens com as mesmas cores é obviamente irrelevante para o julgamento desta causa onde se discutem a questão entre apelante e apelada.” (TJRJ, AC 2003.001.08938, Des. Ruyz Athayde Alcântara de Carvalho, 9ª Câmara Cível, DJ 29/01/04)

Afinal, qual seria a porcentagem necessária de consumidores que conseguem reconhecer aquele *trade dress* como identificador de um produto/serviço para podermos afirmar que o conjunto imagem adquiriu distintividade secundária?

Neste tocante, nossa sugestão é que sejam criados requisitos objetivos que permitam chegar a essa conclusão, como, por exemplo, ocorre com o reconhecimento do alto renome.

Por meio da atual Resolução nº 107/2013, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI lista diversos requisitos que devem ser demonstrados pelo titular de uma marca para que seja reconhecido seu alto renome.

Constatamos que, por meio da comprovação de determinados quesitos, como o período de uso do signo, área de atuação da empresa, volume de vendas, volume de investimentos em publicidade etc., é possível inferir se uma marca conseguiu alcançar suficiente reconhecimento do público consumidor, merecendo o *status* de alto renome.

Neste sentido, talvez até mesmo à luz destes critérios seja possível inferir se um *trade dress* conseguiu adquirir distintividade secundária.

Uma vez constatado tal fato, não nos parece que a verificação da tentativa de reprodução ou imitação por parte de um terceiro seja de difícil avaliação, já que ela decorrerá da simples aproximação com o conjunto-imagem original.

Concluimos, assim, que, por meio das perguntas aqui destacadas, bem como a forma de respondê-las, é possível constatar a distintividade de um *trade dress*, requisito essencial para a sua proteção.

5.8 - Da desnecessidade de comprovação do desvio de clientela para configuração da imitação ou reprodução do *trade dress*

Um dos elementos identificadores de um ato de concorrência desleal é o desvio de clientela, ou seja, que aquele que sofreu um suposto ato de concorrência desleal tenha perdido consumidores para quem o praticou.

Em uma primeira análise deste elemento, acredita-se que é possível inferir o desvio de clientela simplesmente pela redução do faturamento

daquele que está sofrendo o ato de concorrencial desleal, no caso em tela, daquele que está tendo o seu *trade dress* contrafeito por terceiro.

Ocorre que, na prática, muitas vezes o desvio de clientela não é tão simples de ser inferido. Com efeito, é necessário ter em mente que a perda de faturamento de uma empresa - o que, em tese, teria ocorrido em razão do desvio de clientela decorrente do ato desleal - pode se dar pelas mais variadas razões, como alterações no panorama econômico, má administração da empresa ou até mesmo em razão de desvio de clientela para um concorrente que está praticando atos leais de concorrência²¹.

Por tal razão, a verificação do desvio de clientela, ou melhor, a verificação de sua causalidade com o suposto ato desleal é de difícil constatação. E essa dificuldade, muitas vezes, implica no não reconhecimento da deslealdade de um ato de cópia/imitação.

A dificuldade em avaliar se o desvio de clientela ocorreu em razão de um ato de concorrência desleal pode ser superado se nos valermos analogicamente do posicionamento doutrinário, já consolidado na jurisprudência pátria, de que para que seja constatada a infração de uma marca (e sua conseqüente reparação) prescinde a comprovação do dano, concluindo-se que este é presumido.

Assim, se trouxermos essa teoria para a infração de *trade dress* (que afinal, é um signo distintivo assim como as marcas), seria necessário para o titular de um conjunto imagem apenas demonstrar que ele foi copiado/imitado, prescindindo a comprovação do dano.

A esse respeito, já ensinava Gama Cerqueira:

“Provado que se trata de atos de concorrência desleal suscetíveis de causar prejuízos, deve a ação ser julgada procedente, com a condenação do réu ao pagamento, pelo menos, dos honorários do advogado dos autos e das despesas judiciais e extrajudiciais. Não se concebe, realmente, que, provada a existência do ato ilícito, o réu se livre de condenação, alegando que os seus atos não causaram prejuízo, ou eu o autor não conseguiu prová-los, ou, ainda, que o

²¹ CERQUEIRA, João Gama. Tratado da Propriedade Industrial, Vol. II, Tomo II, 2010, Ed. Lúmen Júris, pg. 282: “O que importa, pois, é a natureza ilícita ou condenável do ato e não o fim visado. Se assim não fosse, o simples fato do desvio de clientela, independentemente dos meios empregados, constituiria concorrência desleal; por outro lado, os atos desleais de concorrência desleal não seriam de repressão quando não atingissem o seu objetivo, o que, como teremos ocasião de ver, não é exato”.

*dano eventual não é ressarcível. Aliás, deve-se observar que, no caso, não se cogita do ressarcimento de danos eventuais, os quais, entretanto, constituem base suficiente para a ação. Por outro lado, o fundamento da responsabilidade civil por atos ilícitos não se encontra no dano causado, mas no dolo ou culpa do agente, tanto que a simples violação do direito alheio, independentemente de prejuízo, é bastante para acarretá-la*²² (grifo nosso)

Desta forma, a análise da ilicitude de uma reprodução de *trade dress* prescindiria da análise do elemento do desvio de clientela.

6 CONCLUSÃO

A análise da efetiva reprodução ou imitação de um *trade dress* assume o papel fundamental de permitir a identificação da ocorrência de um ato ilícito.

Aduzimos, no entanto, que tal análise prescinde da constatação se o *trade dress* objeto da suposta imitação ou reprodução é dotado de distintividade, atributo que lhe permite exercer o papel de identificar a origem de um produto ou serviço e que lhe confere relevância econômica e jurídica.

Contudo, tendo em vista a falta de objetividade quando da constatação da infração, sugerimos uma série de perguntas que permitem uma constatação mais segura na análise da distintividade de um *trade dress*.

Expusemos, ainda, nossa opinião, embasada na jurisprudência e doutrina, de que a constatação do dano decorrente da reprodução ou imitação de um dano prescinde de sua comprovação, eis que decorre da própria infração ao signo distintivo.

Neste sentido, a constatação da prática do ato de concorrência ilícita tipificada no referido inciso III, do artigo 195, da LPI, prescinde da comprovação do desvio de clientela, restando como único requisito para a aplicação de tal norma, a comprovação da infração *trade dress*.

Ante todo o exposto, concluímos que as soluções dos casos de infração ou reprodução de *trade dress* irão versar precipuamente na análise da distintividade do conjunto visual sob análise, o que pode ser feito por meio das perguntas sugeridas, sem prejuízo de outras que vieram a ser desenvolvidas.

²² CERQUEIRA, João Gama. Tratado da Propriedade Industrial, Vol. II, Tomo II, 2010, Ed. Lúmen Júris, pg. 282.

Uma vez constatada esta distintividade do *trade dress* em análise, será fácil identificar a sua infração por terceiros, já que qualquer concorrente que se aproxime daquele signo dotado de suficiente distintividade, estará tentando imitá-lo ou reproduzi-lo, configurando o meio fraudulento.

7. BIBLIOGRAFIA

- DO AMARAL, Heitor Estanislau. Sobre a Concorrência Desleal e Proteção às Apresentações dos Produtos. Revista da ABPI nº 9, 1993
- ASCENSÃO. José de Oliveira. Concorrência Desleal. Lisboa: Almedina, 2002.
- BLASI, Gabriel Di et allii, A Propriedade Industrial. 1. ed., 3. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1998
- DANIEL, Allan Denis. Litígios envolvendo conjunto-imagem no Brasil. 2006. Disponível no sítio eletrônico [www. daniel-advogados.com.br](http://www.daniel-advogados.com.br) Acesso em 17/01/2011.
- BARBOSA, Denis Borges Barbosa. Parecer sobre apelação n. 0191736-89.2009.8.26.0100, em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. No prelo.
- BARBOSA, Denis Borges, Uma Introdução à Propriedade Intelectual, disponível em http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/livros/livros_digitais.html
- BARBOSA, Denis Borges. Texto trade dress. Disponível no sítio eletrônico: <http://denisbarbosa.addr.com/marcas.htm> Acesso em: 17/01/2011
- CARVALHO, Luiz Antonio. Do Aproveitamento Parasitário da Fama de Signo Distintivo Alheio no Exame dos Pedidos de Registro de marcas No Brasil. Revista da ABPI nº 10, jan/ fev 2004.
- CERQUEIRA, João Gama. Tratado da Propriedade Industrial, Vol. II, Tomo II, 2010, Ed. Lúmen Júris.
- DUVAL, Hermano. Concorrência desleal. São Paulo, Saraiva, 1976
- FILHO, Adalberto Simão. Trade dress: contexto e sistema protetivo brasileiro em face da empresa e dos direitos coletivos, in Grandes Temas da Atualidade, v.2. Propriedade Intelectual, inovação e bionergia / Organizado por Charlene Maria C. de Ávila, Nivaldo dos Santos, Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega e Eriberto Francisco Beviláqua Marin – Goiânia: Ed. PUC Goiás, 2009.
- GEERT-SEELIG, in “La Theorie de la Distance”, in Revue Internationale de la Propriété Industrielle et Artistique, nº 62, Dez. 1965. p. 389- 390.
- GRAUSO, Maria P. La Concorrenza Selal – profili di tutela giusdizionale e presso Le Authority. Giuffrè Editore. Milano: 2007
- MENDES, Paulo Parente Marques e OQUENDO, Felipe Barros. Inovação – Varas Especializadas em Propriedade Intelectual: aspectos positivos e controversos, in Grandes Temas da

Atualidade, v.2. Propriedade Intelectual, inovação e bionergia / Organizado por Charlene Maria C. de Ávila, Nivaldo dos Santos, Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega e Eriberto Francisco Beviláqua Marin – Goiânia: Ed. PUC Goiás, 2009

MONTAURY, Luiz Edgard e DE MENDONÇA, Marianna Furtado. Trade Dress e a Tutela dos Websites, Revista da ABPI nº 100, de mai/jun de 2009.

OLAVO, Carlos. A proteção do “trade dress” no Direito Português e no Direito Comunitário, Revista da ABPI nº 82, Mai/Jun 2006

PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Privado, vol. 17, e Magalhães Noronha, Direito Penal, vol. 3 p. 40, Ed. Saraiva. JUTACRIM 81/367

TINOCO SOARES, José Carlos. Trade dress e/ou conjunto imagem, Revista da ABPI nº 15, Mar/Abril 1995.

TINOCO SOARES, José Carlos. Concorrência Desleal Vs. Trade Dress ou Conjunto-Imagem. São Paulo: Edição Tinoco Soares, São Paulo, 2004, p. 213.

TINOCO SOARES, José Carlos. As embalagens semelhantes dos medicamentos genéricos. Anvisa vs. INPI, Revista da ABPI nº 84, Set/out 2006.

A PROPRIEDADE INDUSTRIAL E A LEI DE GENÉRICOS NO BRASIL

Maria Sílvia Francisco Ortiz de Camargo¹

Resumo: A propriedade industrial é um importante instrumento de incentivo ao desenvolvimento tecnológico e foi juridicamente reconhecida no mundo a partir da edição da Convenção da União de Paris, datada de 1883. Este documento é bastante controverso entre os Estados mais desenvolvidos e os Estados em desenvolvimento, especialmente depois da ratificação de outro tratado internacional, o Acordo sobre Aspectos do Direito de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio – TRIPS. Dentre os pontos controvertidos está a questão do prazo de validade de patentes de medicamentos. Estados em desenvolvimento apoiam um ponto de equilíbrio entre o monopólio conferido pelas patentes ao seu titular e sua limitação temporal, regulada por prazos determinados em lei, até para atender ao princípio constitucional do interesse social da propriedade. Com a ambição de buscar alternativas para implantação de uma indústria nacional de medicamentos competitiva, o Estado Brasileiro tem empregado esforços para fortalecer sua indústria nacional, desde a promulgação da Lei n.º 9.787, de 10 de fevereiro de 1999, que instituiu os medicamentos genéricos no Brasil.

Palavras-chaves: Patentes. Genéricos. Monopólio. Acesso a medicamentos. Propriedade Industrial. Acordo sobre Aspectos do Direito de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio – TRIPS.

INTRODUÇÃO

Em 1997, com a entrada da LPI em vigor no Brasil, garantiu-se a proteção,

¹ Bacharel em Ciências Farmacêuticas pela Pontifícia Universidade de Campinas (PUC-Campinas, 1991), Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL, 2015), e mestre em Toxicologia pela Universidade de Campinas (Unicamp, 1998). Atua na área de Patentes desde 2003, e-mail: msilviacamargo@yahoo.com.br.

pelo mecanismo das patentes, aos produtos farmacêuticos. O governo brasileiro, a exemplo de outras nações, vislumbrou como uma grande oportunidade na construção de uma nova política pública de fortalecimento da indústria nacional, e criou uma nova lei que introduziu o medicamento genérico no Brasil. Posteriormente, no esteio da lei n. 9.787/99 que estabeleceu a criação do medicamento genérico, novas Resoluções vieram para formatar o arcabouço regulatório, tais como a Resolução 391, de 9 de agosto de 1999, posteriormente republicada como Resolução RDC 135, de 29 de maio de 2003 e resolução 134 publicada na mesma data, imprimindo um padrão mais rígido tanto para aprovação das instalações fabris como no processo para aprovação das autorizações de comercialização de novos produtos sejam eles, genéricos, similares ou de referência.

O presente trabalho apresenta um relato histórico das primeiras leis de patentes brasileiras desde a assinatura pelo Brasil da Convenção da União de Paris (CUP), das principais diretrizes legais sobre patentes no Brasil, isto é, o Acordo TRIPS e o atual diploma de propriedade industrial, a LPI. Também analisa o contexto da introdução da legislação de genéricos no Brasil, relaciona as principais leis de genéricos pelo mundo, os requisitos para aprovação destes, e a questão da política de acesso aos medicamentos genéricos.

Frente às garantias constitucionais e o direito à saúde, confrontar-se-á os direitos e garantias assegurados por uma carta-patente, sua exclusividade e o monopólio legal, e a função social da patente de medicamentos. Por fim, busca-se a ideia de um equilíbrio, de uma convivência entre o sistema jurídico das patentes e a proteção de sua propriedade e o direito constitucional do acesso dos cidadãos à saúde e aos medicamentos.

PATENTES NO BRASIL ANTES DO ACORDO TRIPS

A primeira lei de patentes brasileira entrou em vigor em 28 de abril de 1809, através do alvará de Dom João VI, colocando o Brasil como uma das primeiras nações a ter uma legislação na área, sendo precedida apenas pela Lei de Veneza de 19 de março de 1474; pelo Estatuto dos Monopólios, na Inglaterra de 1623; pela Lei Norte-Americana de 10 de abril de 1790 e a Lei Francesa de 07 de janeiro de 1791. (SOARES, 1996, p. 11).

Com a vinda da família real portuguesa ao Brasil, o príncipe regente determinou a abertura dos portos às demais nações, com objetivo de melhorar fluxo do comércio e de incentivo à indústria nacional. As medidas marcaram o fim do período colonial, cujas principais características foram a eliminação de impostos sobre insumos que seriam a matéria prima para futura exportação de produtos e o incentivo à indústria nacional em prol do desenvolvimento. Outras medidas de incentivo à indústria nacional seguiram-se e procuravam ajustar-se ao contexto de cessação de privilégio manufatureiro português e da parcial liberalização dos fluxos de comércio. (BARBOSA, 2003, p. 13).

O alvará veio substituir o antigo sistema de privilégios individualizados, e os inventores e introdutores de alguma nova máquina ou invenção nas artes deveriam apresentar o plano de seu invento à Real Junta do Comércio para que se reconhecesse o privilégio para obterem sua exclusividade por quatorze anos. Por outro lado, as invenções objetos de privilégio concedidos anteriormente à lei deveriam ser reavaliadas e aquelas concedidas sob falsa alegação ou sem fundamento deveriam ser revogados. (BARBOSA, 2010, p. 13).

Eis a redação do alvará do príncipe regente:

(...) VI. Sendo muito conveniente que os inventores e introdutores de alguma nova máquina e invenção nas artes, gozem de privilégio exclusivo além do dinheiro que possam ter ao favor pecuniário, que sou servido estabelecer em benefício da indústria e das artes; ordeno que todas as pessoas que estiverem neste caso apresentem o plano de seu invento à Real Junta de Comércio; e que esta, reconhecendo a verdade e fundamento dele, lhes conceda o privilégio exclusivo por quatorze annos, ficando obrigadas a publica-lo depois, para que no fim desse prezo toda a Nação goze do fructo dessa invenção. Ordeno outrossim, que se faça uma exacta revisão dos que se acham actualmente concedidos, fazendo-se público na forma acima determinada, e revogando-se todos os que por falsa alegação, ou sem bem fundadas razões obtiverem semelhantes concessões. (SOARES, 1996, p. 12).

Pelo Alvará, o privilégio seria legalmente protegido em semelhança ao modelo do Estatuto dos Monopólios da Inglaterra de 1623, com intuito de incentivar a indústria, e já previa o requisito de novidade e atividade inventiva (BARBOSA, 2010, p. 20).

Com a outorga da primeira Constituição, o privilégio dos inventores passou a gozar de respaldo constitucional. A Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, em seu art. 179 afirmava que:

Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou de suas produções. A Lei lhes assegurará um privilégio exclusivo temporário, ou lhes remunerará em ressarcimento da perda, que hajam de sofrer pela vulgarização. (DUBEUX, 2010, pag. 2).

Na sequência, o Imperador D. Pedro I estabeleceu a primeira lei específica de patentes - Lei de 28 de agosto de 1830 - para proteção dos privilégios de invenção e de seus melhoramentos, A lei estabeleceu que aqueles que aperfeiçoassem uma descoberta ou invenção seriam agraciados, caso requeressem, com uma patente de melhoramento. A duração do privilégio poderia ser de cinco a vinte anos, salvo lei especial. A norma também previa o instituto da caducidade no caso em que o inventor faltasse com a verdade, como na hipótese de ter omitido aspecto essencial do invento ou ainda, pela falta de uso, caso o invento não fosse explorado. Já aos inventores estrangeiros seria concedido um prêmio como meio de incentivo a atuação das empresas, e principalmente visando o aprendizado e o aproveitamento pelas empresas nacionais (SOARES, 1996, p. 11). Importante ressaltar que, na prática, foram concedidos privilégios a estrangeiros. Exemplo disso está no fonógrafo criado por Thomaz Edison (BARBOSA, 2010, p. 14).

Depois de um período de pouca atividade legislativa de relevância e um número inexpressivo de invenções, o Senado aprovou nova lei específica para patentes, elaborada de acordo com as resoluções do Congresso Internacional ocorrido Paris, em 1880. Foi então publicada em 14 de outubro de 1882 a Lei de n.º 3.129. Logo depois, em 30 de dezembro do mesmo ano, o decreto de n.º 8.820 trouxe profundas mudanças para concessão de privilégios quanto aos aspectos formais. Finalmente, o Brasil, com a ambição de aumentar as relações internacionais e particularmente pretendendo impulsionar a nação, tanto industrial como comercialmente, assina o tratado da Convenção Internacional de Paris em 28 de junho de 1884, a CUP. A referida norma internacional foi incorporada no ordenamento pátrio via decreto de n.º 3.346 de 14 de outubro de 1887. (BARBOSA, 2010, p. 23 e 24).

A CUP

Vale dizer que antes da edição da CUP, duas conferências sem caráter oficial precederam-na, a primeira em 1873 na Áustria, e a segunda em 1878 em Paris, respectivamente denominadas de Conferência de Viena e Conferência de Paris. Estes encontros tiveram como objetivo a exposição de invenções de inventores de diversas nacionalidades, porém, foram marcadas pela forte oposição do governo americano que temia pela falta de proteção legal aos inventos expostos, já que não havia um sistema internacional de proteção. A contrariedade americana deu início ao conhecido argumento do setor industrial para que se adotasse um sistema internacional de proteção às invenções. As nações então se reuniram na Conferência de Paris e posteriormente assinaram o tratado e, logo após foi criada a União Internacional para Proteção da Propriedade Industrial, em 1884. Ratificaram este tratado a Bélgica, o Brasil, a Espanha, a França, a Inglaterra, a Irlanda do Norte, a Itália, os Países Baixos, Portugal e Tunísia. Após a ratificação dos países a esta Convenção, sucederam-se outras revisões – Bruxelas, em 1890; Washington, em 1911; Haia, em 1925; Londres, em 1934; Lisboa, em 1958; e Estocolmo, em 1967. Além destas, mais uma revisão foi realizada em 1979, porém o Brasil até hoje permanece com o texto de Haia, não tendo ratificado às revisões posteriores. Registre-se que o Brasil aderiu à convenção de Estocolmo na qual foi criada a Organização Mundial de Propriedade Industrial (OMPI), em 1967, com sede em Genebra. A OMPI é o órgão responsável pela administração dos principais acordos internacionais em matéria de propriedade industrial, sendo que o primeiro e mais importante deles é justamente a CUP. (FROTA, 1993, p. 23).

O Brasil, um dos primeiros signatários desde acordo, destacou-se com sua delegação representada pelo Conde de Villeneuve, responsável pelo detalhado relatório das atividades e discussões no âmbito da Convenção. (BARBOSA, 2010, p. 14).

Em linhas gerais, a CUP teve como princípios: o tratamento nacional, isto é, o exame das invenções de estrangeiros deveria ser idêntico aquele conferido aos inventores nacionais; o princípio da prioridade unionista, que fixava prazo para estender aquela proteção a outros países; e finalmente o princípio da territorialidade, onde a patente teria validade apenas no

território do país que a reconhecesse. Ressalta-se que o tratado não objetivou a uniformização de regras, assim como não impunha direitos patentários aos países, apenas estabelecia que o país deveria examinar os pedidos de patentes de um estrangeiro com mesmo rigor, ou o mesmo tratamento dado ao pedido de um nacional. A CUP é até hoje considerada um dos tratados mais importantes na área de propriedade intelectual, ratificado por um grande número de países, atribuída em razão da ampla adesão e principalmente pela liberdade conferida aos países para que adotassem a legislação que lhes conviesse, não condicionando o tratamento nacional à reciprocidade apenas a paridade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, conhecido pelo princípio do tratamento nacional. Adotou-se pela primeira vez a prioridade do pedido para evitar a duplicidade de invenções, concedendo o benefício somente àquele que primeiro fizesse o depósito da patente. (CONTIJO, 2005, p. 3).

LEGISLAÇÃO PÓS CUP

Já no final do século XIX, a industrialização avança no Brasil, principalmente com a produção e exportação do café, trazendo imigrantes ao país. O crescimento acabou por transformar as cidades e criou condições de se estabelecer também o desenvolvimento das indústrias de roupas e tecidos. A Constituição de 1891 já protegia as invenções e as marcas de fábricas. Depois de um período de industrialização rápida, como contraponto iniciava-se o declínio político dos barões do café e a mobilização dos trabalhadores. Em 1920 o país enfrenta um ritmo acelerado de industrialização. Foi criado o Departamento Geral de Propriedade Industrial (DGPI) frente à necessidade de haver um órgão oficial, especializado e centralizado para cuidar das marcas e das patentes. Até então, o exame das patentes era realizado por uma diretoria e as marcas eram depositadas nas juntas comerciais. Em 1923 o Decreto n.º 16.264 definiu que as responsabilidades de conceder os privilégios e o registro das marcas das indústrias e do comércio seriam da DGPI, e também previa a criação de uma biblioteca especializada, bem como a Revista de Propriedade Industrial, que só foi implantada uma década depois (ABAPI, 1998, p. 26 a 29).

Poucas alterações ocorreram na legislação pátria depois da publicação do Decreto-lei de n.º 7.903, de 27 de agosto de 1945, que instituiu o Código de Propriedade Industrial (CPI). Posteriormente, houve ainda os códigos de 1967 e o de 1969. Este último se manteve em vigor até que o novo CPI fosse publicado em 21 de dezembro de 1971, criando o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), autarquia federal vinculada ao Ministério da Indústria e Comércio (BARBOSA, 2010, p.17, 18 e 27).

Por outro lado, no contexto internacional, depois da revisão da CUP no encontro de Estocolmo em 1967, os países em desenvolvimento reivindicavam modificações no acordo internacional, com a finalidade de permitir o crescimento econômico dos países menos favorecidos industrialmente, disponibilizando recursos de novas tecnologias.

Em 1975 foi formado um comitê de estudos de competência técnica, para preparação de um documento para conferência diplomática que ocorreria em 1980, mas a maioria das reivindicações foi retirada. Logo depois, um novo comitê intergovernamental começa a debater e negociar questões relevantes para os países em desenvolvimento envolvendo o tema da propriedade intelectual. Nesta ocasião, deixaram de lado as exigências radicais para concordar com princípios mais realistas, que permitiam a estes países cancelar a patente por desuso mesmo sem a licença obrigatória, assim como poderia haver licença obrigatória mesmo antes da concessão da patente (BARBOSA, 2010, p. 592 a 594).

Em relação à economia um fato histórico marcou por várias décadas a difícil retomada do crescimento e desenvolvimento por parte de diversas nações. Trata-se da Segunda Guerra Mundial em que a maioria dos países economicamente mais relevantes se esforçava para retomar seus setores industriais e o comércio. Os Estados Unidos surgem como nova potência econômica mundial, exercendo papel preponderante nas negociações ocorridas no âmbito do Acordo Geral de Tarifas e de Comércio (GATT). (CHAVES et al, 2007, p. 3). Nesse momento, a economia internacional se intensifica e o fenômeno da globalização se instala, incluindo além das mercadorias, a tecnologia, os serviços e os investimentos.

Porém, novamente o cenário mundial se altera nos anos 70 por conta da crise do petróleo em 1973 e em 1979, assim como pelo aumento da

concorrência mundial alavancada pelos países asiáticos e pelo Japão, que começam a exportar produtos com preços competitivos, equilibrando a supremacia tecnológica americana. A política de investimento em pesquisa e desenvolvimento resultou na capacitação tecnológica desses países, além do uso do sistema de propriedade intelectual que permitia a imitação de invenções nas áreas em que estas não estavam protegidas, e através deste conhecimento foi possível o melhoramento e aperfeiçoamento das mesmas (CHAVES et al, 2007, p. 3).

Na década de 80 a área de comunicação sofre uma revolução com a internet, influenciando e alterando os processos produtivos e conseqüentemente da economia. Os mercados financeiros nacionais e internacionais se unificam, assim como a mobilidade dos capitais. A globalização das empresas nacionais, o surgimento dos bens de serviços além de mercadorias passa a exigir uma maior coordenação das atividades políticas e econômicas (CHAVES et al, 2007, p. 3).

Com a entrada dos produtos asiáticos e japoneses ocorreu um déficit na balança comercial americana e o governo, representando os interesses das indústrias de computadores, *softwares*, microeletrônica, produtos químicos, produtos farmacêuticos e biotecnologia, muda subitamente sua posição em face dos novos contornos do cenário internacional. Os países tornam-se mais inflexíveis quanto às normas vigentes e passam a aplicar e empreender regras mais duras em relação à proteção em matéria de patentes (DUBEUX, 2010, p. 2).

A insatisfação americana diante da baixa proteção jurídica da propriedade industrial pelos países em desenvolvimento é tema levado para as pautas do GATT, na tentativa de forçar a elaboração de leis em áreas não protegidas como a de software e patentes de medicamentos. Os países em desenvolvimento, por outro lado, insistiam que o âmbito de discussão desta matéria ficaria na OMPI (GONTIJO, 2005, p. 6).

Os americanos começam a aplicar sanções comerciais àqueles países cujas políticas e leis não reconhecessem direitos ou benefícios trazidos pelas patentes ou então que prejudicassem seu comércio e sua aspiração materialista e imperialista. Já não bastava o tratamento nacional, era necessário conceder patentes em todos os ramos econômicos.

Frente a forte pressão americana alguns países cederam e editaram normas mais rígidas de propriedade industrial e ampliaram a proteção a áreas não protegidas anteriormente como no caso da Coreia do Sul no setor farmacêutico, em 1986. O Brasil, por sua vez, com sua capacidade de negociação resistiu, mas sofreu retaliações pela ausência de proteção nas áreas de informática e fármacos. Mais tarde, em 1996, cedeu às pressões internacionais quando das negociações no âmbito do TRIPS (DUBEUX, 2010, p. 2).

TRIPS E A NOVA LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Não obstante a negociação bilateral entre os Estados Unidos e Brasil, paralelamente, o governo americano fez incluir na agenda de negociações no âmbito do GATT durante a Rodada Uruguai, que tem início em 1986 em Punta del Este, o tema da propriedade intelectual, afim de que todas as nações uniformizassem a legislação com patamares mais rígidos, e que fosse incluído mecanismos de solução de controversas. A ideia, como já tratado no tópico anterior, era que o GATT fosse reconhecido como fórum para discussão da matéria, e conseqüentemente, garantisse que o descumprimento pudesse resultar em sanções comerciais. (DUBEUX, 2010, p. 4). A posição americana foi combatida pelos países em desenvolvimento que queriam que o tema de propriedade intelectual permanecesse no âmbito da OMPI, e apenas fosse discutida no GATT quando essa constituísse barreiras ao comércio de bens. Posteriormente vencidos, o tema foi em definitivo incluído (BARBIERI; CHAMAS, 2008, p. 2 a 8). O surto patrimonialista americano posteriormente seguido pelos países desenvolvidos teve como impulsionador diversos fatores, mas o ponto mais importante foi a perda da liderança tecnológica em alguns setores para o Japão e alguns países asiáticos, que durante a ausência de proteção em algumas áreas puderam copiar invenções e patentes, aproveitando este período de ausência de legislação para sua capacitação tecnológica.

A globalização começou a se expandir pela padronização da demanda, pela busca de produtos mais competitivos e com características universais, implicando necessidade de uniformização de proteção jurídica ou a garantia de um mínimo de proteção. Enquanto no acordo CUP havia liberdade de implementação de uma legislação nacional de acordo com o interesse

de cada nação, no acordo TRIPS a matéria deveria garantir um mínimo de proteção, buscando a padronização de proteção e que se estabelecessem condições de igualdade entre os países. (BARBOSA, 2005, p. 4 a 7).

Segundo os princípios do acordo TRIPS, os membros poderiam adotar medidas de proteção à saúde e nutrição públicas para promover seu desenvolvimento sócio-econômico e tecnológico. As nações poderiam adotar medidas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual, mas desde que fossem compatíveis com o disposto no acordo. O acordo previa ainda um prazo decenal para implementação de patenteamento em determinados setores para aqueles países de menor desenvolvimento relativo, conforme dispõe o artigo 65.2 do acordo. Estabeleceu o prazo de quatro anos para aqueles países em desenvolvimento, e ainda aqueles que não concediam patentes em determinados setores, o país poderia postergar a implementação da lei por um prazo adicional de cinco anos (BARBOSA, 2010, p. 661 a 664).

No caso brasileiro, o acordo poderia ter sido implementado a partir de 2004, mas o Brasil, que já se encontrava sob forte pressão americana, acabou por antecipar a vigência do TRIPS. Em 1996, oito anos antes do prazo, o país aprovou a atual lei de patentes – Lei de nº **9.279, de 14 de maio de 1996 (LPI)** - substituindo o antigo CPI (DUBEUX, 2010, p. 4 e 5).

Como resultado das negociações, encerradas em 1994 em Marrakesh, no Marrocos, foi criada a Organização Mundial do Comércio (OMC), substituindo o GATT. Nesta ocasião também foi assinado o Acordo TRIPS. (DUBEUX, 2010, p. 4).

O Brasil que até então não concedia patentes em algumas áreas como a farmacêutica e de software, aprovou rapidamente o projeto que tramitou em regime de urgência, razão que impediu que se adotasse a nomenclatura de código, como sucedeu com o **código de 1971. O Brasil passou a adotar nova norma mais rígida prevista** no acordo TRIPS, encontrando um cenário econômico desfavorável, com a abertura de mercado aos estrangeiros pelo então governo federal, criando uma concorrência difícil aos nacionais.

A publicação da LPI foi precedida por um intenso debate no Congresso Nacional, tendo de um lado as indústrias nacionais, a Sociedade Brasileira

para o Progresso da Ciência (SBPC), os partidos de esquerda, e do outro, a Associação Brasileira da Propriedade Industrial (ABPI) e a Associação dos Agentes de Propriedade Industrial (ABAPI), representando os interesses das empresas internacionais instaladas no Brasil, além do governo federal e de alguns partidos liberais. Discutiam os opositores que a nova legislação impediria o desenvolvimento nacional uma vez que impediria a reprodução de produtos com tecnologia agregada, sendo este um instrumento valioso. Por outro lado, a tese defendida pelo governo era de que as indústrias nacionais, como a de fármacos, não avançavam no mercado, pelo contrário, a participação havia declinado e, portanto, a ausência de proteção na área farmacêutica até então, não levava às empresas ao desenvolvimento (DUBEUX, 2010, p. 5).

Além do aspecto de não ter se utilizado da prerrogativa de adiar a implementação das normas do acordo TRIPS como lhe cabia por direito, um instituto foi criado, suplementando as medidas obrigatórias do acordo. Trata-se do mecanismo do *pipeline*, onde o Brasil reconheceu patentes depositadas em outros escritórios de patentes de outros países, desde que o produto não estivesse sendo comercializado.

A LPI foi publicada em 14 de maio de 1996 com um *vacatio legis* de um ano. Em 2001, a legislação foi novamente alterada pela por força da Lei de n.º 10.196 de 14 de fevereiro, que institui a anuência prévia da ANVISA na análise de pedidos de patentes relacionadas aos medicamentos.

INTRODUÇÃO DA LEI DE GENÉRICOS NO BRASIL

As alterações na Lei de Segurança Social Americana em 1965 e a legislação complementar aprovada em 1967 alavancaram os medicamentos genéricos inicialmente. No Congresso Nacional americano, depois de uma análise custo-eficácia de medicamentos, aprovou o uso de produtos genéricos nos programas de saúde e bem-estar federal e passou a encorajar tal política, até como medida protecionista dos gastos públicos contra os preços inflacionados decorrentes da falta de concorrência (HORNECKER, 2009, p. 26 a 30).

A indústria de genéricos teve origem na década de 60, por iniciativa do governo americano. Foi somente em 1984 que foram estabelecidos os

critérios que mais tarde viriam a ser adotados internacionalmente para o registro deste tipo de medicamento.

Os critérios para aprovação e produção de medicamentos genéricos nos Estados Unidos basearam-se no ato *Hatch-Waxman* ou *The Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act*, determinando que a bioequivalência² seria aceita cientificamente para comprovar a eficácia e segurança dos medicamentos genéricos.

Estes medicamentos foram criados pelo governo americano como uma alternativa legal para reduzir os custos dos tratamentos de saúde e ampliar o acesso da população aos medicamentos. Sendo o medicamento genérico idêntico ao produto inovador cujas patentes já expiraram, algumas etapas do início da pesquisa não precisam ser repetidas tais como a comprovação da eficácia e segurança do mesmo, minimizando os custos de desenvolvimento e, portanto, efetivamente mais baratos que os medicamentos de referência³.

Diversos são os países que se beneficiaram deste medicamento mais acessível à população. Além dos EUA, onde o volume de vendas chega a 60% do total comercializado, os genéricos também estão regulamentados e perfazem uma importante parcela do mercado no Canadá, Inglaterra, Espanha, Coréia do Sul, Japão, França e Itália.

O medicamento genérico no Brasil foi criado pela Lei de n.º 9.787 de 10 de fevereiro de 1999. Esta construção legal já era amplamente consolidada em países como os Estados Unidos, Canadá, Espanha e Portugal.

O programa de medicamentos genéricos, criado em 1999, deu-se após três anos da LPI, que já previa a proteção de patentes na área de medicamentos. Passados quatro anos da LPI os genéricos já se encontravam disponíveis em mais de quatro mil apresentações, em diversas classes terapêuticas e, atendendo a mais de 60% das necessidades de prescrições

² A bioequivalência consiste na demonstração de equivalência farmacêutica entre produtos apresentados sob a mesma forma farmacêutica, contendo idêntica composição qualitativa e quantitativa de princípio(s) ativo(s), e que tenham comparável biodisponibilidade, quando estudados sob um mesmo desenho experimental.

³ PRO GENÉRICOS. Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos. Disponível em: <<http://www.progenericos.org.br/index.php/medicamento-generico/o-que-sao-genericos>>. Último acesso em 21/04/2015.

médicas⁴. Anteriormente à promulgação da lei que criou o medicamento genérico, o governo brasileiro, em 14 de maio de 1998, elaborou as Diretrizes para uma Política de Medicamentos Genéricos, que seria o alicerce da política de Genéricos no Brasil. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2001).

A aprovação de todos os medicamentos é conferida pela ANVISA, órgão responsável pelo registro e controle dos medicamentos no Brasil. Conforme determina a lei, os genéricos só podem chegar ao consumidor depois de passarem por testes de bioequivalência realizados em humanos (garantindo que o medicamento será absorvido na mesma concentração e velocidade que o inovador ou medicamento de referência) e de equivalência farmacêutica (que garantem que a composição do produto é idêntica ao do medicamento de referência/inovador que lhe deu origem)⁵.

Além disso, para receber a aprovação para comercialização, um medicamento genérico deve cumprir os mesmos requisitos de lote para a identidade, força, pureza e qualidade e ser terapêuticamente equivalente ao produto de marca. Adicionalmente a droga deve ser fabricada de acordo com as mesmas Boas Práticas de Fabricação, determinadas por regulamentos exigidos pela FDA. Equivalência farmacêutica significa que o ingrediente activo (s), forma de dosagem, via de administração, e força são as mesmas para ambos o produto de marca e o produto genérico. Bioequivalência é quando ambos os produtos possuem comparável biodisponibilidade, quando estudados sob condições semelhante (HORNECKER, 2009, p. 26 a 30).

Verifica-se que todo o arcabouço jurídico e requerimento que cerca o registro dos genéricos se estendem para as etapas de produção e comercialização destes medicamentos, o que assegura a 'intercambialidade', que é a prerrogativa dos medicamentos genéricos para substituir os medicamentos de referência/inovadores prescritos.⁶

⁴ PRO GENÉRICOS. Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos. Disponível em: <http://www.progenericos.org.br/index.php/mercado>. Último acesso em 21/04/2015.

⁵ PRO GENÉRICOS. Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos. História. Genéricos no mundo. Disponível em: <<http://www.progenericos.org.br/index.php/medicamento-generico/historia>>. Último acesso em 28/07/2014.

⁶ PRO GENÉRICOS, 2014. Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos. História. Genéricos no mundo. Disponível em: <<http://www.progenericos.org.br/index.php/medicamento-generico>>. Último acesso em 28/07/2014.

No Brasil, a 'intercambialidade' dos genéricos foi definida pela ANVISA na Resolução de n.º 391, de 9 de agosto de 1999, posteriormente republicada como Resolução RDC de n.º 135, de 29 de maio de 2003. Ali estão descritos os requisitos e critérios técnicos para registro de genéricos, fabricação, controle de qualidade e incluindo os procedimentos referentes à 'intercambialidade'⁷.

POLÍTICA DE ACESSO A MEDICAMENTOS GENÉRICOS

Com a publicação da política de medicamentos genéricos, uma série de normas foram editadas com objetivo de regulamentar não somente o medicamento genérico, mas, também, os medicamentos similares, também conhecidos por genéricos de marca. Havia uma necessidade de fortalecer o arcabouço jurídico sanitário quanto aos critérios de garantia da qualidade, eficácia e segurança dos medicamentos, tanto daqueles que já se encontrava no mercado quanto daqueles que aguardavam ser registrados na ANVISA.

Até a introdução destas novas normas, a concessão e garantia de qualidade dos produtos farmacêuticos eram pouco rígidas e sem processos claros e definidos, e com a regulamentação passa a ser exigido que as empresas mantivessem o Certificado de Boas Práticas de Fabricação para a concessão de registro para linha de produção de medicamentos, além do controle das matérias primas.

Em 2003 a ANVISA publicou a RDC de n.º 134, que estabeleceu os critérios para a adequação dos medicamentos similares já registrados e comercializados no Brasil. Esta RDC exigia que os detentores de registro de medicamentos similares apresentassem estudos comparativos com o medicamento de referência tais como, equivalência farmacêutica, perfil de dissolução e bioequivalência / biodisponibilidade relativa. Estes testes têm por objetivo demonstrar a equivalência terapêutica entre o medicamento similar registrado e o seu respectivo medicamento de referência⁸.

⁷ PRO GENÉRICOS, 2014. Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos. História. Genéricos no mundo. Disponível em: <<http://www.progenericos.org.br/index.php/medicamento-generico>>. Último acesso em 28/07/2014.

⁸ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica. Política nacional de medicamentos 2001/Ministério da Saúde, Secretaria de Políticas de Saúde, Departamento de Atenção Básica. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_medicamentos.pdf> Último acesso em 01/02/2015.

Desde a publicação da Lei de n.º 8.080 de 20 de setembro de 1990 foi definido que no Brasil, a responsabilidade na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que assegurem acesso universal à promoção, proteção e recuperação é do Estado. Portanto, também é função do Estado a Política Nacional de Medicamentos considerados essenciais, em como assegurar sua eficácia, qualidade e segurança. Dentre estas políticas destaca-se a Política de Medicamentos Genéricos, que conforme definido pela lei que o criou são trinta e cinco por cento mais baratos que o medicamento de referência, uma vez que os custos de desenvolvimento são menores por não serem exigidos os testes clínicos de eficácia e segurança, e por não serem exigidos investimentos em propaganda para promover sua marca. Os genéricos são aqueles medicamentos que por serem similares aos medicamentos de referência pretendem ser com eles intercambiáveis, sendo colocados no mercado depois da expiração da patente do produto inovador (DIAS; ROMANO-LIEBER, 2006, p. 1661 a 1666).

Entretanto, a implementação desta nova fase da regulamentação dos medicamentos não foi tranquila. O governo enfrentou tensões no mercado varejista e na indústria, além do receio da classe médica e da população quanto à eficácia do produto. Na verdade, houve algumas baixas no setor farmacêutico em virtude da necessidade dos testes de bioequivalência e equivalência farmacêutica, exigidos para os medicamentos que já se encontravam no mercado. O governo e a imprensa desempenharam importantes papéis na divulgação e esclarecimento junto à classe médica e a população, investindo em campanhas para divulgação, reforçando que os medicamentos genéricos além de mais baratos devem, por lei, ser no mínimo trinta e cinco por cento mais baratos em relação ao medicamento referência, além de sua eficácia e segurança. (DIAS; ROMANO-LIEBER, 2006, p. 1661 a 1666).

A FUNÇÃO SOCIAL DA PATENTE DE MEDICAMENTOS

O século passado foi marcado pela luta e conquista dos direitos de primeira geração, ou seja, direitos civis e políticos para evitar a intervenção do Estado na liberdade individual. Já o século XX foi caracterizado por uma nova ordem social que cuida do direito relacionado ao bem-estar social, culturais, e econômicos, bem como os direitos coletivos que foram

introduzidos no constitucionalismo, ou direitos de segunda geração que se manifestam como um direito a prestação, através da atuação positiva por parte do Estado. (HUMENHUK, 2004, p 1).

O direito a saúde têm sido reconhecido no mundo inteiro como um dos direitos humanos fundamentais, que inclui o direito aos serviços, ao cuidado e tratamento, e inclusive o acesso aos medicamentos, sendo garantidos pela Constituição de 1988. A garantia ao acesso é uma das responsabilidades do Estado e tem mantêm-se na agenda dos governos tanto do Brasil como em outros países.

Mas qual é o valor de uma patente? O texto constitucional de 1988 em seu artigo 5º, inciso XXIX, afirma que:

(...) a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

O sistema legal é claro quando afirma que a propriedade deve ter um determinado fim, e esta finalidade está lá indicada que é o de propiciar o desenvolvimento social, tecnológico e econômico do país. Frise-se que não é do inventor nem dos titulares das patentes, pois tem uma finalidade social, além de que o conceito de propriedade sem uma finalidade social resultaria na inconstitucionalidade de qualquer patente (BARBOSA, 2010, p.1771 a 1772).

Encontra o texto constitucional vigente no artigo 5º, incisos XXII, XXIII e XXIV, abrigo ao direito de propriedade, mas que impõe como condição o cumprimento da função social, estabelecendo ainda, que a lei disporá sobre o procedimento para a expropriação por necessidade ou utilidade pública, ou, por interesse social, mediante indenização. Igualmente, o artigo 6º garante os direitos sociais à educação, saúde, o trabalho, entre outros, enquanto o artigo 196 salienta que cabe ao Estado promover as ações para estabelecer as políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença, seu acesso universal e ainda a sua promoção, proteção e recuperação.

A Constituição afirma que a patente deve atender a função social da propriedade, mas, por outro viés, o valor econômico da patente confere

ao seu titular um tempo de vantagem sobre a concorrência, onde somente ele poderá utilizar determinada tecnologia. Embora existam outros meios de proteger e incentivar a pesquisa, tais como segredo industrial, a eficácia pela proteção pela patente está no incentivo a dinâmica, à velocidade e a diversidade da pesquisa. A construção jurídica por trás do sistema de patentes é de incentivar o investimento em inovação (BARBOSA, 2013, p 551).

Se a propriedade industrial visa proteger a criação intelectual, fomentando a produção científica e o progresso tecnológico, na medida em que confere ao seu titular, um monopólio provisório de exploração, deve-se harmonizar nessa concepção tradicional de proteção, com o novo paradigma da função social. Se por exemplo, outorga-se um monopólio tão longo como o conferido por uma patente de vinte anos, ou ainda se minimiza as possibilidades legislativas de concessão de licença compulsória, o retorno financeiro certamente não será diluído. Assim, função social da propriedade industrial nada mais é que, exigir que o titular de um monopólio exerça suas prerrogativas respeitando o interesse público de desenvolvimento científico, tecnológico econômico e social (SILVA; FERRI, 2009, p. 2).

Por ter a patente uma função precípua de finalidade social, um dos setores em que mais se aplica esta premissa, sem dúvida, é a área farmacêutica. Aqui a busca pelo equilíbrio entre a propriedade privada e a finalidade social da patente encontra uma tensão sem igual, pois os interesses econômicos dos titulares das patentes de medicamentos estão diametralmente opostos ao direito à saúde. Cite-se, como exemplo, o caso dos medicamentos antirretrovirais que estiveram em discussão entre o governo federal e grandes empresas transnacionais de medicamentos desde a década passada. Depois de uma bem sucedida estratégia do Estado brasileiro o governo empregou a prerrogativa estabelecida pelo acordo TRIPS e utilizou-se do mecanismo da licença compulsória⁹, desonerando os cofres públicos e possibilitando o tratamento de milhares de pessoas contaminadas pelo vírus da AIDS ou síndrome da imunodeficiência adquirida.

⁹ O mecanismo da licença compulsória de patentes é o meio pelo qual um governo mantém o controle sobre a arbitrariedade do detentor da patente a fim de que o exercício do direito reconhecido não seja feito de forma abusiva e nociva ao bem estar social, e para impor a utilização do bem em conformidade com sua finalidade social. Artigo 68, caput da Lei nº 9.279 de 14/05/1996; o titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial.

EXCLUSIVIDADE CONFERIDA PELA CARTA-PATENTE

Conceitualmente, a patente é um direito de propriedade temporária sobre uma invenção ou modelo de utilidade, outorgado pelo Estado aos inventores ou pessoas físicas ou jurídicas detentoras de direito sobre a criação. Este direito confere ao inventor ou detentor da patente o direito de impedir terceiros, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar a venda, vender ou importar produto objeto de sua patente e/ ou processo ou produto obtido diretamente por processo por ele patentado. Em contrapartida, o inventor se obriga a revelar detalhadamente todo o conteúdo técnico da matéria protegida pela patente. Desta forma, a proteção da propriedade intelectual nasce como uma forma de premiar aquele que empregou esforços criativos, e em contrapartida, lhe é exigido a divulgação desta invenção, para que ao final do período de exclusividade, e com o domínio público daquele invento, toda a sociedade possa dele gozar (BARBOSA, 2012, p. 38 e 39).

A exclusividade do título perante a propriedade clássica se estabelece naturalmente por uma relação negativa perante todos, também conhecido como efeito *erga omnes*. A apropriação de um bem intangível exclui toda a sociedade de sua utilização. Para que este efeito *erga omnes* se estabeleça o Estado concede este título, para que se tenha eficácia contra terceiros com a previsão da temporariedade. Frise-se que, sabendo-se que a concessão de um monopólio implicará na restrição da liberdade de uso por terceiros, o procedimento administrativo deve obedecer aos princípios de publicidade dos atos administrativos, de ampla defesa e do contraditório, e, portanto, do devido processo legal (BARBOSA, 2010, p. 1101 -1102).

Como consequências da exclusividade efeitos deletérios são imediatamente percebidos, como o alto custo social e poderio do mercado, o que permite a prática de preços supra competitivos em face da exclusiva da propriedade intelectual. Outro efeito notado é a redução dos incentivos às inovações próximas àquela protegida. A sociedade também acaba por arcar com os custos pela existência de um sistema capaz de dar eficácia aos direitos de propriedade, proveniente de uma ficção mantida pelo Estado (BARBOSA, 2012, p. 38 e 39).

Adicionalmente, importante questão é a atual estrutura do INPI, autarquia competente para processar e conceder patentes a qualquer

interessado. Hoje o prazo para exame e concessão de uma patente está em cerca de doze anos, e há um enorme *backlog* na análise dos pedidos da área farmacêutica.

Desde a posse do novo presidente em dezembro de 2013, um constante esforço político tem sido trabalhado junto ao MDIC e outras esferas do governo para aprovar novos concursos para examinadores e criar um plano de carreira de forma a reter seus funcionários. O presidente, que é funcionário de carreira do Itamarati, buscou o amparo junto ao governo de forma a chamar a atenção da necessidade de aparelhamento do INPI frente aos programas de desenvolvimento do governo, de forma a alinhar a plataforma pela inovação do atual governo à melhoria dos serviços prestados pelo órgão responsável pela concessão de patentes.

Além disso, de acordo com a inteligência do artigo 40 da LPI, as patentes terão validade de 20 anos se forem patentes classificadas como de invenção (PI), ou de 15 anos, no caso de melhoramentos, aperfeiçoamentos de invenções já existentes, os denominados modelos de utilidade (MU), sempre contado o prazo da data do depósito do pedido de patente. O mesmo artigo 40, em seu parágrafo único, estabelece, também, um prazo mínimo de proteção para patentes – 10 anos para PI e 7 anos para MU, contados da data da concessão por parte do INPI – em caso de demora do referido instituto na análise e exame dos pedidos de patente. Atualmente, um exame de patente dura em média doze anos desde seu depósito até a decisão concessiva pelo INPI. Vale ressaltar, que o simples pedido de uma patente gera uma expectativa de direitos, o que obsta um lançamento de um medicamento genérico, muito embora este possa não ser concedido. Ao final, no caso de pedido de patente de medicamentos este prazo de expectativa de direitos até a proteção efetiva mínima poderá se estender até 25 a 30 anos ou mais, ferindo a previsão constitucional da função social da propriedade.

EQUILÍBRIO ENTRE DIREITO DE EXCLUSIVA DAS PATENTES, E DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE E AO ACESSO AOS MEDICAMENTOS.

Como anteriormente comentado, o sistema de proteção por patentes é apenas um entre os mecanismos para se incentivar a inovação, mas a

escolha deste instrumento deve estar aliada a um sistema legal equilibrado e eficiente. Por intermédio do sistema de patentes o detentor do privilégio, mediante o emprego de esforços econômicos, receberá a concessão do título pelo Estado, para atingir um fim que é a inovação, atividade esta que primariamente deveria ser responsabilidade do próprio Estado, conforme previsão legal do artigo 196 da Constituição. Assim, o requisito novidade, conforme define o artigo 13 da Lei 9.279/96 deve ser interpretado em consonância com a Constituição, artigo 5º, XXIX, ou seja, de acordo com o interesse social e o desenvolvimento tecnológico do país. A novidade é o elemento contributivo da inovação, e através dela podem-se justificar constitucionalmente todos os sistemas de propriedade intelectual. Há de se verificar um mínimo de contribuição para que se conceda esta exclusiva, não decorrendo do óbvio e do estado da técnica¹⁰, e que certamente estaria em domínio público, beneficiando a todos e, conseqüentemente, impedindo que a sociedade seja onerada por algo a que teria acesso sem qualquer gasto se não fosse o monopólio (BARBOSA, 2010, p. 87 a 92 e 240).

Afirma-se que o acordo TRIPS reforçou ainda mais a supremacia dos países desenvolvidos, detentores da maior parte do conhecimento protegido pelo direito, concentrando ainda mais o poder econômico das grandes empresas transnacionais e em contrapartida, não contribuiu para o desenvolvimento tecnológico dos países menos desenvolvidos, especialmente quanto à saúde pública. O descontentamento de entidades representantes dos interesses da sociedade aliados aos Estados em desenvolvimento levou a OMC a promover mudanças nas regras estabelecidas pelo acordo. Em 2001, durante a IV Conferência Ministerial da OMC, foi assinada a Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a Saúde Pública, onde os países membros declararam que a proteção à propriedade industrial é importante para o desenvolvimento de novas drogas para aquelas doenças ainda sem cura, mas a saúde pública deve prevalecer, pois dentre todos os direitos este tem um valor maior e deve ser protegido. Por fim, lançou-se um novo paradigma: a supremacia inquestionável dos direitos humanos, em especial do princípio da dignidade da pessoa humana, em relação aos direitos da propriedade privada (FALCÃO, 2014, p 2 a 3).

¹⁰ O estado da técnica em matéria de invenções compreende todas as informações tornadas acessíveis ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior.

Não obstante ser questionável a razoabilidade das patentes farmacêuticas em relação ao direito à saúde, isso pode resultar em inegável óbice ao direito à vida, tendo em vista a ausência de concorrência e os altos preços que alguns medicamentos podem alcançar. Alguns medicamentos utilizados no tratamento de câncer, ou ainda, no tratamento da hipertensão arterial pulmonar podem custar de R\$7.000,00 até R\$15.000,00 aos bolsos dos pacientes ou do governo, que o provê através do Sistema Único de Saúde (SUS). Conforme já mencionado, a Constituição Federal, nos artigos 196 e 198, §1º, ratifica que caberá aos entes federativos prover o acesso à saúde da população, sendo que a concretização desses direitos implica em um orçamento milionário, lembrando que hoje a população brasileira esta estimada em mais de 193 milhões de brasileiros. De toda forma, a ausência da prestação será sempre inconstitucional e há muito se fala em judicialização da saúde pública, onde a sociedade, por ineficiência do ente público na prestação do serviço ou na ausência do medicamento para tratar de sua doença, não vê outra forma, a não ser ingressar com seu pleito perante o judiciário.

Vale lembrar que apenas uma pequena parcela dos indivíduos tem acesso ao judiciário, ficando a maioria da população sem acesso ao judiciário. Assim, a efetividade da tutela jurídica é prejudicada e os direitos humanos expressos através do direito à vida, dignidade e não discriminações sucumbem ao direito da propriedade da patente farmacêutica. (BARBOSA, 2009, p. 15 a 17).

É preciso que se encontre um instrumento que seja aplicado neste difícil equilíbrio entre a propriedade da patente farmacêutica e os direitos fundamentais do homem. Se a saída não está na mitigação dos direito de propriedade, há de se revisitar quais seriam os direitos mínimos de existência à saúde e a vida tal como a garantia ao bem de família. Encontra-se na própria LPI a previsão de exceções ao direito de opor patentes e que poderia atender a satisfação de um mínimo de direitos indisponíveis como a saúde pública e a dignidade da pessoa humana. Esta inoponibilidade poderia atender àqueles que não podem arcar com os custos de um tratamento, especialmente quando o SUS não consegue atender por questões orçamentárias. Esta visão sobre a dificuldade de acesso aos medicamentos busca uma equidade, a isonomia material *versus* uma desigualdade jurídica (BARBOSA, 2009, p 14 a 15).

Não se pode negar a existência do conflito entre dois direitos constitucionais diametralmente opostos, ou seja, o direito a propriedade e o direito à saúde. Em sendo a Constituição um sistema harmônico e não uma coleção de imperativos desconexos impõe-se uma solução através dos princípios da razoabilidade e da ponderação (BARBOSA, D. B., 2003, p 98). Para aplicação desta regra na propriedade intelectual, a alcance do conteúdo legal dos direito de patente deve ser estritamente o imposto para cumprir a função do privilégio, ou seja, o de estímulo ao desenvolvimento, na mínima proporção para dar curso à satisfação deste interesse. Também não se deve dar a cada reivindicação mais extensão do que aquele amparado pelo relatório e desenhos, por imposição constitucional. Por fim, por aplicação do princípio da razoabilidade o sistema de patentes deve ser aplicado dentro dos limites legais do direito (BARBOSA, 2010, p. 104 a 105).

DOHA E O DIREITO À SAÚDE

Não se pode afirmar que o direito a propriedade seja assegurado como um direito natural, posto que reflita nada mais do que uma ficção. Na realidade, trata-se de uma construção do Estado para durar por um tempo determinado e que tem sofrido muitas críticas, particularmente no que tange à tutela à propriedade imaterial pelo artigo 5º, XXVII e XXIX (BARBOSA, 2009, p. 3).

O acordo TRIPS assinado durante a rodada do Uruguai no âmbito da OMC estabeleceu os parâmetros mínimos de proteção da propriedade intelectual, incluindo patentes de produtos farmacêuticos. Embora o TRIPS tenha oferecido garantias para remediar os efeitos negativos da proteção patentária ou de abuso de patentes, na prática, não está claro se e como os países podem fazer uso dessas salvaguardas quando as patentes cada vez mais presentes como barreiras ao acesso a medicamentos. A Declaração de Doha, assinada em 14 de Novembro de 2001, é tida como uma grande conquista pelos defensores dos direitos humanos, pois faz prevalecer o direito à saúde pública sobre o direito de propriedade intelectual, assim como esclareceu aos membros do tratado como utilizar as salvaguardas de TRIPS. No entanto, a Declaração de Doha não resolveu todos os problemas e permanecem questões relacionadas com a proteção da propriedade intelectual e saúde pública (t HOEN, 2002, p. 41 a 42).

Na verdade, permanece o conflito entre direitos humanos e interesses do mercado, motivo pelo qual não houve uma implantação efetiva do “Acordo de Doha”, importante conquista diplomática e comercial obtida pelos países em desenvolvimento durante a IV Conferência Ministerial da OMC, realizada em 2001 em Doha, no Qatar. Este acordo estabelece que o TRIPS não deve se sobrepor às questões de saúde pública, ou seja, a função social da produção de medicamentos deve estar acima dos interesses comerciais. A importância dessa declaração refere-se a possibilidade de ter um forte instrumento de inclusão social, buscando a garantia do acesso a medicamentos como uma responsabilidade universal e um compromisso com a solidariedade e os direitos humanos (COSTA-COUTO e NASCIMENTO, 2008, p. 1876).

Entre as flexibilidades permitidas, há de se destacar: a) o uso dos períodos de transição; b) a definição dos critérios de patenteamento; c) as licenças compulsórias; d) a adoção mais contundente do princípio do esgotamento internacional, para facilitar a importação paralela; e e) a criação de exceções limitadas aos direitos de patentes (RODRIGUES, 2012. p. 11).

Por outro lado, um dos motivos de desentendimento é que os países detentores de patentes exigem no acordo uma lista mínima de doenças, pretensão prontamente rejeitada pela OMS e pelos países em desenvolvimento, que exigem o direito de aplicar o disposto em Doha de acordo com as necessidades de cada nação. (COSTA-COUTO e NASCIMENTO, 2008, p. 1876).

Tendo em vista que estas discussões ocorrem no campo das relações internacionais, destaca-se a importância das Nações Unidas que precisa assumir este papel e reconstruir sua atuação de forma a responder aos desafios e empasses para não correr o risco de se enfraquecer e perder sua importância histórica. (COSTA-COUTO e NASCIMENTO, 2008, p. 1876).

CONCLUSÃO

Diante da difícil equação que se apresenta, em atender a Constituição quanto à função social da propriedade, a impossibilidade de viabilizar os programas de governo na área da saúde, especialmente pela debilidade do SUS, até mesmo pelas necessidades de uma população gigantesca e, considerando o respeito

aos privilégios que atendem à finalidade de garantir um círculo virtuoso da inovação, o Estado Brasileiro precisa convocar a sociedade para discutir e encontrar soluções que visem o equilíbrio entre direitos tão distintos, assim como uma aplicação adequada de uma hermenêutica legal, constitucional, dos direitos humanos no que toca à saúde.

A licença compulsória é um instrumento legítimo, um remédio eficiente em casos de calamidades ou segurança nacional. Está prevista no acordo TRIPs e deve ser revisitada sem receios comerciais, ou possíveis ameaças de painéis na OMC, já que construída sobre alicerces jurídicos, não deverá ser motivo de disputas. Neste sentido, por diversas vezes entidades não governamentais estrangeiras enalteceram o Brasil pelos programas empregados no tratamento da AIDS nos anos 2000, e pela firme posição do governo na defesa da licença compulsória como meio possibilitar o acesso e tratamento de pessoas acometidas por esta doença via coquetel anti AIDS.

A sociedade internacional e os Estados, sensibilizados por milhares de pessoas que perderam suas vidas ou lutaram contra AIDS, principalmente na África, levaram a questão para a mesa de negociações internacionais, resultando na ratificação do Tratado de Doha, que estabeleceu a prioridade dos direitos fundamentais do homem em face do direito de propriedade. Portanto, é fato que não há direito de patente de medicamentos que possa prevalecer sobre o direito de ter acesso ao mesmo. Resta aos Estados utilizar dos mecanismos previstos para salvaguardar o direito consagrado por nossa Constituição.

É importante também atentar ao fenômeno que hoje toma conta do Judiciário pela ausência de medidas do Executivo que garantam o direito a medicamentos e à saúde da população. O número de ações pleiteando um, ou outro, tem dado causa a “judicialização da saúde”. Certamente, este fenômeno resulta do desequilíbrio causado não só em decorrência das patentes farmacêuticas e os preços inacessíveis que alguns medicamentos patenteados alcançam, mas também por outros fatores como as restrições que os planos de saúde impõem àqueles que contribuíram uma vida inteira, e quando precisam o atendimento lhes é negado.

Nestes anos todos trabalhando na indústria farmacêutica e especificamente na área de marcas e patentes, foi possível acompanhar centenas de processos judiciais pleiteando interpretações e aplicação

de direito alienígena diretamente no direito nacional em relação à propriedade industrial. Quase sempre os titulares das patentes pleiteiam a extensão do prazo de vigência das mesmas além do que está previsto na LPI (vinte anos de exclusividade). O abuso do direito e a morosidade do judiciário nestas decisões por vezes, acabaram por prorrogar os direitos de exclusiva automaticamente. Novamente a população, que poderia estar se beneficiando de medicamentos mais baratos e cujas patentes teriam expirado, não puderam se beneficiar dos genéricos, seja pela aquisição direta ou através do SUS. Aqui, novamente, a população foi discriminada pela sua condição social e não pode ter seu sofrimento abrandado com o medicamento adequado ao seu tratamento quando dele precisou.

A política de medicamentos do governo federal tem defendido o desenvolvimento tecnológico interno como mecanismo de criar uma autossustentação no setor farmacêutico, através de arcabouços jurídicos como as Parcerias Público-privadas, e tem investido consideráveis somas em empresas de produtos biológicos via BNDES. Contudo, lamentavelmente, negligenciou um tema tão importante como a patente e autarquia responsável por sua concessão. Como resultado, o que se observa são empresas tecnologicamente aptas, porém sem permissão para comercializar determinados produtos cujo direito de exclusiva ainda é uma incógnita em face do prazo moroso para exame e concessão de patentes, gerando uma expectativa de direito para o detentor, e uma insegurança jurídica para aqueles que aguardam o domínio público.

A busca da solução para o equilíbrio entre o direito de monopólio conferido pela patente e o direito à saúde permanece. Embora exista previsão legal para distorções mais graves como a possibilidade do uso da licença compulsória, não é possível utilizar-se deste mecanismo de forma indiscriminada. Por outro lado, há claramente um abuso por parte das empresas detentoras de patentes ao se utilizar inadvertidamente do sistema jurídico, conhecido pela morosidade e ainda sem ampla especialização na matéria, o que invariavelmente resulta na manutenção da concessão ou extensão do monopólio de fato, mas nem sempre de direito. Os operadores do direito muitas vezes ingressam com novas teses jurídicas, algumas importadas e aplicadas diretamente do direito alienígena, outras sem amparo legal para socorrer os privilégios destituídos de atividade

inventiva ou novidade, em clara afronta ao dispositivo do artigo 17 do Código de Processo Civil, ou seja, a litigância de má fé. Talvez, uma das soluções seja o emprego por parte dos juízos federais de sanções como a aplicação conforme a severidade, da multa do artigo 18 deste mesmo código, quando forem confirmadas que as teses empregadas e os recursos forem apenas de intuito protelatório, que obsta muitas vezes a entrada de medicamentos genéricos, causando sérios prejuízos aos cofres públicos e diretamente à população que teria poder aquisitivo para tratar sua doença.

REFERÊNCIAS

- ABAPI, 1998. Propriedade Industrial No Brasil, 50 anos de história. Associação Brasileira de Propriedade Industrial. Capítulo II. Primeiros tempos do DNPI e dos agentes da Propriedade Industrial.
- BARBIERI, J. C.; CHAMAS, C. O Acordo Sobre Direitos de Propriedade Intelectual Relacionado ao Comércio (TRIPS) a as Políticas Públicas de Saúde e de Defesa da Biodiversidade. REAd – Edição 59 Vol. 14 N° 1 jan.-abr. 2008.
- BARBOSA, D. B.. Tratado da Propriedade Intelectual, tomos I e II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____. Uma Introdução à Propriedade Intelectual, 2ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- _____. Propriedade Intelectual. A Aplicação do Acordo TRIPS., 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BARBOSA, P. M. N. As patentes Farmacêuticas e os Direitos Humanos. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, Volume 2. Curitiba, 2009.
- _____. Direito Civil da Propriedade Intelectual. O caso da Usucapião de Patentes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- CORREA, C. M. International Workshop on The information Revolution and Economic and Social Exclusion in Development Countries Implications of Intellectxual Property Rights for the Access to and Use of Information Technologies in Developing Countries. Maastrich, 23-25, October 1996. The United Nations University.
- CORREA, C. M. O acordo trips e o acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento. Revista Internacional de Direitos Humanos: SUR v. 2, n. 3, 2005.
- COSTA-COUTO, M.H; NASCIMENTO, A.C. Assimetria nas relações internacionais, propriedade industrial e medicamentos anti-aids. Ciência & Saúde Coletiva, 13(6):1869-1877, 2008
- CHAVES, G.; OLIVEIRA, M.; HASENCLEVER, L.; MELO, L. Revisão: A Evolução do Sistema Internacional de Propriedade Intelectual: Proteção Patentária Para o Setor farmacêutico e Acesso a Medicamentos. Cadernos Saúde Pública. Rio de Janeiro, 2007.

- DIAS, C.; ROMANO-LIEBER, N. Processo da implantação da política de medicamentos genéricos no Brasil. Caderno Saúde Pública, Rio de Janeiro, 2006.
- DUBEUX, Rafael. Um balanço da evolução recente das leis de patentes no Brasil: os efeitos do Acordo TRIPS. Jus Navigandi Teresina, ano 15, n. 2612, 26 ago, 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17269>>. Acesso em: 3 ago. 2014.
- _____. Evolução do Regime Internacional de Propriedade Intelectual. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n.2538, 13 jun. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/15027>. Acesso em 29 dez. 2014.
- t' HOEN, E. F. M. TRIPS, Pharmaceutical Patents and Access to Essential Medicines: Seattle, Doha and Beyond. Chicago Journal for International Law, Vol 3(1). Spring 2002.
- FALCÃO, F. As patentes de medicamentos e a dignidade da pessoa humana como limite ao direito fundamental à propriedade industrial. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3878, 12 fev. 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/26694>. Acesso em 13, fev. 2014.
- FROTA, M. S. Proteção de Patentes de Produtos Farmacêuticos: o Caso Brasileiro. Fundação Alexandre de Gusmão. Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 1993.
- GONTIJO, C. I. F. As Transformações do Sistema de Patentes, da Convenção de Paris ao Acordo Trips. A posição brasileira. Maio de 2005: Gneisenaustr 2a. 10961 Berlin. FDCL -Forschungs- undDokumentationszentrum C - Lateinamerikae.V., Berlin. www.fdcl.org.
- HORNECKER, J. Generic Drugs: History, Approval Process, and Current Challenges. 6/18/2009. US Pharm. 2009; 34(6) (Generic Drug Review suppl): 26-30. Disponível em: <<http://www.uspharmacist.com/content/s/78/c/13785/>>. Último acesso em 01/02/2015.
- HUMENHUK, H. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4839>>. Acesso em: 16 fev. 2015.
- INPI. Disponível em http://www.inpi.gov.br/portal/acessoainformacao/artigo/patente_1351691647905. Acesso em 17/02/2015.
- RODRIGUES, D. O. As flexibilidades do Acordo TRIPS na nova dinâmica comercial internacional. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 11 – n. 38, p. 11-33 – jan./jun. 2012
- SILVA, W.; FERRI, C. 17º Congresso de Iniciação Científica, 2009. A Função Social da Propriedade Industrial. 7ª Mostra Acadêmica UNIMEP. Disponível em: <<http://www.unimep.br/phpg/mostraacademica/anais/7mostra/1/344.pdf>> Acesso em 17/02/2015.
- SOARES, José Carlos. Lei de Patentes, Marcas e Direitos Conexos - Lei 9.279 - 14.05.1996. Editora Revista dos Tribunais. 1997.

*DO DIREITO FUNDAMENTAL DE OBJEÇÃO
DE CONSCIÊNCIA. PERSPECTIVAS
DE APLICAÇÃO PRÁTICA NA PÓS-
MODERNIDADE: SERVIÇO MILITAR
OBRIGATÓRIO, ABORTO, CASAMENTO
HOMOSSEXUAL E ATENDIMENTO MÉDICO
ESPECIALIZADO A TRANSGÊNERO*

Nelson Moraes Rêgo¹

“Toda pessoa honrada prefere perder a sua honra a perder a sua consciência”. Montaigne, Essays

Resumo: O presente artigo descreve o direito de objeção de consciência a partir de precedentes considerações a respeito dos direitos fundamentais e como manifestação do direito de liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Prescruta a fundamentação do direito de objeção de consciência com espectro na supremacia da liberdade bem como intenciona demonstrar as perspectivas de aplicação prática na pósmodernidade.

Palavras-Chave: Direitos fundamentais; liberdade; objeção de consciência.

¹ O autor é Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca/ES, Mestre em Ciências Jurídico-Processuais pela Universidade de Coimbra/PT, Juiz de Direito na Comarca de S. Luís/MA, Presidente do IMB-Instituto dos Magistrados do Brasil/Regional do MA, Coordenador do Núcleo de D.Humanos no CECGP – Centro de Estudos Constitucionais e Gestão Pública e Membro do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual.

I INTRODUÇÃO

Desde tempos imemoriais, mais precisamente no período histórico denominado como *axial*, entre os séculos VIII a II a. C., como bem observou Karl Jaspers, o ser humano passou a ser considerado como ser dotado de *liberdade* e *razão*; se enunciaram os grandes princípios e se estabeleceram diretrizes fundamentais de vida, em vigor até hoje. No século conhecido como de Péricles, nasce a filosofia, com a substituição do saber mitológico da tradição pelo saber lógico da razão. Em Atenas na mesma época surge a democracia, tendo o homem se tornado o principal objeto de análise e reflexão. Exsurge, destarte, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais.²

II BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conveniente é tecermos algumas breves considerações a respeito dos direitos fundamentais,³ categoria jurídica a qual a *objeção de consciência* se encontra inserido.

Como se sabe, é na idade moderna, no final do século XVIII, que os direitos fundamentais obtêm sua base teórica e despontam sob a roupagem dos direitos humanos, a partir das grandes revoluções demo-liberais: a do parlamento inglês de 1689 (*Bill of Rights*), a da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia por ocasião da independência dos Estados Unidos da América de 1776 e a revolução francesa de 1789. Com esta última, houve a difusão universal destes direitos humanos fundamentais, que se incrementa com a Declaração Universal de Direitos do Homem, adotada em 1948 pela Assembléia Geral da ONU.⁴

² COMPARATO, Fábio Konder, A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos, Ed. Saraiva (6ª ed.), S. Paulo, 2008, pp.8 a 12.

³ PECES-BARBA, Gregório, Curso de Derechos Fundamentales, Teoria General, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado/Universidad Carlos III, Madrid, 1.999. Este autor desenvolve significativo estudo a respeito dos direitos fundamentais. Com respeito à nomenclatura que o mesmo prefere à de “Direitos Humanos”, remeto o leitor às pp.36 a 38 desta referência.

⁴ DIMOULIS, Dimitri, Dogmática dos Direitos Fundamentais: Conceitos Básicos, p. 11. O autor afirma que devem ser reunidos ao menos três elementos para se poder falar em direitos fundamentais: 1) o Estado; 2) a noção de indivíduo; e 3) a consagração escrita.

Com efeito, com proclamação da referida Declaração de Direitos Humanos das Nações Unidas, pode-se asseverar que ingressamos na era dos direitos, como o fez com propriedade o festejado jurista peninsular Norberto Bobbio na sua obra clássica *A Era dos Direitos*, na qual se constata o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem nas Constituições democráticas modernas.⁵

Percebe-se relevante, como anotou Canotilho, que importa saber se a questão dos Direitos Fundamentais se encontra intimamente relacionada com uma teoria republicana, autônoma e coerente, de direitos, liberdades e garantias, e se está orientada para o caráter geral, finalidade e alcance intrínseco desses próprios direitos denominados fundamentais, a possibilitar o destino da *razão republicana em torno dos direitos fundamentais*.⁶ A teoria republicana reclama como base antropológica do seu discurso o *indivíduo*, e, neste aspecto, o “*toque*” de modernidade dos direitos naturais e da “*razão iluminada*”, aproximando-os da modernidade liberal.⁷

Com efeito, seguindo a linha de pensamento canotilhiano a respeito da concepção republicana dos direitos do homem, diz-se que a política de participação do poder, mesmo quando exercida por representantes, não é, para os republicanos, uma política de limitação de poder para garantir o desenvolvimento de autonomia individual ou da independência

⁵ BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*, Ed. Campus, (trad. de Carlos Nelson Coutinho), Rio de Janeiro, 1992, pp.1 a 14, com ressaltos para o seguinte: “Direitos do homem, democracia e paz são tres momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem, reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhe são reconhecidos alguns direitos fundamentais”. P. 1.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 8 e 9 explica esta questão. O Autor desenvolve sua tese a respeito, partindo dos seguintes pressupostos: “1) A teoria republicana é uma teoria autônoma e coerente, irreconduzível quer ao arquétipo clássico grego quer ao paradigma liberal; 2) A teoria republicana pretendeu alicerçar-se como um novo paradigma, no tempo e no espaço concreto do oitocentismo, sendo, pelo menos, forçado, querer aplicar-lhe as matrizes conceituais avançadas na actualidade para a compreensão dos direitos fundamentais”. P. 16. Ademais Canotilho afirma, mais adiante (fl.25), que os direitos naturais foram racionalmente convertidos em direitos fundamentais do homem – propriedade, liberdade, segurança – a tornar possível o desfrute pacífico da independência individual. No plano da práxis política, ocorreu a conversão do direito natural em direito garantidor da autonomia dos particulares...Apoiado em RAYNAUD, o autor lusitano afirma, à referida fl. 25, que: “a realização dos direitos segue um processo de baixo para cima, a partir de interesses individuais preexistentes a toda e qualquer iniciativa dos entes públicos.”. E assim é que o conceituado constitucionalista português desenvolve sua conhecida teoria do círculo e a linha (fls. 26 a 30).

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit. P.30. O homem republicano é, cfr. o pensamento canotilhiano, o homem politicamente combatente a favor do “progresso”, da “educação”, da “instrução”, do “associativismo”, enfim, de “soluções positivas” para a política (o ativismo político), pp.30 e 31.

da sociedade civil, como sempre defendeu o pensamento liberal, mas uma política na cidade para assegurar a “evolução do espírito” a nível da “liberdade filosófica, política e civil”. Assim é que, o reconhecimento da “*fraternidade*” ou da “*felicidade comum*”, inserida no pensamento liberal, como fim da sociedade, assumia-se com o fim de luta política e como expressão moderna dos *direitos do homem*.⁸

A modernidade, que se iniciara com a reforma protestante, a formação dos estados europeus e a chegada do homem branco à América nos idos dos séculos XV e XVI, desenvolve-se num ambiente cultural em que se dá ênfase à natureza e à razão humana⁹ (e não mais à origem divina, concepção medieval com fortes influxos teológicos), consolidando-se a partir do século XVII com Thomas Hobbes, René Descartes e posteriormente, com John Locke, Montesquieu, Jean Jacques Rousseau e outros demo-liberais. Assim, se desenvolveram os ideais de conhecimento e de liberdade, no início de seu confronto com o absolutismo. O jusnaturalismo passa a ser a filosofia natural do Direito e associa-se com o iluminismo na crítica à tradição teocêntrica anterior, ensejando substrato jurídico-filosófico às duas maiores conquistas do mundo moderno, a tolerância religiosa e a limitação do poder do Estado.¹⁰

Tais conquistas principalmente pela burguesia nascente e já então com poder econômico prevaemente, emoldura o aparecimento dos direitos fundamentais, ao tempo do surgimento do movimento do constitucionalismo, que vem a ser garantidor dessas conquistas liberais. Para Carl Schmitt os direitos fundamentais seriam “*aqueles direitos que*

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit. P.33, apoiado em Luc Ferry e Alain Renault, asseverou que: “os verdadeiros direitos do homem são os direitos do cidadão como direitos políticos de participação no poder, essencialmente pelo sufrágio universal – direitos de participação que, por um lado, supõem os direitos-liberdade e, por outro lado, garantem pelo seu próprio exercício, a tomada em conta das exigências da solidariedade ou da fraternidade”. Vide do mesmo autor, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, (7ª ed.), Livraria Almedina, Coimbra, 2.003, pp. 377 a 528.

⁹ BARROSO, Luis Roberto, Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, Ed. Saraiva (4ª ed.), S.Paulo, 2013, p.259, com destaque para: “A crença de que o homem possui direitos naturais, vale dizer, um espaço de integridade e liberdade a ser obrigatoriamente preservado e respeitado pelo próprio Estado, foi o combustível das revoluções liberais e fundamento das doutrinas políticas de cunho individualista que enfrentaram a monarquia absoluta. A Revolução Francesa e sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e anteriormente, a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) estão impregnadas de idéias jusnaturalistas, sob a influência marcante de John Locke...sem embargo da precedência histórica dos ingleses, cuja Revolução Gloriosa foi concluída em 1689, o Estado liberal ficou associado a esses eventos e a essa fase da história da humanidade. O constitucionalismo moderno inicia a sua trajetória”.

¹⁰ BARROSO, Luis Roberto, op. cit. pp.257 a 260, notadamente p.259.

*constituent o fundamento do próprio Estado e que, por isso e como tal, são reconhecidos pela Constituição*¹¹ São, segundo a visão do renomado jurista espanhol Perez Luño, legitimadores das formas constitucionais do Estado de Direito e constituem os pressupostos consensuais sobre os quais devem se edificar qualquer sociedade democrática.¹²

É de se convocar, por oportuno, o clássico e indispensável constitucionalista José Afonso da Silva, quando ao conceituar os direitos fundamentais, assevera, inspirado em Pérez Luño,¹³ que: *“além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, ‘no nível do direito positivo’, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo ‘fundamentais’ acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive;”*.¹⁴

É valioso observar que os direitos fundamentais surgiram com a superação do Estado absoluto, desde o momento em que regras jurídico-positivas de direitos humanos passaram a ser inseridas nas constituições dos Estados demo-liberais. Com efeito, existe, como asseverou Pérez Luño: *“um estrecho nexo de interdependencia genético y funcional entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales”*.¹⁵

¹¹ SCHMITT, Carl, Grundrechte und Grundpflichten, Duncker & Humblot, Berlim, 1973, p.190, apud ALEXY, Robert, Teoria dos Direitos Fundamentais (trad. Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã), Ed. Malheiros, S. Paulo, 2008, p.66.

¹² PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, Los Derechos Fundamentales, Editorial Tcnos, (8ª ed.), Madrid, 2004. Oportuno o ressaltar: “Una de sus funciones más relevantes es la de sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento y condicionan su deber de obediencia al derecho. Comportan también la garantía esencial de un proceso político libre y abierto, como elemento informador del funcionamiento de cualquier sociedad pluralista. Desde los inicios del constitucionalismo hasta el presente los derechos fundamentales han representado la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político, en su conjunto, se orientará hacia el respecto y promoción de la persona humana presentándose, por tanto, como el marco básico para la protección de las situaciones jurídicas subjetivas”.

¹³ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, (novena edición), Editorial Tcnos, Madrid, 2005, pp.32 e 33, com ressaltar à p. 33 para: “De ahí que gran parte de la doctrina entienda que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivizados en las constituciones estatales”.

¹⁴ DA SILVA, José Afonso, Curso de Direito Constitucional Positivo, (35ª ed.), Malheiros Editores, S. Paulo, 2012, p.178. E ademais, segundo o pensamento afonsino, fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

¹⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, Los Derechos Fundamentales, Apud PINILLA, Ignacio Ara, Las Transformaciones de Los Derechos Humanos, Editorial Tecnos, Madrid, 1.994, p.96. Ademais o autor

Robert Alexy por sua vez, apoiado em Muller, diz que: “*os direitos fundamentais são garantias de proteção, substancialmente conformadas, de determinados complexos de ações, organizações e matérias, individuais e sociais. Esses ‘âmbitos materiais’ são transformados em ‘âmbitos normativos’ por meio do reconhecimento constitucional e da garantia da liberdade no campo da prescrição normativa, do programa da norma. Os âmbitos normativos participam da normatividade prática, isto é, eles são elementos co-determinantes da decisão jurídica*”.¹⁶

Na teoria dos direitos fundamentais é importante mencionar a distinção que a doutrina estabelece entre regras e princípios. Para tal desiderato, seguindo a esteira de raciocínio alexyniano, três teses são admitidas e aqui reproduzidas em síntese: 1^a) sustenta que toda tentativa de diferenciar as normas em duas classes, a das regras e a dos princípios, seria diante da diversidade existente, fadada ao fracasso. Diante disso, é necessário atentar para as diversas convergências e diferenças, semelhanças e dessemelhanças, que são encontradas no interior da classe das normas, algo que seria mais bem captado com a ajuda do conceito wittgensteiniano de *semelhança de família* que por meio de uma divisão em duas classes. A 2^a) é defendida por aqueles que, embora aceitem que as normas possam ser divididas de forma relevante em regras e princípios, salientam que esta diferenciação é somente de *grau*. O grau de generalidade é que seria decisivo para a distinção. A 3^a) sustenta que as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambas não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença *qualitativa*. Esta tese no dizer de Alexy, é a correta. Assim, o ponto decisivo na distinção, é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. *Princípios* são, por conseguinte, mandamentos de *otimização*. Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos.

PINILLA, a p. 97, afirma com isso o caráter garantista dos direitos humanos: “Así, la función de los derechos humanos se ve, por consiguiente, disminuida en su aspecto transformador, para asumir un sesgo prioritariamente garantista”. Assume destaque assim, a Constituição: “Si parece razonable, en definitiva, exigir el respecto a la Constitución como norma jurídica básica que constituye, a su vez, el fundamento de cualquier procedimiento jurídico.”.

¹⁶ ALEXY, Robert, Teoria dos Direitos Fundamentais (trad. Virgílio Afonso da Silva da 5^a ed. alemã), Ed. Malheiros, S. Paulo, 2008, p.78.

Regras contém, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Toda norma é ou uma *regra* ou um *princípio*.¹⁷

Por sua vez, Ronald Dworkin (*Los Derechos en Serio*, 2.002) argumenta acerca da distinção entre regras (ou normas em sentido estrito) e princípios:

La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión...La distinción lógica entre normas y principios aparece con más claridad cuando consideramos aquellos principios que ni siquiera parecen normas."¹⁸

Importante questão que a doutrina constitucional apresenta neste contraponto das regras e princípios é a da *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, a exigência de sopesamento, que decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Ou melhor, conforme o escólio de Alexy, quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão.¹⁹ Por conseguinte, infere-se do pensamento do mencionado jurista tedesco, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. E mais, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas.²⁰

Quanto à titularidade dos direitos fundamentais não resta dúvida de que todos os seres humanos são titulares desta categoria de direitos.

¹⁷ ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., pp.90 e 91.

¹⁸ DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, (trad. do original *Taking Rights Seriously*, Gerald Duck & CO., Londres, 1984), Editorial Ariel, Barcelona, 2002, pp.74, 75 e 77.

¹⁹ ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p.117, com o ressaltado ademais para o seguinte: "Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos.

²⁰ ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p.118.

Pode-se indagar como fez Gilmar Mendez,²¹ se apenas as pessoas físicas protagonizam tais direitos. No que se observa que, em princípio, não há impedimento insuperável a que pessoas jurídicas venham a ser consideradas titulares de direitos fundamentais, não obstante estes, originalmente, terem por referência a pessoa física. Como bem asseverou José Afonso da Silva,²² não haveria porque recusar às pessoas jurídicas as conseqüências do princípio da igualdade, nem o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo de correspondência, a inviolabilidade de domicílio, as garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Os direitos fundamentais à honra e à imagem, ensejando pretensão de reparação pecuniária, também podem ser titularizados pela pessoa jurídica.²³ Há direitos conferidos diretamente à própria pessoa jurídica, tal o de não interferência estatal no funcionamento de associações e o de não serem elas compulsoriamente dissolvidas (respectivamente art. 5º, incisos XVIII e XIX da CF/88).

Os direitos fundamentais e humanos são institutos indispensáveis à democracia, isto é, são normas fundantes do Estado Democrático e sua violação descaracteriza o próprio regime democrático. Aquele que estiver interessado em correção e legitimidade deve estar interessado também em democracia e, necessariamente, em direitos fundamentais e humanos. O verdadeiro significado e importância desse argumento está em que se dirige, precipuamente, aos *direitos fundamentais e humanos* como realizadores dos procedimentos e instituições da democracia e faz com que reste patente a idéia de que esse discurso só pode realizar-se num Estado Constitucional Democrático, no qual os direitos fundamentais e democracia, apesar de todas as tensões, entram em uma inseparável associação.²⁴

Por outro lado, a doutrina e a jurisprudência não se cansam de sublinhar a íntima relação que se estabelece entre a liberdade de consciência, religião, culto e a **dignidade da pessoa humana**, ao mesmo tempo que sublinham que este é o valor mais elevado no sistema de direitos

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, (9ª ed.), Ed. Saraiva, S. Paulo, 2014, pp.171 e 172.

²² DA SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., pp.175 e 176. Garantias que dizem respeito à prisão tem as pessoas físicas como destinatárias exclusivas (art.5º, LXI da CF/88).

²³ Vide Súmula 227 do STJ, mediante a qual “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

²⁴ ALEXY, Robert, *Discurso*, pp.130 e 131, Apud NERY JÚNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade, *Constituição Federal Comentada*, (2ª ed.), Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 2.009, p.173.

fundamentais. Ele repousa na dignidade do indivíduo enquanto sujeito dotado de competência moral prática, insuscetível de ser tratado como um simples meio para atingir um fim.²⁵

III DO DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE RELIGIOSA

Categoria de Direito Fundamental é a liberdade religiosa que surgiu com o movimento da reforma protestante, antes mesmo que a liberdade política ou mesmo a de natureza econômica, ocupando lugar primordial entre as liberdades individuais.

A liberdade religiosa surge consagrada como corolário da liberdade de consciência, sendo certo que o Direito visa proteger todas as opções que o indivíduo tome em matéria religiosa, mesmo quando se trate de decisões de rejeição. A crença é apenas uma das alternativas possíveis que se colocam ao sujeito. **A proximidade entre a liberdade de consciência e da religião é evidente** se se pensar que **muitos casos de objeção de consciência, porventura a maioria deles, têm sua origem em motivações de índole religiosa**. No entanto, a liberdade de consciência e o seu corolário do direito à objeção de consciência, revela não apenas no plano religioso, mas também nos domínios filosóficos, ideológico, estético, etc. A doutrina, como a de Perry, fala, a este propósito, em *florescimento individual*.²⁶

As formas de religiosidade são as mais diferenciadas, conquanto seja possível encontrar semelhanças e pontos de contato em pelo menos muitas delas. Daí, é que partindo desta premissa, tem sido sugerido que seria possível encontrar um *ethos* global, enquanto padrão moral e universal da humanidade (ao lado dos direitos humanos), dentre as principais religiões existentes, como o fez o famoso teólogo cristão, Hans Kung, in *Diálogo das Religiões*.²⁷ Nesta obra, o autor traçou os pontos de maior identidade

²⁵ MENDES MACHADO, Jónatas Eduardo, *Liberdade Religiosa Numa Comunidade Constitucional Inclusiva*, dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, p.192, com ressaltos para: "São muitos os domínios em que se verifica a ligação entre a idéia da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. Por exemplo, o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem afirma que "o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo"."

²⁶ MENDES MACHADO, Jónatas Eduardo, *Liberdade Religiosa Numa Comunidade Constitucional Inclusiva*, op. cit., pp.194/195.

²⁷ KUNG, Hans, *Diálogo das Religiões*, Editora Vozes, Petrópolis, 2004.

entre o cristianismo (em suas vertentes católica, evangélica e ortodoxa), o judaísmo, o islamismo, o budismo e o hinduísmo, assumindo destaque a tolerância pessoal, o amor a uma divindade e a fraternidade entre os povos.

Uma ética planetária inspirada no diálogo deve admitir que nossa cultura é apenas uma entre outras e desistir de qualquer obsessão imperialista. Isto implica em assumirmos a democracia como única alternativa possível para a humanidade. Entretanto, o sucesso de um projeto democrático, depende da capacidade humana de encontrar referentes éticos mínimos, da busca de um *ethos global* possível. Isso torna urgente o reconhecimento universal que o diálogo entre as diversas tradições culturais deve receber, notadamente, o diálogo interreligioso, que é, sem dúvida, uma forma especial e fundamental neste processo.²⁸

No entanto, é bom que se registre que, a religião enquanto uma manifestação cultural de uma determinada comunidade, no enfoque relacional com outras comunidades, mais tem sido uma experiência dissociativa do que de interação e aproximação de povos. Cabe então a pergunta: a religião une ou separa os povos? Distanciando-se da máxima de linguagem comum na cultura brasileira, de que “futebol, política e religião não se discute” já se pode inferir a dificuldade de um diálogo entre as religiões, ou melhor, dentre os integrantes das religiões. Mas o caminho, enquanto árduo e exigente, não se mostra impossível.²⁹

Inserido na classificação metodológica dos direitos individuais e na primeira geração ou dimensão dos direitos humanos, encontra-se o direito à liberdade religiosa, que impõe ao Estado limitações ao poder de legislar e de respeitar este direito do cidadão, sendo, portanto direito de prestação negativa por parte do Estado. Necessariamente se encontra presente nos textos constitucionais dos países democráticos e pode-se asseverar que decorreu da evolução do jusnaturalismo, tendo sofrido decisiva influência dos ideais iluministas, como se pode constatar no clássico Contrato Social Rosseauneano.

A liberdade religiosa é verdadeira consagração de maturidade de um povo, como salientado por Alexandre de Moraes³⁰, sendo verdadeiro desdobramento

²⁸ Vide PFEFFER, Renato Somberg, IBMEC-MG e FUMEC, Belo Horizonte, Ed. nº 2, ano I, in *www*, acedido em 07.10.2016.

²⁹ Os papas João Paulo II e Francisco, líderes religiosos a quem se lhes reconhece um trabalho por uma aproximação e um diálogo entre o cristianismo católico, o judaísmo e o islamismo.

³⁰ MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, (13ªed.), Ed. Atlas, S. Paulo, 2003, p.73.

da liberdade de pensamento e manifestação. É de se considerar que o constrangimento à pessoa humana de forma a renunciar a sua fé representa o desrespeito à diversidade democrática de idéias, filosofias e a própria diversidade espiritual.³¹ É de se ressaltar que o Estado deve respeito até mesmo ao ateísmo, direito de não professar nenhuma fé, por se encontrar este abrangido pelo direito a liberdade de convicção religiosa.³²

O direito à liberdade religiosa ocupa um lugar primordial no pensamento de autores, por demais consagrados neste período denominado de pósmodernidade, como Rawls, Dworkin e Alexy, os quais asseveram estarmos perante um direito essencial ao exercício das competências morais e racionais dos indivíduos, que, por esse fato, ocupa um lugar central no esquema de liberdades básicas adequado à estruturação justa de um regime democrático.³³

É de se ressaltar que o Estado de Direito se sobrepõe aos diferentes poderes de fato que emanam da tecitura social. Na sociedade democrática, que ontologicamente é uma comunidade de princípio, as questões essenciais são equacionadas à luz da igual dignidade dos cidadãos e não em função da sua capacidade de pressionarem e influenciarem o processo político.³⁴ A comunidade constitucional distingue-se claramente das diferentes comunidades morais que se movimentam no seu interior e nas quais se incluem as confissões religiosas. Estas últimas são constituídas com base nos seus próprios textos ou princípios fundacionais, de natureza religiosa e moral, estabelecendo com os seus membros uma relação formativa e sócio-constitutiva apoiada na criação e manutenção de vínculos afetivos de pertença.³⁵

É possível descortinar a existência de uma diferença fundamental entre a concepção de uma comunidade política como comunidade moral de

³¹ MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, op.cit., p.73.

³² BARILE, Paolo, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Molino, Bolonha, 1984, p.205.

³³ MENDES MACHADO, Jónatas Eduardo, *Liberdade Religiosa Numa Comunidade Constitucional Inclusiva*, op.cit., p.163, este autor ainda descreve a respeito dos mencionados juristas: "Eles apenas pretendem sublinhar a fundamentalidade de um conjunto de prerrogativas humanas da personalidade que se concebem como pré-requisitos da própria democracia, prevenindo, por essa via, a instrumentalização demagógica do processo político no sentido da sua postergação. Assim, a violação, por parte do legislador, do direito à igual liberdade religiosa, como qualquer outra actuação opressiva, seria suficiente para fundamentar a intervenção dos órgãos jurisdicionais.", pp.163/164.

³⁴ MENDES MACHADO, Jónatas Eduardo, *Liberdade Religiosa Numa Comunidade Constitucional Inclusiva*, op.cit., p.180.

³⁵ MENDES MACHADO, Jónatas Eduardo, *Liberdade Religiosa Numa Comunidade Constitucional Inclusiva*, op.cit., p.181.

matiz confessional, edificada a partir de uma particular concepção de verdade objetiva, ou como uma comunidade constitucional inclusiva, constituída a partir da garantia de direitos subjetivos de igual liberdade a todos os cidadãos e do respeito pelo princípio da separação das confissões religiosas do Estado. Dessa diferença fundamental, como bem asseverou Jónatas Machado, resultam importantes refrações lógicas. No primeiro caso, o silogismo de base segue muitas vezes a matriz aquiliana, de acordo com a qual: a) só a verdade tem direitos; b) só a confissão dominante é a verdade; c) logo, só a confissão dominante tem direitos. No segundo caso, o silogismo é completamente diverso: a) todos os cidadãos têm direito a uma igual liberdade; b) católicos, protestantes, ateus, etc., são cidadãos; c) logo, católicos, protestantes, ateus, etc têm direito a uma igual liberdade.³⁶ As constituições brasileira, portuguesa e espanhola só admitem o segundo silogismo.

O reconhecimento da liberdade religiosa pela Constituição brasileira denota haver o sistema jurídico considerado a religiosidade como um bem em si mesmo, como **um valor a ser preservado e fomentado**. As normas fundamentais a esse respeito apontam para valores tidos como capitais para a coletividade, os quais devem não somente ser conservados e protegidos, como também serem promovidos e estimulados.³⁷ Dessume-se da leitura do preâmbulo e das disposições constitucionais que tratam da matéria, notadamente o art.5º, incisos VI e VII, o inciso I do art.19 e o § 1º do art.210 da CF/88, que embora o Estado brasileiro não seja confessional, tampouco é ateu, posto que o legislador constituinte invocou, no preâmbulo, a proteção de Deus, quando de sua promulgação em 05 de outubro de 1988:

“ Nós representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, e a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralistas e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica de controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”. (sem negritos no original).

³⁶ MENDES MACHADO, Jónatas Eduardo, *Liberdade Religiosa Numa Comunidade Constitucional Inclusiva, op.cit.*, p.181.

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional, op. cit.*, p.318.

E é por essa razão que o Estado brasileiro, ao assumir uma posição de **colaborador com as igrejas ou entidades de confissão religiosa**, admite, ainda que sob a forma de disciplina de matrícula facultativa, o ensino religioso em escolas públicas de ensino fundamental, na forma do § 1º do art.210 da CF/88:

“§ 1º O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.”

A liberdade religiosa também apresenta aspecto de direito à prestação, vez que no inciso VII do art.5º da CF/88, o Estado assegura a prestação de **assistência religiosa** nas entidades civis e militares de internação coletiva, tais como quartéis, penitenciárias e casas de detenção. Compreende-se neste contexto, que o Estado não pode impor, nestas entidades, aos seus internos, o atendimento a serviços religiosos, mas deve disponibilizá-lo aos que o desejarem.³⁸

Quanto à inteligência do Supremo Tribunal Federal a propósito destas obrigações positivas que recaem sobre o Estado brasileiro, é interessante observar-se o extrato de um de seus julgamentos: “o dever de neutralidade do Estado não se confunde com a idéia de indiferença estatal”; por isso mesmo deve “o Estado, em alguns casos, adotar comportamentos positivos com a finalidade de afastar barreiras e sobrecargas que possam impedir ou dificultar determinadas opções em matéria de fé”.³⁹

Adverta-se que a liberdade religiosa não pode servir de pretexto para a prática de atos que se caracterizam como ilícitos penais, como a prática do curandeirismo (STF RHC 62240, RTJ 114/1038, Rel. Min. Francisco Rezek) ou o sacrifício de crianças.

O consagrado e retro mencionado constitucionalista José Afonso da Silva ao discorrer sobre a liberdade religiosa, inclui-a entre as liberdades espirituais e reconhece que a mesma compreende três formas de expressão, quais sejam: a) a liberdade de crença; b) a liberdade de culto e c) a liberdade de organização religiosa. Todas estas três liberdades estão **garantidas na Constituição**.⁴⁰

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 317.

³⁹ STA 389 AgR, Rel. Min Gilmar Mendes, DJE de 14.05.2.010.

⁴⁰ DA SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., p.248.

Em verdade a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assim o consagra, no inciso VI do art. 5º:

“VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias; (sem negritos no original)”.

Esmiuçando, sinteticamente, tais expressividades da liberdade religiosa, conforme a linha de argumentação afonsina, tem-se que a liberdade de consciência e de crença na CF/88 foi declarada inviolável. E, logo no inciso VIII estatui que ninguém será privado de seus direitos por motivo de crença religiosa. O constituinte foi específico e o fez muito bem em destacar a liberdade de crença da de consciência.⁴¹ Naquela, entra a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer confissão religiosa, a liberdade de mudar de religião, mas também compreende a liberdade de não aderir a religião alguma. Mas não compreende a liberdade de embarçar o livre exercício de qualquer religião, de qualquer crença, pois aqui também a liberdade de alguém vai até onde não prejudique a liberdade dos outros.

Quanto à liberdade de culto, é mais do que adoração a Deus ou contemplação do ente sagrado, porquanto se realiza na prática de rituais, no culto, com suas cerimônias e liturgias. O maior jurista brasileiro e quiçá o maior em toda a história da humanidade, o Dr. Pontes de Miranda doutrina a este respeito: “Compreende-se na liberdade de culto a de orar e a de praticar os atos próprios das manifestações exteriores em casa ou em público, bem como o recolhimento de contribuições para isso”.⁴²

Por sua vez a liberdade de organização religiosa diz respeito à possibilidade de estabelecimento e organização das igrejas e suas relações com o Estado. Vigora no Brasil, com relação Estado-Igreja, o sistema da separação, conquanto esta, na CF/88, admite certos contatos, numa separação mais flexível:

“Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

⁴¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante, Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969, v. 119 (2ª ed), Editora RT, S. Paulo, 1970, assevera que a liberdade de crença é inconfundível com a liberdade de consciência, pois “o descrente também tem liberdade de consciência e pode pedir que se tutele juridicamente tal direito”.

⁴² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante, Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969, op. cit., p.129.

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;”.

Poder-se-ia denominar este sistema de relação Estado-Igreja, como *sistema de separação e colaboração*, com as seguintes nuances: a) Na forma do **inciso I da CF/88**, fica vedado ao Estado brasileiro estabelecer cultos ou igrejas de qualquer confissão religiosa bem como é vedado subvencionar cultos ou igrejas ou embaraçar o funcionamento dos mesmos (ainda que por via tributária, vez que os templos de qualquer culto, possuem imunidade, na forma da alínea “b” do inciso VI do art. 150 da CF/88) ou ainda manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou mesmo aliança (pacto maior que um simples contrato). Porém o constituinte ressaltou que pode haver colaboração do Estado brasileiro quando houver interesse público e na forma estabelecida em lei. Entretanto tal colaboração não poderá ser feita no campo religioso; b) *assistência religiosa*, é assegurada nos termos da lei, a sua prestação nas entidades civis e militares de internação coletiva, tais como penitenciárias, casas de detenção, casas de internação de menores etc; c) *ensino religioso*, deve constituir disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, sendo no entanto, matéria de *matrícula facultativa* (cfr. § 1º do art. 210 da CF/88). Portanto, é um direito e não um dever, tanto que nem é disciplina que demande provas e exames que importe reprovação ou aprovação para fins de promoção escolar. Nas escolas particulares poderá ser adotado desde que não imponha determinada confissão religiosa a quem não o queira; d) *casamento religioso*, será permitido como válido juridicamente, na modalidade de casamento religioso com efeito civil, nos termos da lei (§§ 1º e 2º do art. 226 da CF/88), donde se exigirá a tramitação prévia de um processo de habilitação com a publicação de edital em jornal de grande circulação para conhecimento de terceiros e com a manifestação ministerial e despacho judicial em uma unidade judiciária competente, isto é, com atribuições em matéria de direito das famílias.⁴³

O reconhecimento do direito à liberdade religiosa pela Carta Magna denota haver o sistema jurídico brasileiro considerado a religiosidade como um bem em si mesmo, como um valar a ser preservado e fomentado, Assim,

⁴³ DA SILVA, José Afonso, Curso de Direito Constitucional Positivo, op. cit., pp. 251/253.

enquanto direito fundamental são reconhecidos como valores capitais para a sociedade, devem não somente ser conservados e protegidos, como também ser promovidos e estimulados.⁴⁴

É certo que o reconhecimento da liberdade religiosa contribui para prevenir tensões sociais, na medida em que, por ela, o pluralismo se instala e se neutralizam rancores e desavenças do veto oficial a crenças qualquer. Por outra banda, o reconhecimento da liberdade religiosa também se apóia no argumento do que tantas vezes a formação moral contribui para moldar o bom cidadão. Ademais, a Constituição assegura a liberdade de fé, porque considera a religião como bem valioso por si mesmo e quer resguardar os que buscam a Deus de obstáculos para que pratiquem seus deveres religiosos.⁴⁵

Tem-se por certo que a adoção de feriados religiosos se justifica sob o prisma de proporcionar aos fieis, da maioria da população ou por uma porção significativa dela, condições de professar suas crenças ao seu Deus, a quem seja o personagem central de adoração. É como assevera Peter Haberle, que: “o Estado constitucional democrático vive também do consenso sobre o irracional, e não somente do discurso ou do consenso ou dissenso em relação ao racional”.⁴⁶

Destarte se justificam as festividades religiosas sob o amparo do Estado constitucional sempre que se refiram a símbolos que reacendem na memória coletiva as suas raízes culturais históricas que lhe conferem identidade – e não se pode negar, sob esse aspecto, exemplo gracia, a marcante contribuição do catolicismo para a formação espiritual, moral e cultural do povo brasileiro.⁴⁷ Desse modo, declaram-se feriados, constroem-se monumentos, nomeiam-se ruas e até mesmo cidades. Com isso faz-se história e se traça o futuro.⁴⁸

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Curso de Direito Constitucional, op. cit., p. 318.

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Curso de Direito Constitucional, op. cit., p. 319.

⁴⁶ PETER HABERLE, El Estado Constitucional, UNAM, Ciudad del México, 2001, p.117.

⁴⁷ O CNJ no PP. 1345, publicado em 25.06.2007 não viu impropriedade na ostentação de crucifixo em sala de sessão de Tribunal de Justiça, lembrando ser esta uma tradição brasileira: “o crucifixo é um símbolo que homenageia princípios éticos e representa, especialmente, a Paz”. Isso não faz o Estado laico (mas não ateísta), clerical.

⁴⁸ PETER HABERLE, El Estado Constitucional, UNAM, Ciudad del México, 2001, p.117

IV DO DIREITO FUNDAMENTAL DE OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA

1. GENERALIDADES CIENTÍFICAS CIRCUNSTANTES

As raízes etimológicas dos vocábulos objeção, objetar e objetor, são pertinentes para o presente estudo a fim de uma melhor compreensão da temática proposta. Segundo o filólogo Aurélio, objeção provém do latim *objectione*, que é o substantivo feminino que significa ato ou efeito de objetar; réplica, contestação. Por sua vez, objetar importa em contrapor (um argumento a outro); alegar como razão contraditória, e.g., o réu objetou que era inocente; ser contrário; opor-se.⁴⁹ E, por sua vez, se pode inferir que objetor é aquela pessoa que faz objeção.⁵⁰

Em caráter propedêutico, é oportuno que se diga que em razão da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) não ser um documento vinculante, conquanto a força intrínseca, ética e de caráter global que lhe é própria, no dia seguinte a sua proclamação começaram os trabalhos para a elaboração de um tratado efetivo sobre Direitos Humanos, de forma que todos aqueles direitos fossem disciplinados e inseridos também na ordem interna de cada país integrante das Nações Unidas. Este processo durou alguns anos e, em virtude da divergência entre o mundo capitalista e liberal, liderado pelos Estados Unidos da América, e o mundo socialista, liderado pela União Soviética, resultou na instituição de dois tratados distintos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – PIDCP e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC.⁵¹

Note-se que a divergência entre os países ocidentais e os países do bloco socialista era sobre a autoaplicabilidade dos direitos que viessem a ser reconhecidos. Os países ocidentais entendiam que os direitos civis e políticos eram autoaplicáveis, enquanto os direitos sociais, econômicos e culturais eram “programáticos”, necessitando de uma implementação progressiva. Já os socialistas entendiam que a finalidade maior do Estado era promover a igualdade entre os cidadãos, mesmo que para isso fosse necessário privá-los de alguns dos Direitos Civis e Políticos.⁵²

⁴⁹ HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de, *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, (4ª ed.), editora positivo, Curitiba, 2008, p.1.420.

⁵⁰ Dedução do autor deste artigo.

⁵¹ CASADO FILHO, Napoleão, *Direitos Humanos Fundamentais*, Editora Saraiva, Coleção Saberes do Direito, nº 57, (coordenadores Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes), S. Paulo, 2.012, p.56.

⁵² CASADO FILHO, Napoleão, *Direitos Humanos Fundamentais*, op.cit., p.56.

A ONU, por sua vez continuou reafirmando a indivisibilidade e a unicidade dos direitos humanos, pois segundo o entendimento dominante no seio das Nações Unidas era de que os direitos civis e políticos só existem de fato se os direitos sociais, econômicos e culturais estiverem garantidos, e vice-versa.

O Pacto dos Direitos Civis e Políticos começou a ser formulado em 1949 pela Assembléia Geral das Nações Unidas, mas foi concluído apenas em 1966, tendo o PDESC sido ratificado pelas nações da comunidade internacional antes mesmo do PDCP, que somente obteve o número de ratificações necessárias em 1976. Este pacto não só reconhece uma série de direitos e deveres da Declaração Universal, e o faz com maior detalhamento, em 52 artigos, como ainda estende esse elenco de direitos, tornando-se mais extenso que a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Entre tais direitos fundamentais, se pode relacionar como os principais: o direito à vida (art.6º), o direito a não ser submetido à tortura (art. 7º), o direito de não ser escravizado, nem submetido à escravidão (art. 8º), o direito à liberdade, (art.9º), o direito à autodeterminação dos povos (art.1º), o direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião (art. 18), entre outros igualmente importantes.⁵³

Como manifestação deste direito de liberdade de pensamento, de consciência e de religião, está o direito de objeção de consciência.

2. FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO DE OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA

Importante trazer, em um primeiro momento, à colação, as assertivas de Ignacio Pinilla, apoiado em Elias Díaz, a respeito da supremacia da liberdade, que consiste em por em primeiro plano a liberdade, de sacralizá-la inclusive como valor absoluto e objetivo, fundamento e limite de qualquer desenvolvimento democrático.⁵⁴ Assim é que, segundo essa abordagem, a Justiça é, em muito boa e ampla medida, o mesmo que serve de base e justificação a esse reconhecimento do subjetivo; isto é, o objetivo (e o que pode servir para julgar e valorar) é a liberdade:

⁵³ BARBOSA RODRIGUES, L. e CARNEIRO, Alberto Soares, Direitos Humanos, Textos Fundamentais, Editora Quid Júris?, Lisboa, 2.011, pp. 29/47.

⁵⁴ PINILLA, Ignacio Ara, Las Transformaciones de los Derechos Humanos, Editorial Tecnos, Madrid, 1994, p.92.

“Lo objetivo (y que puede servir para juzgar y valorar) es, a mi juicio, la libertad, la libertad individual, la de todos y cada uno; y, por de pronto, la libertad de expresarse en libertad y de participar activamente en la decisión colectiva, lo que supone reconocimiento de la consciencia y la voluntad individual (y la vida humana) como base de toda la construcción”⁵⁵ (negritos nossos).

A *objeção de consciência* é a negativa de acatar ordens legais ou leis ou de realizar atos ou serviços invocando motivos éticos ou religiosos.

Desde uma ética racional que considera que o indivíduo deve responder em primeiro lugar ao “tribunal” de sua própria consciência, **a objeção de consciência se define como um direito subjetivo a resistir aos mandados da autoridade (ou da lei) quando contradizem os próprios princípios morais.**

De alguma maneira, entronca com outras figuras de desobediência ao Direito, especialmente com a *desobediência civil* e, de uma maneira ainda mais ampla, com o denominado *direito de resistência à opressão*, proclamado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão no início da Revolução francesa de 1789.

Este *direito fundamental de objeção de consciência* pode, em princípio, ser exercido ante qualquer tipo de norma legal que se derive do ordenamento jurídico, como normas médicas ou de obrigação militar, sendo esta a situação mais conhecida, a da *objeção de consciência ao serviço militar*.

A objeção de consciência ocorre quando se dá um choque – às vezes, dramático – entre a norma legal que obriga um fazer e a norma ética ou moral que se opõe a essa atuação. Neste caso, o objetor de consciência, opta por “*não obedecer a lei*”, atendendo ao que considera um dever de consciência.

3. DA VIGÊNCIA DO DIREITO DE OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA NO BRASIL

É mister que se reconheça que o direito de objeção de consciência se encontra profundamente relacionado com o direito de liberdade, ou mesmo que é uma subcategoria deste. E sendo assim, é correto enquadrá-

⁵⁵ DÍAZ, Elias, Para uma teoria de la legitimidad, en de la maldad estatal y de la soberania popular, Madrid, 1984, pp.61 e 62.

lo entre os direitos humanos de primeira dimensão, ou seja, os direitos civis e políticos, cujo tratado internacional que os regulamenta é, sem sombra de dúvida, o *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, que fora ratificado pelo Brasil.

Uma vez que a República Federativa do Brasil ratificou, em 1976, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, todo seu conteúdo tem vinculação em solo pátrio, pois é um tratado internacional que o Brasil foi signatário e portanto, **suas normas são vigentes em todo o território nacional**. A esse respeito, valiosa é a doutrina de Flávia Piovisan: *“De fato, ao ratificar o Pacto, os Estados-partes passam a ter a obrigação de encaminhar relatórios sobre as medidas legislativas, administrativas e judiciárias adotadas, a fim de ver implementados os direitos enunciados pelo pacto, nos termos de seu art.40. Por essa sistemática, por meio de relatórios periódicos, o Estado-parte esclarece o modo pelo qual está conferindo cumprimento às obrigações internacionais assumidas.”*⁵⁶

Advirta-se que a própria Constituição brasileira em seu § 2º do art.5º incluiu entre os direitos fundamentais, aqueles direitos e garantias provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil tomou parte:

“ § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (sem negritos no original).

Conveniente a reprodução do preceito que mais nos interessa, o **art.18 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos**, que guarda maior relação com o presente estudo:

“Art. 18. 1. Toda e qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de ter ou de adotar uma religião ou uma convicção da sua escolha, bem como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua convicção, individualmente ou conjuntamente com outros, tanto em público como em privado, pelo culto, cumprimento dos ritos, às práticas e o ensino”. (negritos nossos).

⁵⁶ PIOVISAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, (8ª ed.), Ed. Saraiva, S. Paulo, 2.007, p.164.

Em verdade a ratificação do Brasil ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos - PIDCP vincula-o em toda a integralidade deste tratado internacional e em todas as suas vicissitudes, como o **direito de objeção de consciência, em toda sua extensão**. Ainda que unicamente quanto à questão do **serviço militar** é que tenha disposição expressa na Constituição brasileira, no **§ 1º do art. 143 da CF/88, se pode alargar o campo de sua incidência a outras hipóteses, com amparo do PIDCP**. Conveniente a reprodução da referida norma constitucional:

“Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei,

§ 1º Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.”. (sem negritos no original).

Sem sombra de dúvida, que as disposições normativas desse mencionado tratado internacional que o Brasil ratificou em 1976, o **PIDCP, constitui-se em direitos fundamentais** que fora reconhecido sua vigência por força da adesão a esse referido pacto internacional.

É mister que se atente para o aspecto positivista que caracterizaram os direitos humanos, em especial aqui, os de primeira dimensão (ou geração), com seu aspecto de direitos de participação e das liberdades públicas (com simetria entre o direito e o dever de abstenção do Estado), após as grandes revoluções demo-liberais, as quais ensejaram a transformação do direito *jusnaturalista* para seu novo caráter *juspositivista* e *garantista*. Como bem observou Ignacio Pinilla⁵⁷:

“Así, los derechos humanos seguían siendo caracterizados como auténticos derechos subjetivos en el sentido más amplio que se suele atribuir a la expresión, esto es, como prerrogativas o facultades atribuidas a cada uno de los individuos por lo ordenamiento jurídico válido, que antes venía representado por la idea del Derecho natural, y ahora ya, por fin, por el Derecho positivo en coherencia además, con la consideración, ampliamente extendida entre los círculos del realismo jurídico de la rama psicologista, del positivismo jurídico como simple continuación voluntarista de las aparentemente trasnochadas y oscurantistas doctrinas jusnaturalistas.”. (sem negritos no original).

⁵⁷ PINILLA, Ignacio Ara, Las Transformaciones de los Derechos Humanos, op. cit., p.98.

4. PERSPECTIVAS DE APLICAÇÃO PRÁTICA NA PÓS-MODERNIDADE DO DIREITO DE OBJEÇÃO À CONSCIÊNCIA

Importa traçar aqui um breve esquema de reflexão jurídica a respeito da aplicação prática do direito de objeção de consciência, neste tempo pósmoderno, sob dois prismas estruturantes, no direito comparado e no direito brasileiro.

4.1 NO DIREITO COMPARADO

a) Nos EUA:

É por demais conhecido o caso dos meninos testemunhas de Jeová, **Billy e Lílian Gobitas**, em 1935, que foram expulsos de sua escola em Minersville, no Estado da Pensilvânia, por negarem saudar a bandeira norte americana já que de acordo com suas crenças aquilo consistia em um ato de idolatria (alegaram os versos 3 a 5 do livro bíblico de Êxodo). Depois de uma série de juízos, a favor e logo depois contra, finalmente a Suprema Corte estadunidense reconsiderou que os referidos estudantes estavam em seus direitos de exercerem sua livre expressão e liberdade de culto, amparados pela Primeira Emenda da Constituição de seu país, as quais incluiria a negar a qualquer forma de veneração a algum símbolo de unidade nacional.

Outro caso bastante conhecido é o do **boxeador Muhammad Ali**, que em 1964 aderiu ao islamismo e em 1967, três anos depois de tornar-se um dos maiores campeões mundial de boxe, categoria peso pesado, se recusou em 1967 a alistar-se nas Forças Armadas dos Estados Unidos, baseado em suas crenças religiosas e criticou severamente a atuação norte americana na Guerra do Vietnam. Alegou Cassios Clay objeção de consciência, tendo sido preso após três chamadas. Por sua evasão foi acusado de traição e fora condenado a passar 05 (cinco) anos em prisão e a pagar a quantia de US \$ 10.000,00 (dez mil dólares); também lhe retiraram o título de campeão mundial de boxe e suspensa sua licença para lutar boxe. Foi declarado culpado, apelou para um Tribunal de apelação e posteriormente para a Côrte Suprema dos EUA, que lhe deu ganho de causa. Seu caso ficou conhecido como Clay v. United States.

b) No México:

No México a objeção de consciência já se encontra regulamentada, ainda que unicamente no Distrito Federal e na Província de Jalisco.

A questão envolvendo o aborto foi amplamente divulgada na mídia internacional. Em abril de 2007, o chefe de governo do Distrito Federal, Marcelo Ebrard fez declarações a respeito de que os trabalhadores do sistema de saúde pública dependente de seu governo deveriam acatar as disposições referentes ao aborto voluntário, sob pena de perder seu emprego e que não podiam recorrer ao argumento de objeção de consciência para não realizá-lo já que não se aplicava a esses casos, pois os médicos como servidores públicos estavam obrigados a acatar as ordens dadas, tendo em vista que o aborto havia sido aprovado como um direito das mulheres.

Entretanto a Lei de Saúde prescreve em seu artigo 59, o direito dos médicos a negarem a prática do aborto sempre que suas crenças religiosas ou convicções pessoais sejam contrárias ao referido procedimento médico, tendo a obrigação de encaminhar a mulher a outro médico que não seja objetor também.

Por sua vez, na Província de Jalisco, no art. 18 da Lei de Saúde Pública, em um sentido mais amplo, outorgou a todos os servidores públicos participantes do sistema estatal de saúde o direito de não participar, em qualquer classe de procedimento médico que contrarie sua liberdade de consciência, ao que pode ser incluído a implantação de órgãos ou, inclusive, a transfusão sanguínea.

c) Na Espanha:

Na Espanha o direito de objeção de consciência foi reconhecido na Constituição, ainda que com referência exclusiva ao serviço militar, no artigo 30.2:

“Art. 30.2 La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria.”.
(negritos nossos).

4.2 NO DIREITO BRASILEIRO

No direito brasileiro, por tudo que foi exposto no presente estudo, a objeção de consciência poder-se-ia vislumbrar como hipótese ocorrente nas situações elencadas abaixo, desde que o objetor de consciência demonstre as razões de sua objeção para que então, se assim for, outrem possa intervir a fim de que a obrigação legal venha a ser satisfeita em relação a quem de direito.

No caso de **Serviço militar obrigatório** o civil que alegue o direito de objeção de consciência, poderá ser compelido a prestar serviço alternativo, conforme o disposto no § 1º do art.143 da CF/88.

Na hipótese de **Aborto**, ainda que restrita aos casos legais de saúde para salvar a vida da própria mãe e a de estupro, porquanto inexistente o aborto voluntário no Brasil, ainda assim, o objetor de consciência poderia alegar suas motivações pessoais para não participar, de alguma forma, nesta prática supridora da vida do nascituro. É conhecida o caso de um juiz na cidade de Imperatriz-MA, que justificou a objeção de consciência, para não autorizar o aborto em um caso de estupro, sob o fundamento de ferir sua consciência religiosa católica (o Direito Canônico pune com a excomunhão quem assim procede).

Na situação de um **Casamento homossexual** há que se considerar primeiro que ainda não há norma legal estatuinto esta modalidade de casamento. O que existe é uma interpretação da Suprema Corte, em um caso concreto, sobre a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Entretanto, caso alguém seja compelido, na qualidade de Juiz, Juiz de Paz ou Ministro de Confissão religiosa qualquer a celebrar um casamento entre homossexuais, poderá sim obejtar de consciência e não celebrar o ato matrimonial; mas deverá repassar para um terceiro que não seja objetor, a fim de não ser desatendido os interessados.

No caso de um **Atendimento de Medicina Especializada, de um ginecologista**, que é sem dúvida, especialista em tratar de mulheres, este poderá se recusar a atender um travesti ou um homossexual, sob o fundamento da objeção de consciência e de que sua especialidade médica é para o atendimento de pessoas do sexo feminino. Não poderia apresentar recusa como clínico geral.

V CONCLUSÃO

A proximidade entre a liberdade de consciência e a liberdade religiosa é evidente, sobretudo ante as hipóteses de objeção de consciência, em que, a grande maioria deles tem a sua origem em motivações de índole religiosa. Decorre que, a autodeterminação existencial e ética do sujeito, a defesa de seu âmbito de racionalidade e de consciência, traduz-se no reconhecimento de um *direito geral de liberdade de consciência* desdobrado de múltiplas posições jurídicas, entre as quais se encontra a liberdade religiosa.

A objeção de consciência traduz-se num imperativo legal, como direito do homem, de matiz universal, conferido ao mesmo em razão de sua condição de indivíduo ou de pessoa humana, em qualquer referencia espacial em que se encontre. Galgado à condição de direito fundamental nas constituições dos países democráticos e que se lhes reconhece a condição de Estado de Direito Democrático.

O objeto de consciência não se volta contra ninguém ou contra qualquer grupo de pessoas, tão somente opera à nível da sua própria consciência, de ser humano que é, no âmbito da esfera de atuação de sua liberdade individual; isto é, exercita um direito fundamental protegido pela Constituição e por tratados internacionais.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert, Teoria dos Direitos Fundamentais (trad. Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã), Ed. Malheiros, S. Paulo, 2008;
- BARBOSA RODRIGUES, L. e CARNEIRO, Alberto Soares, Direitos Humanos, Textos Fundamentais, Editora Quid Júris?, Lisboa, 2.011;
- BARILE, Paolo, Diritti dell'uomo e libertà fondamentali, Il Molino, Bolonha, 1984;
- BARROSO, Luis Roberto, Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, Ed. Saraiva (4ª ed.), S.Paulo, 2013;
- BOBBIO, Norberto, A Era dos Direitos, Ed. Campus, (trad. de Carlos Nelson Coutinho), Rio de Janeiro, 1992;
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Estudos Sobre Direitos Fundamentais, Coimbra Editora, Coimbra, 2004;

-
- CASADO FILHO, Napoleão, *Direitos Humanos Fundamentais*, Editora Saraiva, Coleção Saberes do Direito, nº 57, (coordenadores Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes), S. Paulo, 2.012;
- COMPARATO, Fábio Konder, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, Ed. Saraiva (6ª ed.), S. Paulo, 2008;
- DA SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, (35ª ed.), Malheiros Editores, S. Paulo, 2012;
- DÍAZ, Elias, *Para uma teoria de la legitimidad, en de la maldad estatal y de la soberania popular*, Madrid, 1984;
- DIMOULIS, Dimitri, *Dogmática dos Direitos Fundamentais: Conceitos Básicos*;
- DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, (trad. do original *Taking Rights Seriously*, Gerald Duck & CO., Londres, 1984), Editorial Ariel, Barcelona, 2002;
- HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de, *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, (4ª ed.), editora positivo, Curitiba, 2008;
- KUNG, Hans, *Diálogo das Religiões*, Editora Vozes, Petrópolis, 2004;
- MENDES MACHADO, Jónatas Eduardo, *Liberdade Religiosa Numa Comunidade Constitucional Inclusiva, dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996;
- MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, (9ª ed.), Ed. Saraiva, S. Paulo, 2014;
- PECES-BARBA, Gregório, *Curso de Derechos Fundamentales, Teoria General*, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado/Universidad Carlos III, Madrid, 1.999;
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, (novena edición), Editorial Tcnos, Madrid, 2005;
- _____ *Los Derechos Fundamentales*, Editorial Tcnos, (8ª ed.), Madrid, 2004;
- PETER HABERLE, *El Estado Constitucional*, UNAM, Ciudad del México, 2001;
- PINILLA, Ignacio Ara, *Las Transformaciones de Los Derechos Humanos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1.994;
- PIOVISAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, (8ª ed.), Ed. Saraiva, S. Paulo, 2007;
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*, v. 119 (2ª ed), Editora RT, S. Paulo, 1970;

O USO ANTICOMPETITIVO DO DIREITO DE LITIGAR¹

Patricia Faveret Hardman²

Palavras-chave: Direito de Ação. Litigância de má-fé. Abuso de Direito. Concorrência. *Sham litigation*.

INTRODUÇÃO

De acordo com o artigo “O processo judicial como uma arma concorrencial” de Pedro Marcos Nunes Barbosa, nos últimos quinze anos pode-se perceber um aumento significativo da prática do abuso do direito de litigar, especialmente no ramo patentário farmacêutico. As demandas têm como único objetivo a prorrogação da validade dos prazos das patentes (em até 21 anos) e têm como fundamentos básicos uma interpretação equivocada do acordo TRIPS e distorções sobre o instituto do pipeline.

As demandas são propostas sem que o resultado final do processo tenha qualquer importância, sem que haja uma preocupação com a razoabilidade ou não do mérito. Isto ocorre uma vez que, ao despachar a petição inicial, os juízes determinam a citação do INPI e a notificação ao seu nome de domínio para que a patente conste como sub judice. Desta forma impede-se a entrada no mercado de eventuais concorrentes, o que constitui uma forma de burlar a legislação antitruste e um sério abalo

¹ Artigo fruto da orientação de monografia de especialização pelo Prof. Dr. Denis Borges Barbosa

² Especialista em Direito da Propriedade Intelectual pela PUC-Rio. Especialista em Direito Privado Patrimonial pela PUC-Rio. Sócia do Escritório de Advocacia Hardman. E-mail: hardmanadvogados@gmail.com

à segurança jurídica. Tais demandas são frequentemente ajuizadas às vésperas do domínio público, fator que caracteriza ainda com mais ênfase característica que caracteriza a existência do abuso do direito de ação, acarretando enorme instabilidade à ordem jurídica e econômica. O único propósito do demandante é prejudicar o seu concorrente.

Considerando-se o tempo de duração das pendências judiciais, eventual decisão de mérito a respeito da prorrogação do prazo em questão certamente ocorrerá em momento posterior ao lapso temporal requerido. A vitória estará garantida seja qual for o conteúdo da decisão.

Conforme o parecer sobre estratégias anticompetitivas de prostrar o domínio público nas tecnologias farmacêuticas (“como retardar o domínio público nas tecnologias farmacêuticas”), elaborado por Pedro Marcos Nunes Barbosa e aprovado por unanimidade pelo plenário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), publicado na Revista Eletrônica do IBPI nº 10:

O direito de propriedade intelectual, mas especificamente no ambiente das tecnologias do âmbito farmacêutico, tem como fito um sistema de estímulos ao desenvolvimento tecnológico, econômico e social (art. 5º, XIX, da CRFB). Ressalte-se, porém, que o sistema de propriedade intelectual não é bom ou ruim em si, ele é mero instrumento da consecução de políticas públicas. Aliás, de modo a catalisar as pesquisas, incentivar investimentos, bem como dar segurança jurídica, o sistema de patentes permite um diálogo sinalagmático (em geral) entre entes privados e o Estado, de modo que na hipótese de se atingir os requisitos legais, um agente econômico pode se tornar titular de um direito de propriedade resolúvel sobre certas criações técnicas.

O ponto de partida desta pesquisa é o estudo feito pelo Professor Denis Borges Barbosa como principal consultor para a OMPI, intitulado “*Study on the anti-competitive enforcement of intellectual property (IP) rights: Sham litigation*”, preparado pelo IPEA, que aborda uma visão global do problema, analisando o instituto desde suas origens, internacionalmente. O estudo sugere que o uso de ações judiciais de forma anticompetitiva deve ser considerado estratégia predatória da concorrência. O documento define *sham litigation* e discorre sobre o seu surgimento, nos Estados Unidos e na Europa. Analisa o *sham litigation* em vários países, inclusive no Brasil, citando os casos de maior repercussão e as decisões proferidas em cada

um deles. A busca por soluções é feita através da análise objetiva das razões que levam à utilização deste recurso de forma indevida, bem como através do desenvolvimento de ferramentas econômicas com o objetivo de identificar a prática para coibi-la.

Utilizou-se ainda, como base desta pesquisa o artigo intitulado “O uso disfuncional e anticoncorrencial do direito de ação” de autoria de Karina Almeida Guimarães Pinhão, da Revista da Escola da Magistratura Regional Federal, 2ª Região, volume 20, número 1, Mai/Out 2014. A autora parte do pressuposto de que o direito de ação deve ser compreendido sob uma perspectiva de ordem pública, com base na teoria mista sobre a sua natureza jurídica. De acordo com esta teoria, referido direito constitui ação oponível a outrem para a realização de um interesse legítimo, que pressupõe direitos e deveres extraídos do ordenamento jurídico. Este raciocínio critica a corrente que afirma que o direito de ação constitui apenas um poder jurídico.

Segundo a autora o legítimo direito de ação deve ser exercido de acordo com os valores estabelecidos na Constituição, sobretudo os valores da liberdade e da solidariedade (art. 3º, I, CR). A interpretação do artigo 170 *caput* e IV e do artigo 173, § 4º da CR/88, ambos combinados com os artigos 1º e 36, § 3º, III da lei 12529/11 fundamentam a ilicitude do abuso do direito de ação sob estes fundamentos.

Desta forma, o exercício que violar os princípios constitucionais é ilegítimo e não encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro. O acesso à justiça não pode mais constituir uma ameaça a direitos constitucionalmente protegidos. A garantia do direito de ação e as garantias processuais não podem sujeitar o demandado injustamente. O judiciário já se encontra assoberbado, e tais demandas constituem medidas contrárias à boa-fé e às funções sócio-econômicas do processo. Segundo ela direito de ação deve ser restringido, uma vez que inexistente no ordenamento jurídico direitos absolutos.

O artigo 170 da CR/88 dispõe que a ordem econômica brasileira funda-se na valoração do trabalho humano e na livre iniciativa, de acordo com o estabelecido no artigo 1º, IV. Dispõe ainda que a ordem econômica terá por fim a proteção da existência digna, em referência ao princípio da

dignidade da pessoa humana, na forma do artigo 1º, III da CR/88. Afirma que os ditames da justiça social devem direcionar a interpretação do *caput*, na forma do artigo 3º, I. Desta forma, a ordem econômica constitui mais um instrumento para dar efetividade ao Estado Democrático de Direito e para a realização dos interesses sociais.

O legítimo exercício do direito de ação deve submeter-se também aos princípios e regras contidos no CPC, como por exemplo, as condições da ação. Ressalte-se ainda aquele limite geral imposto a todo e qualquer direito, consubstanciado na cláusula geral contida no artigo 187 do Código Civil, que dispõe a respeito da disciplina do abuso de direito.

Após toda a sua exposição conclui a autora que os danos causados pelo abuso do direito de ação devem ser punidos com multa e responsabilidade civil, o que se pode extrair da leitura dos artigos 16, 17 e 18 do antigo CPC, e seus equivalentes no novo CPC (arts 79, 80 e 81). Ressalta ainda a importância do princípio da reparação integral contida no artigo 944 *caput* do Código Civil. Este princípio, corolário dos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana (art, 1º, III da CR/88) e da solidariedade, (art. 3º, I, CR/88), garante a compensação dos danos em sua integralidade, independente do juízo de reprovação da conduta.

A cogitação a respeito da possibilidade do ajuizamento de uma ação autônoma de responsabilidade civil afastaria o impeditivo da litigância de má-fé para ressarcir os danos indiretos, mas o ideal seria uma reparação nos autos do mesmo processo, por uma questão de economia processual, uma vez que a agilidade é fundamental para impedir o agravamento de tais danos, conferindo maior efetividade a legislação antitruste. O novo CPC trouxe essa inovação em seu artigo 81 § 3º) Ao final deste trabalho serão apresentadas algumas sugestões para que os efeitos danosos do *sham litigation* sejam afastados, ou pelo menos minimizados.

Em sua conclusão a referida autora pondera que mesmo diante da condenação por responsabilidade civil tal conduta é tão danosa, gerará lucros tão altos para o autor do dano que o valor eventualmente pago a título de indenização não será satisfatório para reparar o dano sofrido e não terá força suficiente para coibir tal conduta.

De acordo com PERLINGIERI (2008, p. 509), o bom direito é justo, equânime, solidário, possui uma própria justificação social, não exaure os direitos nos seus conteúdos patrimoniais, transformando-os em privilégios.

(...). Existe o risco de que se frustre as razões que norteiam a legislação antitruste. Por esta razão devemos utilizar os instrumentos dos quais já dispomos na legislação vigente, e caso necessário, buscar novas alternativas para fortalecê-los. Devemos buscar uma democracia econômica. O fenômeno da globalização teve um impacto direto sobre a concepção tradicional de economia, que não é considerada estritamente nos limites do território de um Estado. A regulamentação do mercado deve observar o contexto internacional, de modo a construir um sistema normativo capaz de impedir ou minimizar danos aos cidadãos, à coletividade, e especialmente aos consumidores. O bem-estar dos consumidores é assegurado em um mercado onde haja concorrência. (PERLINGIERI, 2008, p. 509)

A tutela do consumidor deve ser analisada não apenas de uma perspectiva patrimonial, mas sob uma ótica voltada aos direitos fundamentais, entre os quais a tutela da saúde, da segurança e o direito à educação para o consumo.

O livro “Os fundamentos do antitruste”, de Paula A. Forgioni, da editora Revista dos Tribunais, também foi escolhido como marco teórico deste trabalho. A obra citada embasa o direito antitruste e os princípios, normas e valores que o *sham litigation* tem por escopo violar.

1 DEFINIÇÃO DO *SHAM LITIGATION*

O que se examina na doutrina do *sham litigation* é a utilização do direito de ação ou do acesso à justiça como instrumento anticompetitivo. O direito de ação é um direito protegido constitucionalmente, razão pela qual se questiona se ele pode sofrer restrições, e em caso afirmativo, que restrições seriam.

Nos Estados Unidos, o precedente Noerr concluiu pela inexistência de limites ao direito de ação, ressaltando-se ser ele um dos mais importantes direitos protegidos pela Constituição dos EUA, sendo ele imune à lei antitruste. Já no caso Pennington a Suprema Corte americana reconsidera

e decide que o direito de ação deve ter limites, não devendo justificar a violação ao *Sherman Act*. Desta forma o direito de ação apenas seria imune à lei antitruste de forma excepcional (“*shame exception*”). O direito de ação deve ser exercido livremente, a não ser que seja utilizado como estratégias anticoncorrenciais. Por esta razão foram criados “testes” para aferir a incidência de práticas anticompetitivas através do exercício abusivo do direito de ação. Os testes foram criticados em virtude de seu alto grau de subjetividade.

O *sham litigation* consiste na utilização do direito constitucional de ação para fins anticompetitivos, visando barrar a entrada de novos competidores no mercado. É o uso do direito de ação que desvia de suas finalidades constitucionais, razão pela qual não pode ser absoluto.

O ordenamento jurídico deve identificar o uso ilegítimo do direito de ação e buscar alternativas disponíveis para conter os seus efeitos nocivos.

2 UMA PERSPECTIVA EUROPÉIA SOBRE O *SHAM LITIGATION*

Na Europa, utilizam-se dois critérios para a determinação dos casos de *sham litigation*. (art. 86 do Tratado da Comunidade Europeia) O primeiro é aferir se aquela ação pode ser razoavelmente considerada o meio adequado para garantir os direitos pleiteados. Ou seja, verificar se é manifestamente infundada. O segundo é a constatação de que seu objetivo é a eliminação da concorrência. Os dois critérios são cumulativos e devem ser verificados nesta ordem para perquirir a respeito da existência do *sham litigation*. Estes critérios devem ser interpretados e aplicados de forma restritiva, uma vez que constituem exceções ao direito fundamental de acesso às cortes.

A doutrina europeia é muito semelhante à adotada nos EUA. Os testes propostos para identificar a existência ou não de *sham litigation* são muito similares.

A Belgacom, uma das maiores empresas de telecomunicações da Bélgica, tinha o direito de exclusividade de publicação da lista de assinantes, em virtude da concessão do serviço de telefonia. Uma lei superveniente, de 1994, extinguiu esse direito e a ITT Promedia pediu acesso à base de

dados para publicar uma edição comercial especializada dessa mesma lista, acesso recusado pela Belgacom.

A ITT Promedia entrou com uma ação e a decisão foi proferida. A Belgacom, desconsiderando a decisão, entrou com outro processo, com fundamentos em inúmeros direitos que se mantinham em vigor em virtude do contrato anteriormente celebrado, que versava sobre dados, know-how e direitos de propriedade intelectual. A corte indeferiu os pedidos da Belgacom, uma vez que tais direitos violariam a lei publicada em 1994. Na última ação, a ITT alegou em sua defesa que a ação proposta pela Belgacom era ilegal, se enquadrando na definição de *sham litigation*. Este argumento foi rejeitado pela corte.

Seguindo essa argumentação, A ITT também alegou que a Belgacom atuava com abuso de posição dominante, violando o artigo 86 do Tratado da União Europeia, ao iniciar a ação antes das cortes belgas, quando elas seriam classificadas como *sham litigation*. A Comissão das Comunidades Européias entendeu que a Belgacom não abusava de posição dominante com suas reivindicações de propriedade intelectual feitas na Corte. Essa decisão foi tomada com base no Teste ITT Promedia, que consiste no raciocínio que segue.

A ITT recorreu ao Sistema Judicial Europeu contra a decisão da Comissão³. Mas antes ajuizou o pedido de revisão da decisão da Comissão. A última decisão sobre o caso foi proferida pela corte, que confirmou a análise feita pela Comissão, se abstendo de confrontar diretamente essa análise com a legislação concorrencial.

A comissão decidiu que para determinar os casos de abuso de petição deve-se analisar dois critérios cumulativos: não ser razoavelmente considerada o meio para se atingir seus objetivos, sendo manifestamente infundada e ter como única finalidade de causar danos aos concorrentes, eliminando a competição. Como o caso concreto não atendeu aos requisitos do teste a Corte entendeu ser desnecessário fazer outro teste proposto pela Comissão.

³ Case T-111/96, ITT Promedia NV v Commission of the European Communities. Judgment of the Court of First Instance (Forth Chamber, extended composition) of 17 July 1998). European Court reports 1998, Page II-02937, visited 12/12/2010, found at http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61996A0111.

3 SHAM LITIGATION NO BRASIL - JURISPRUDÊNCIA

No Brasil o tema ainda é recente e discutido de forma embrionária. Desde 1995 intensificou-se o uso de estratégias com o intuito de constituir e manter direitos de exclusividade de forma ilegítima. São eles a propositura de demandas infundadas e a banalização dos requisitos para a concessão de patentes, como por exemplo, a atividade inventiva.

De acordo com a lista elaborada por Pedro Marcos Nunes Barbosa no parecer feito ao IAB, teses jurídicas muito criativas elaboraram os mais diversos argumentos com os seguintes objetivos:

- Prorrogar a vigência das patentes concedidas sob a égide do Código de Propriedade Industrial (Lei 5772/71) de 15 para 20 anos com base no Acordo TRIPS;
- Buscar a proteção da atual LPI (Lei de Propriedade Industrial – nº 9279/96) para matérias tecnológicas anteriormente vedadas e já comercializadas no Brasil e no exterior;
- Prorrogar o prazo das patentes submetidas ao regime *pipeline* (evitadas de inconstitucionalidade);
- Criar direito de exclusividade de comercialização – *Exclusive Market Rights* – EMR – no lapso temporal ocorrido entre o depósito de um pedido de patente e a decisão administrativa do INPI;
- Criar proibição para o registro sanitário (perante a ANVISA) de terceiros não titulares de patentes durante a vigência destas, para garantir exclusividade de fato pós-patente, até que os não-titulares adquirissem a “permissão” da autarquia competente;
- Criar um direito de exclusividade no uso dos dados de testes submetidos à regulação estatal (*data protection exclusivity*) – para impedir que a ANVISA realizasse o registro sanitário de medicamentos genéricos e similares, baseado no dossiê clínico apresentado pelo titular do registro de referência (geralmente titular de uma patente de invenção).

Tramita no STF ação direta de Inconstitucionalidade impetrada pelo Procurador-Geral da República Federativa do Brasil, contra os artigos 230

e 231 da Lei 9279/96. A ADIN tramita sob o número 4234 – 3/600 desde 24/04/2009, e até a presente data (10/2016) ainda não foi apreciada pelo Tribunal. Tal ação questiona a constitucionalidade das chamadas patentes “*pipeline*”, com fulcro nos artigos 230 e 231 da LPI, á luz dos artigos 3º, I a III; 5º, XXII, XIII, XIV, XXIX, XXXII e XXXVI; 170, II, III e IV (defesa da concorrência); 196 e 200, I e V (proteção da saúde e do desenvolvimento tecnológico), todos da Constituição da República Federativa do Brasil. Argumenta o autor que “a inconstitucionalidade das patentes pipeline está em sua natureza jurídica. Pretende-se tornar patenteável aquilo que já se encontra em domínio público em detrimento do princípio da novidade. Alega ainda o autor que o legislador ordinário promove “uma espécie de expropriação de um bem comum do povo sem qualquer amparo constitucional”.

Alega-se que a revalidação de patente estrangeira no Brasil configura violação ao direito adquirido, uma vez que os inventos que já estavam em domínio público voltaram a ser objeto de proteção intelectual.

Os produtos farmacêuticos cujos componentes já haviam sido divulgados no exterior, mas que ainda precisavam de autorização para entrar no mercado brasileiro ou aqueles cuja patenteabilidade estava excluída da lei 5772/71 (antiga LPI) constituem o objeto da proteção das patentes “*pipeline*”. Com o advento da entrada em vigor da LPI de 1996, foram depositados mais de mil pedidos de patentes “*pipeline*”, dos quais mais da metade foram concedidos. Entre os medicamentos estão alguns que consistem em ingredientes ativos para o combate ao HIV e ao câncer, apenas para ressaltar sua importância e a necessidade de que permaneçam em domínio público.

Em 2007 as duas turmas especializadas em propriedade intelectual do TRF da 2ª Região decidiram (TRF, 2ª Região, Primeira Turma Especial, nos autos da apelação civil nº 312760, decorrentes dos autos do processo nº 2000.51.0100596-9, julgada em 05/09/20070) que o artigo 40 da lei 9279/96, que dispunha sobre o novo prazo, não se aplicava às patentes concedidas sob a égide da lei anterior. Argumentou-se que tratava-se de ato jurídico perfeito, dele decorrendo expectativas de direitos para terceiros. Ressaltou-se que a tutela da propriedade privada deve respeitar a sua função social, a livre concorrência e os direitos do consumidor. O acordo TRIPS nem chegou a ser mencionado, reforçando-se a regra da primazia do diploma legal mais recente em caso de conflito entre tratado internacional e lei interna.

No Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91 a Superintendência-Geral do CADE opinou pela condenação de Eli Lilly do Brasil Ltda e Eli Lilly and Company em representação feita pela Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos – Pró Genéricos. Alegou-se existir tentativa de obtenção de proteção patentária ou Direitos de Exclusividade de Comercialização de cloridrato de gencitabina (Gemzar) de forma indevida, através do abuso do direito de petição. Em 16/10/2007 foi instaurada Averiguação Preliminar para apurar a existência de conduta anticoncorrencial. As representadas alegaram estar respaldadas pelo regular exercício do direito de ação. Opinou-se pela condenação em virtude da existência de infração à ordem econômica, consistente nos ilícitos previstos nos incisos IV, V, X e XVI do art. 21 c/c incisos I, II e IV do art. 20, da Lei 8884/94.

Outro caso de destaque foi uma disputa no mercado de reposição de autopeças. A comercialização por empresas pertencentes à Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças (Anfape) de peças registradas foi limitada pelos detentores dos registros. A Anfape figurou como representante e a Fiat Automóveis S.A., a Ford Motor Company Brasil Ltda e a Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda figuraram como representadas.

A representante alegou a finalidade anticompetitiva através de processos administrativos e judiciais. As representadas alegaram que as associadas da Anfape violavam os seus registros de desenhos industriais e tentavam proteger suas peças através da utilização do *sham litigation*.

A decisão do CADE foi pela existência de violação antitruste. Reiterou a necessidade de sujeição dos direitos de propriedade intelectual à legislação antitruste. Determinou que os efeitos anticompetitivos devem ser levados em consideração nas decisões relativas à eles. Tais direitos da propriedade intelectual devem atender aos direitos sociais e à promoção do desenvolvimento econômico e tecnológico, o que não aconteceu no caso em tela.

O caso dos tacógrafos também teve grande repercussão. Envolveu a Siemens VDO Automotive Ltda, detentora de 85% do mercado relevante dos tacógrafos e a Seva Engenharia Eletrônica S.A., detentora de 2% do mercado. A Siemens questionou a homologação pelo DENATRAN de alguns

modelos de tacógrafos eletrônicos produzidos pela Seva. Esta alegou a prática de *sham litigation* pela Siemens na busca pelo cancelamento das Resoluções do DENATRAN por ação judicial, cujo objetivo seria forçar um acordo e depois propor a formação de cartel, dividindo o mercado brasileiro por linhas de produtos. A Siemens alegou questionar a validade do novo produto, negando a intenção de retirada da concorrente do mercado. Foi decidido que a Siemens não teria competência para avaliar a qualidade do produto, tendo agido com má-fé. As medidas tomadas pela Siemens eram anticoncorrenciais.

Esta foi a primeira vez em que se recomendou a condenação em um caso de *sham litigation* no Brasil, mas ainda assim alguns conselheiros do CADE se recusaram a utilizar a expressão *sham litigation*, por ser expressão adotada na legislação norte-americana. Alegavam que a legislação brasileira tinha esta previsão expressa no artigo 21, V da Lei 8884/94 que tipificava a criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços. A Siemens foi condenada por cartel em 2012, mas não por *sham litigation*.

De acordo com palestra proferida por Denis Borges Barbosa na audiência pública promovida pelo Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual, um estudo encomendado pelo IPEA e pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual, estudo este que constitui um dos marcos teóricos desta monografia, trata de aspectos anticoncorrenciais das práticas relativas à Propriedade Intelectual.

Para este trabalho foi feita uma pesquisa no Poder Judiciário a respeito dos maiores casos de reiteração de pleitos judiciais que já tinham sido decididos antes. O ECAD foi considerado o maior postulante, maior infrator das leis da concorrência através do *sham litigation*.

Em 1994 o Município do RJ contratou o cantor Rod Stewart para se apresentar na festa de réveillon. Ocorre que o ECAD cobrou uma quantia abusiva a título de direitos autorais para que apresentação fosse feita.

O Município fez a seleção do repertório e pagou os direitos autorais diretamente aos executantes. Ocorre que o ECAD não acatou essa escolha

jurídica, fato que determinou que a Procuradoria do Município entrasse com ação junto à Vara de Fazenda Pública buscando viabilizar o show de réveillon. O juiz deferiu o pedido do Município, e garantiu o acesso à cultura pelos cidadãos do RJ.

Em 13/12/1995 o Município entrou junto à Secretaria de Direito Econômico arguindo o abuso de Poder econômico do ECAD, que não é tutelado por outro órgão. O ECAD é entidade privada com monopólio público sobre a arrecadação e distribuição de direitos autorais de execução pública musical. O monopólio é fator indispensável, pois leva à diminuição do custo de transação. Mas o ECAD estipula preços e práticas não somente abusivos em abstrato, mas díspares da prática que vinha sendo praticada com o Município do RJ. A SDE instaurou de ofício o Processo Administrativo nº 08000.011187/1995-13, e deferiu liminar proibindo o ECAD de cobrar qualquer valor do Município por 5 anos. Em 9/05/2001 o CADE concluiu que atividade de direitos autorais não estaria submetida ao direito da concorrência, que os preços estipulados pelo ECAD não estariam submetidos ao controle governamental. Mas essa decisão foi proferida com base no próprio regulamento do ECAD (que diz que seus preços de direitos autorais fixados pelo ECAD não estão sujeitos ao controle governamental).

Em 20/03/13 o CADE condenou o ECAD e mais seis associações de direitos autorais por formação de cartel. A agência de cobrança foi condenada de abuso de poder dominante por criar barreiras à entrada de novas associações no mercado. O valor em multas foi de R\$ 38 milhões. O CADE concluiu que o ECAD está sujeito à tutela governamental pelo menos em virtude da tutela da concorrência em geral.

Mas a primeira condenação por *sham litigation* na seara da propriedade intelectual por abuso de direitos autorais de forma anticompetitiva em vendas pela TV foi o caso Shop Tour

Esse caso tramitou perante o CADE através do processo administrativo (nº 08012.004283/2000-40. Aqui buscou-se avaliar o histórico de ações judiciais para apurar a existência de infração à ordem econômica, passível de enquadramento no art. 20, I, II e IV c/c o art. 21, IV, V e VI da Lei 8884/94, consistentes em limitar ou impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias primas, equipamentos ou tecnologia, e aos canais de

distribuição, por meio do *sham litigation*. Trata-se de representação feita pela Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara de Deputados em face de Box 3 Vídeo e Publicidade Ltda e Léo Produções e Publicidade. Investigou-se uma suposta tentativa de formação de monopólio e dominação de mercado pelas representadas, que intentaram uma série de ações judiciais com pedidos liminares visando tirar do ar os programas de vendas das representantes, com base em direito autoral que as representantes reputaram inexistentes.

Na defesa foi alegada a existência de direito autoral sobre o formato do programa de vendas pela televisão, registrado na Biblioteca Nacional da Cultura. A Box 3 alegou que uma série de empresas buscou copiar o formato de seu programa, existindo diversas decisões que lhe deram ganho de causa. A Procuradoria do CADE e o Ministério Público Federal proferiram pareceres no sentido de que inexistente infração concorrencial, que a representada apenas buscou garantir um direito de forma legítima. O Conselho do CADE condenou a Box 3 Vídeo e Publicidade Ltda ao pagamento de multa e à publicação do extrato descritivo da decisão por infração à ordem econômica com base nos artigos 20 e 21, IV e V da lei 8884/94, consubstanciada no abuso do direito de petição com o objetivo de eliminar a concorrência do mercado. A condenada entrou com embargos de declaração alegando a existência de contradição na decisão embargada por não ter sido condenada a litigância de má-fé nas ações judiciais intentadas. O insucesso nas ações judiciais intentadas foi considerado elemento suficiente para a caracterização do abuso do direito de demandar com efeitos anticoncorrenciais. Segundo a embargante isto estaria em desacordo com os critérios objetivos e subjetivos para a caracterização do *sham litigation* nos EUA. Os embargos foram rejeitados no mérito pelos Conselheiros Olavo Zago Chinaglia e Vinicius Marques de Carvalho e a Box 3 Vídeo e Publicidade foi condenada à multa em razão da prática de litigância predatória ou fraudulenta com efeitos anticompetitivos, nos termos dos artigos 20 e 21, IV e V da lei 8884/94.

O STJ recentemente vem entendendo que não há no ordenamento jurídico brasileiro fundamento legal algum que estabeleça o dever de garantir a prorrogação por 5 anos às patentes de invenção depositadas em data anterior a 1º de janeiro de 2000. Este posicionamento fundamenta-se

na ausência de suporte legal, e, conseqüentemente, de obrigação imposta ao Estado Brasileiro no sentido de garantir a prorrogação por 5 (cinco) anos do prazo de validade originalmente estabelecido em 15 (quinze) anos, a fim de possibilitar a proteção patentária em território nacional por 20 (vinte) anos, por conta de aplicação imediata e sem reservas do acordo internacional TRIPS (*agrément on trade-related aspects of intellectual property rights*). Assim, a observância do TRIPS não é imediata, estando submetida em se tratando de países em desenvolvimento, a, ao menos, duas restrições, quais sejam:

1- prazo geral de um ano, a contar do início da vigência do TRIPS no país (art. 65.1);

2- prazo especial de mais quatro anos para os países em desenvolvimento (art. 65.2), além do prazo geral.⁴

No que diz respeito às patentes *pipelines*, entendeu o STJ que, sendo estas transitórias, equivaleriam a uma revalidação, no Brasil, de patente de produtos em desenvolvimento, concedida no exterior, atendendo-se aos requisitos lá estabelecidos no momento do depósito da revalidação.

Desse modo, eventuais alterações supervenientes na legislação do país de origem, especialmente em relação ao prazo, não ocasionariam prorrogação da proteção conferida no Brasil, no momento da verificação do atendimento aos requisitos de concessão da patente *pipeline*, uma vez que não existe no Brasil previsão legal específica acerca do tema.

Assim, entendeu-se que as patentes *pipeline* devem ser incorporadas ao direito brasileiro a partir do momento de sua concessão, e, por essa razão, o parâmetro temporal de sua proteção deve ser aferido no momento do depósito, sendo considerado o prazo de proteção conferido pela norma estrangeira naquele momento.

A interpretação ampliativa do § 4º, art. 230, Lei 9.279/96, com o intuito de equiparar a proteção estendida a patentes de revalidação aos prazos e condições estabelecidas pelo direito estrangeiro após a sua concessão, implica em violação ao princípio da independência da patente, e até mesmo da própria soberania do país.⁵

⁴ STJ AgRg-REsp 1.105.155; Proc. 2008/0251866-3; RJ; Terceira Turma; Rel. Min. Sidnei Beneti; Julg. 28/06/2011; DJE 01/08/2011

⁵ STJ; REsp 1.165.845; Proc. 2009/0221624-4; RJ; Quarta Turma; Rel. Min. Luís Felipe Salomão; Julg. 08/02/2011; DJE 23/02/2011.

O STJ estabeleceu que o TRIPS não é uma lei uniforme; ou seja, não é um tratado editado para proporcionar sua literal aplicação nas relações jurídicas de direito privado ocorrentes em cada um dos estados signatários, substituindo de plano a regulamentação legal vigente nesses países. Não se pode pretender a aplicação do prazo previsto no art. 65.4 do TRIPS, por ausência de legislação adequada regendo a matéria. No entanto, o afastamento desse prazo especial não fulmina o prazo genérico estabelecido no art. 65.2, direito concedido ao Brasil que, nesta qualidade, não pode sofrer efeitos de uma pretensa manifestação de vontade por omissão, uma vez que não há dispositivo que obrigue o país a manifestar interesse neste ponto como condição da eficácia de seu direito.⁶

A Terceira Turma do STJ estabeleceu que a extensão de validade das patentes regularmente constituídas sob o pálio de Lei brasileira, de quinze para vinte anos, não se revela como medida condizente com a interpretação que requerem as normas que dizem respeito ao sistema de proteção patentária do país, em conjunto com os pressupostos norteadores do acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (acordo TRIPS ou ADPIC).

Embora vigente o TRIPS desde 1º de janeiro de 1995, diante de sua ratificação e promulgação, a regra prevista em seu art. 65,2 – “um país membro em desenvolvimento tem direito a postergar a data de aplicação das disposições do presente acordo, estabelecida no § 1º, por um prazo de quatro anos, com exceção dos artigos 3, 4 e 5º” – por tratar-se de reserva concedida ao Brasil, deve-se reconhecer que a entrada em vigor do acordo veio a ocorrer somente em 1º de janeiro de 2000, impedindo sua total incidência a partir de sua publicação oficial.

Uma vez que o TRIPS não gera obrigações relativas a atos ocorridos antes de sua data de aplicação para o respectivo membro (art. 70, I), conforme o direito de preterir os períodos de incidência do acordo (art. 65) é clara a inexistência de imposição da sua observância no que diz respeito a privilégios de invenção antes concedidos, posto que não patenteado nenhum propósito de sua auto-aplicabilidade ou de sua aptidão para reger relações jurídicas afora aquelas que somente convergem para os seus membros, tampouco qualquer norma que permita a extensão do prazo de vigência da patente deferido com fundamento na lei 5772/71.

⁶ RESP n. 960.728-RJ, Terceira Turma, relatora ministra Nancy Andrighi, DJE de 15/04/2009.

Não há amparo legal nem obrigação do Brasil de garantir às patentes de invenção depositadas em data anterior a 1º de janeiro de 2000 a prorrogação por 5 (cinco) anos do prazo de validade – originalmente estabelecidos em 15 (quinze) anos -, de forma a vigorar por 20 (vinte) anos a proteção patentária em território nacional, mediante a aplicabilidade sem reservas do acordo TRIPS.⁷

Quando o STJ acatou a prorrogação do prazo de 15 anos previsto na anterior Lei 5772/71 para 20 anos, com base no acordo TRIPS, adotou como premissa necessária fundamento que não chegou a ser questionado e muito menos pacificado, segundo o qual, tal Acordo, no momento de sua recepção pelo Estado brasileiro, passou a produzir efeitos sobre as relações jurídicas privadas que tinham em um dos pólos detentores de patentes ainda em curso de fruição. Verifica-se, no entanto, que o TRIPS não é uma Lei Uniforme, ou seja, não é um tratado editado de forma a propiciar sua literal aplicação às relações jurídicas de direito privado ocorrentes em cada um dos Estados que a ele aderem, substituindo totalmente a atividade legislativa desses países, que restaria limitada à declaração de sua recepção.

O argumento de que o Brasil não demonstrou interesse em fazer valer o prazo extra de quatro anos, mediante *status* de Nação em desenvolvimento, para aplicação do TRIPS, não leva em conta a existência de prazos de carência previstos no Acordo, pois é nítida a diferença entre as redações dos §§ 2º e 4º do art. 65. Assim, o § 2º, ao criar o prazo geral de aplicação de cinco anos (1 ano mais 4anos) diz expressamente que esse prazo é um direito do Estado em desenvolvimento; No entanto, ao tratar do segundo prazo adicional (§ 4º), a redação se altera, restando consignado que um Estado nas condições do Brasil “poderá adiar” a aplicação do Acordo em alguns pontos por mais 5 anos. A segunda ressalva traduz mera possibilidade, ao contrário da primeira. O Brasil abriu mão do segundo prazo especial, facultativo de mais cinco anos constante no art. 65.4, destinado à extensão da proteção a setores tecnológicos não protegidos pelas antigas Leis de Patentes; mas não do primeiro prazo, pois, em relação a este, qualquer manifestação de vontade seria irrelevante.⁸

⁷ STJ; REsp 642.213; Proc. 2004/0003826-7; RJ; Segunda Seção; Rel. Min. João Otávio de Noronha; Julg. 28/04/2010; DJE 02/08/2010.

⁸ STJ; Resp 960.728; Proc. 2007/0134388-8; RJ; Terceira Turma; Rel Min Fátima Nancy Andrighi; julg 17/03/2009; DJE 15/04/2009.

Os precedentes do TRF-2 reconheceram incidentalmente a inconstitucionalidade das patentes *pipeline*. (vide sentença da 9ª VFRJ na AO 08083895420094025101, e precedente da 2ª Turma Especializada do TRF-2 na AC 200551015007128, alegando que o art. 230 da lei 9279/96 violou o art.5º, XXXVI da CRFB, uma vez que inventos já em domínio público não poderiam voltar a ser objeto de proteção intelectual por violar o direito adquirido dos nacionais).

Desta forma, demonstrou-se que o Poder Judiciário decidiu reiteradamente acerca da impossibilidade de prorrogação das exclusividades.

4 O ABUSO DE DIREITO

O abuso do direito constitui uma deformação intencional do direito e constitui ato ilícito caracterizado pelo uso irregular ou anormal do direito, segundo Bevilacqua na apresentação do livro de Jorge Americano (Americano, 1932). Americano baseia a sua obra na regra da justiça universalmente aceita, que é expressão da solidariedade humana, princípio segundo o qual ninguém deve se locupletar com o prejuízo alheio (proibição do enriquecimento sem causa).

Bevilacqua introduz a obra de Jorge Americano destacando no prefácio as principais características do abuso de direito, quais sejam: exercício de direito com a transposição dos limites impostos pela conveniência humana, “que sem utilidade para o agente, causa dano a outrem”

A ordem jurídica tem como um de seus fundamentos a liberdade. A regra de que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei consagra essa liberdade. Se a liberdade é condição para o exercício do direito, quem o exerce não causa danos. Se causar danos excedeu-se no exercício de um direito ou cometeu ato ilícito. A liberdade não é absoluta, não existem direitos absolutos.

Aplicada ao exercício da demanda tal teoria se apresenta na forma da lide temerária, uma das formas pelas quais o abuso de direito se manifesta no exercício da demanda. Age de boa-fé quem invoca o Poder Judiciário para dirimir uma controvérsia ou restaurar uma violação.

A grande questão que se apresenta é a impossibilidade de se impedir a propositura de uma ação supondo-a temerária. Algumas situações inicialmente apresentadas podem não apresentar uma aparência de bom direito, mas o direito pode ser comprovado ao longo do processo. Por esta razão o abuso do direito de ação constitui prática recorrente, pois ao final do processo o autor já terá atingido o seu objetivo. É preciso que a penalidade imposta seja severa a ponto de inibir tal conduta.

O Código Civil de 2002 adotou expressamente o abuso do direito em seu art. 187. De acordo com este artigo o exercício do direito subjetivo deve cumprir suas finalidades sócio-econômicas e observar o princípio da boa-fé objetiva e os bons costumes.

Diz o artigo 187 do CC:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Cabe ao Poder Judiciário harmonizar a liberdade individual e a autonomia privada no exercício do direito, protegendo apenas aqueles que estejam em consonância com os ditames do artigo 187 do CC.

Várias teorias tentaram classificar o abuso de direito dentro de uma categoria jurídica. As teorias negativistas procuraram demonstrar a inexistência do ato abusivo. Dentre as correntes afirmativistas, alguns autores entendem o abuso de direito como um princípio geral de interpretação das normas jurídicas. As normas devem ser interpretadas considerando-se não apenas o texto literal, mas seu espírito. Alguns buscaram identificar o abuso de direito com o ato ilícito ou distingui-lo dele. A ideia de que o direito cessa onde começa o abuso criou uma associação do ato abusivo ao ato ilícito. De fato, a identificação de um ato abusivo depende do estabelecimento de limites ao exercício de um direito subjetivo e o atual Código Civil o enquadrando expressamente na categoria de ato ilícito. Não cabe aqui adentrar nos detalhes de cada teoria, mas solucionar o problema do uso disfuncional e anticoncorrencial do direito de ação de forma eficaz. De fato o abuso de direito enseja a responsabilidade civil do agente na maioria dos casos, posto que age sem direito.

De acordo com o Código Civil de 2002 o exercício do direito deve respeitar o seu espírito, buscando a realização do ideal de justiça além de sua expressão literal. A função social do direito, os costumes, a boa-fé, os valores sociais e os os princípios constitucionais devem ser observados e respeitados. Cabe ao magistrado conciliar a autonomia individual e a solidariedade social

De acordo com Karina Pinhão, ao discorrer sobre a divergência acerca da classificação do abuso de direito como ato ilícito ou não (PINHÃO, pg. 178):

Contudo, não difere o ato ilícito do exercício disfuncional o fato de serem ambos espécies de “ato antijurídico”, e por tal motivo gerarem os mesmos efeitos, ou seja, a responsabilidade civil pelos danos deles decorrentes. Nesse sentido, ao exercício abusivo do direito amputar-se-á a devida reparação (CC, art. 927, caput). Por conseguinte, existindo lesão ao bem jurídico (dano), o nexo de causalidade entre o exercício abusivo e o dano gerado, e o próprio exercício abusivo, possível será a imputação da responsabilidade civil.

Segundo a referida autora (pg.178) a identificação do abuso do direito se dá através da configuração da função o fator de diferenciação para com o ato ilícito. Ela justifica o título de seu trabalho com maestria, afirmando que o abuso de direito compreende-se como o exercício disfuncional da situação jurídica subjetiva. Alega que no abuso de direito “há obediência à estrutura, porém “a posição jurídica é exercida em finalidade diversa daquela que justifica a sua existência””. Finaliza afirmando que o artigo 187 do CC “deve ser compreendido em sentido amplo como “contrariedade ao direito como um todo””.

Todo o direito deve se ater à sua finalidade, à finalidade de sua destinação social e econômica. A prorrogação indevida do prazo de uma patente, ou ainda que não prorrogado, a fruição indevida deste prazo em decorrência do lapso temporal de um processo judicial configura abuso do direito de propriedade, que deve atender à sua função social.

5 DIFERENÇA ENTRE ABUSO DE DIREITO E LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

O abuso de direito, verifica-se em quaisquer situações nas quais o titular de um direito, apto a exercê-lo, o faz de maneira que exceda os limites estabelecidos para o seu regular exercício. Trata-se de situação de

incidência ampla, que pode ocorrer em quaisquer relações jurídicas, não demandando a existência de um processo em curso. Trata-se de gênero que comporta diversas espécies.

Já a litigância de má-fé - que é uma espécie do gênero abuso de direito - só pode ocorrer no curso de uma relação jurídica processual, sendo, já de início, de incidência bem mais restrita do que o abuso de direito. Veja-se ainda que várias condutas reveladoras de litigância de má-fé estão expressamente previstas em lei (Código de Processo Civil, art. 80),

O Código de Processo Civil ainda traz, em seu art. 79, as sanções previstas aos litigantes de má-fé:

Art. 79 - Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Ainda de acordo com o art.80:

Art. 80 - Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

Deduzir pretensão ou defesa é direito que assiste a todos, por força do Princípio Constitucional do Devido Processo Legal. No entanto, exercer esse direito de maneira a contrariar a legislação vigente (ou o seu espírito) ou diante de fatos incontroversos, constitui evidente abuso.

II - alterar a verdade dos fatos;

Aqui a má-fé não reside propriamente em um abuso de direito, mas no descumprimento do dever jurídico imposto por Lei (art. 14, inciso I do Código de Processo Civil) de expor os fatos em juízo conforme a verdade.

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

Todos têm o direito de usar do processo para garantir ou ver reconhecidos seus direitos. No entanto, valer-se de tal instituto com vistas a obter resultado contrário à lei, constitui abuso de direito.

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

As partes, bem como terceiros (*e.g.*, através da ação de embargos de terceiro, que, em certos casos, suspendem o curso de determinados

processos), podem, em algumas hipóteses, resistir ao andamento do processo, desde que o façam de maneira justificada. A resistência injustificada constitui abuso do direito processual de resistir a andamentos processuais que traduzam irregularidades.

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

Proceder de maneira temerária no processo é proceder de forma imprudente, maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária, praticando atos que violem a boa-fé.

VI - provocar incidentes manifestamente infundados.

O direito de provocar incidentes processuais (*e.g.*, de falsidade documental, prevista no art. 390 e seguintes do Código de Processo Civil) assiste a todos os litigantes, desde que de maneira devidamente fundamentada e justificada. Incidentes processuais provocados para atender a propósitos escusos constituem abuso do referido direito.

VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

O direito de recorrer das decisões judiciais é consagrado em nosso ordenamento jurídico, pelo Princípio do Duplo Grau de Jurisdição. Controvertem os autores apenas acerca de estar ou não o referido princípio consagrado na CRFB de 1988, o que não interessa a este trabalho. No entanto, a interposição de recurso com a intenção única de retardar o fim do processo, constitui inegável abuso de direito.

Art. 81 – De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

§ 1º - Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º - Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário mínimo.

§ 3º - O valor da indenização será fixado pelo juiz ou caso não seja possível mensurá-lo, liquidá-lo por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.

As sanções por litigância de má-fé são impostas independentemente da existência de dano. Por esta razão aplica-se a multa (consideravelmente majorada no novo CPC – de **até** um por cento do valor da causa corrigido - para **a partir** de um por cento **até** dez por cento deste valor) cumulada com a indenização (em caso de dano). Ressalte-se que os prejuízos a que se referem os dispositivos do CPC referem-se àqueles que afetam o prejudicado pelo fato do processo. Por isto a compensação é limitada ao valor fixado pelo juiz. O limite de 20 por cento sobre o valor da causa, estipulado no antigo CPC (art. 18 § 2º), colidia com o princípio da reparação integral do art. 944 do CC, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III CR) e da solidariedade (art. 3º, I, CR). Por esta razão o novo CPC suprimiu este limite. De acordo com o antigo CPC os danos indiretos deviam ser cobrados em ação autônoma de responsabilidade civil. Tal reparação a perder de vista incentivava ou não desestimulava os praticantes do *sham litigation*, em virtude dos ganhos desproporcionais obtidos com a perpetração de tal conduta. A condenação por litigância de má-fé, quando ocorre, estabelece valores irrisórios em comparação ao enorme vulto do prejuízo causado. Isto se levar-se em consideração apenas o prejuízo patrimonial daquela empresa que deixa de comercializar, sem levar em consideração os prejuízos para a ordem econômica e para o consumidor, para a saúde pública, etc. Esses prejuízos mostram-se incalculáveis e irreparáveis. Em um esforço para amenizar esse prejuízo o novo CPC permite que o valor da indenização possa ser estabelecido nos próprios autos, independente do ajuizamento de nova demanda (art. 80 § 3º)

A litigância de má-fé permite ao juiz proceder imediatamente, reparando atitudes que obstaculizem o regular andamento do processo e que constituam maneiras óbvias de desvirtuar seus objetivos.

O abuso do direito de ação desperta a necessidade da busca pela sanção de condutas que, embora legitimadas, se apresentam como disfuncionais, contrárias aos valores do sistema.

A doutrina majoritária afirma que a má-fé não deve ser presumida, sob pena de obrigar-se aos sujeitos processuais provar a boa-fé. Ocorre que

alguns comportamentos processuais vêm sendo encarados pela doutrina e pela jurisprudência como fortes indícios de má-fé processual. A má-fé pode ser percebida em algumas práticas reiteradas perpetradas principalmente por pessoas jurídicas com grande poder de fato ou poder econômico. Tais elementos, passíveis de análise objetiva são:

- O desequilíbrio entre as partes (vulnerabilidade)
- Interposição de ação ou recurso onde se verifiquem ausência de requisitos para interposição ou repetição de argumentos de recurso vencido
- Erro inescusável, observado em consonância com o princípio da razoabilidade
- Vantagem extraprocessual e antijurídica daquele que age de forma abusiva
- Impossibilidade ou dificuldade da parte prejudicada em provar a má-fé da outra parte

Na prática a litigância de má-fé não tem o condão de reparar integralmente o dano e de reestabelecer o “status quo ante”, muito menos de restabelecer o equilíbrio econômico atingido pela conduta danosa. Além do exposto, os casos de *sham litigation* constitui abuso de direito de litigar por violação de boa-fé, não configurando apenas um abuso de comportamento durante o curso do processo.

6 EFICÁCIA TRANSINDIVIDUAL DE UMA AÇÃO (COLETIVO)

O Estado social de direito se caracteriza fundamentalmente pela preocupação em conferir proteção aos direitos e situações de abrangência comunitária, ou seja, transindividuais. Tais direitos não são facilmente garantidos e preservados apenas mediante iniciativa dos particulares. O Estado contemporâneo assumiu a missão de garantir aos jurisdicionados a preservação de sua condição humana, mediante o acesso aos bens necessários a uma existência digna.

Segundo LUIZ GUILHERME MARINONI, passou-se a reconhecer “direitos tipicamente vinculados à sociedade de consumo e à economia de massa, padronizada e globalizada. Estes costumam ser tratados como *direitos de terceira geração*, os quais são ditos de solidariedade e caracterizados por

sua 'transindividualidade', pertencendo não mais apenas ao indivíduo, considerado como tal, mas sim a toda a coletividade (por exemplo, o direito ao meio-ambiente saudável e os direitos dos consumidores)."⁹

Passou-se então a falar de demandas molecularizadas, em uma metáfora fundamentada na física. Moléculas são formadas por diversos átomos. As moléculas corresponderiam às demandas de cunho transindividual, que produziriam efeitos nas relações jurídicas de grupos de pessoas, enquanto as demandas individuais (atomizadas) produziriam um resultado desejado pela coletividade de forma muito mais lenta, posto que as sentenças proferidas nestas ações só produziram efeitos entre as partes.

FREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETTI ensinam que "o problema em relação aos direitos coletivos se coloca no confronto entre a posição de *tratamento atomizado* (tratar o conflito como se fosse um átomo), disposta no artigo 6º do antigo Código de Processo Civil como '*técnica de fragmentação dos conflitos*' e os textos integrados do CDC e da LACP que impõem um tratamento 'molecular' aos conflitos coletivos *lato sensu*."¹⁰

Parte da doutrina brasileira tem se referido a essas decisões como *decisões objetivadas*.

Assim, ao resolver-se uma demanda "molecularizada" resolvem-se diversas outras demandas, litígios idênticos, resolvidos em grandes quantidades.

Aplicado ao tema do chamado *sham litigation*, na tentativa de prorrogar indevidamente os prazos de concessão das patentes, podemos afirmar que tratar a questão de forma "molecularizada" talvez inibisse a sua prática. A propositura de uma Ação Civil Pública pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou por associações, com o objetivo de pacificar a questão e reunir todas as ações propostas com o objetivo de prorrogar o prazo talvez amenizasse a questão de forma mais satisfatória pra sociedade enquanto outras medidas mais eficazes não são tomadas.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, Manual do Processo de Conhecimento, 5ª Ed., pg. 719, Editora Revista Dos Tribunais.

¹⁰ FREDIE DIDIER JR. E HERMES ZANETTI, Curso de Direito Processual Civil, vol. 4, Processo Coletivo, 5ª Ed., pg. 33, Editora Podium.

CONCLUSÃO

A litigância com fins anticompetitivos tem sido amplamente discutida na doutrina e na jurisprudência norte-americana, europeia e de forma embrionária no Brasil. Até o momento não existe consenso a respeito do assunto em como as autoridades antitruste deveriam lidar com a questão de forma eficaz. Mas podemos apontar alguns caminhos aptos a minimizar o problema.

a) Um papel mais ativo das autoridades antitruste

O combate ao abuso do poder econômico carece de ferramentas aptas a contornar as distorções causadas no nosso ordenamento jurídico pelo abuso do direito de ação. Este direito se presta a promover a justiça social. A ideia de que não é lícito causar danos a outrem e a busca pela segurança jurídica reforçam a necessidade de se incluir no sistema antitruste brasileiro uma legislação capaz de extirpar tal comportamento da nossa sociedade no âmbito do processo administrativo e judicial.

b) O fato de a nova lei ter introduzido ações antitruste privadas deve priorizar o uso deste instrumento ao invés das licenças compulsórias

A lei 12529/2011 trouxe mudanças a respeito dos abusos cometidos na área de PI, uma delas foi a introdução de uma lista exemplificativa de práticas potencialmente anticompetitivas no art. 36 § 3º, XIX. A lei 8884/94 apenas mencionava a propriedade intelectual no artigo 22. A atual lei tem maior abrangência e prevê em seu art. 84 medida preventiva para determinar a cessação de prática investigada, e institui o compromisso de cessação. O objetivo é restabelecer, na medida do possível, a situação anterior à prática investigada.

Em relação aos atos de concentração a nova lei em seu art 61 § 2º, V menciona expressamente a possibilidade de licença compulsória dos direitos de propriedade intelectual - ênfase desnecessária, uma vez que o CADE é o responsável pela aprovação dos atos de concentração.

c) Conter a litigância agressiva em PI com uma atenção maior ao *sham litigation*.

De acordo com o artigo 5º, XXXV da CR "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Ao magistrado compete apreciar diretamente as infrações à ordem econômica, nas esferas cível e criminal, bem como rever as decisões das autoridades antitruste. A intervenção judicial pode se dar a qualquer tempo, mesmo antes do término do processo administrativo respectivo.

Cabe aqui enfatizar acerca da necessidade da ampla utilização de instrumentos jurídicos e processuais que assegurem a plena aplicação da legislação antitruste, conferindo-lhe eficácia. Deve existir um equilíbrio entre o direito de petição, os objetivos dos direitos de propriedade intelectual e os aspectos competitivos. Somente desta forma será possível garantir a tão almejada segurança jurídica. Esta necessidade fica ainda mais evidente diante das diversas formas que se utilizam para burlar a correta aplicação da lei, especialmente no que se refere ao *sham litigation*.

O uso disfuncional do direito de ação constitui uma distorção do exercício regular do direito de ação e é utilizado para violar a legislação antitruste, porém se reveste de aspectos que lhe conferem aparência de legalidade. Como a ilicitude é obtida através da propositura de uma ação, por mais contraditória que pareça essa afirmação, as consequências antijurídicas desta prática ficam muito mais difíceis de ser combatidas. Não é permitido restringir o direito de ação do autor. Por outro lado a sociedade fica refém desta prática abusiva. Desta forma, não se previu na legislação processual mecanismos específicos capazes de inibir ou até mesmo punir tal prática com eficácia. Na prática, a astúcia dos advogados em construir teses jurídicas conferiu aparência de legalidade na violação da legislação antitruste e da Constituição da República.

De fato, nem sempre é possível detectar o chamado *sham litigation* no momento da propositura da inicial. Em alguns casos é preciso uma avaliação (ainda que perfunctória) para que se reconheça a presença das características que possibilitam a sua identificação. Podemos identificar quatro características para a identificação do chamado *sham litigation* no ordenamento jurídico brasileiro: a falta de interesse legítimo no direito de ação, a possibilidade de litigância de má-fé, o abuso do direito de ação e a violação antitruste.

Desta forma, alguns cuidados se fazem necessários para minimizar as suas consequências e desencorajar a sua prática. O ideal seria que o ordenamento jurídico tivesse uma legislação específica capaz de oferecer uma resposta eficaz e célere, que elidisse tal prática da nossa sociedade.

Por outro lado, de acordo com o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Este artigo confere ao Poder Judiciário os instrumentos necessários para que esta distorção seja corrigida e adote procedimentos internos no combate ao abuso do direito de litigar.

Inicialmente poderia criar-se uma força-tarefa incumbida da função de identificar os casos de *sham litigation* e uma vara especializada em combater o abuso. Instalada a suspeita de má-fé, o despacho saneador seria o momento adequado para que tal processo fosse remetido à vara especializada, que seria o juízo competente para o julgamento do feito. Desta forma já se faria uma triagem desde o início, possibilitando que a demanda ganhasse o *status* de prioridade no judiciário. Tal prioridade poderia ser conferida a partir de critérios objetivos, como por exemplo o bem jurídico tutelado.

Tal notoriedade conferida por esta força-tarefa e pela vara especializada possibilitaria que os interessados acompanhassem tais feitos mais atentamente. Uma alternativa seria que o terceiro interessado ingressasse no feito através de oposição e fizesse um pedido de antecipação de tutela para que a lide tivesse uma decisão rápida e eficiente, minimizando o lapso temporal de duração da ação, e com isso os prejuízos para os concorrentes e para a sociedade. Seria importante que a aplicação de multa e indenização por danos se desse nos autos do mesmo processo por economia processual.

Outra hipótese poderia ser a interposição de Ação Civil Pública com pedido de antecipação de tutela ou até mesmo com ação cautelar pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou por associação. Seria uma forma de chamar a atenção para a questão em tela e de se obter mais celeridade no julgamento do feito.

Quando o exercício do direito de ação se torna um meio de violar direitos e interesses protegidos pelo ordenamento jurídico os limites extrínsecos do direito de ação são violados, seja por dolo ou culpa. A ultrapassagem destes limites gera responsabilidade civil, mas ainda assim nem sempre é possível retornar ao *status quo ante*. O caso específico do *sham litigation*, onde se buscar obter postergação de domínio público de tecnologias farmacêuticas de forma incompatível com o ordenamento jurídico, os lucros são tão vultosos que eventual responsabilidade não inibe o comportamento danoso para a sociedade. E o estado democrático de direito deve priorizar a busca por soluções efetivas, aptas a evitar os danos, e quando eles ocorrem, há que haver medidas capazes de ressarcir o prejudicado da forma mais justa e equilibrada possível. Só assim o direito cumprirá o seu papel na sociedade.

A indústria farmacêutica é responsável por cinco investigações de *sham litigation*. Em 05 de dezembro de 2011 três foram concluídas e remetidas ao CADE para julgamento, com recomendação de condenação.

De qualquer forma, cabe ao Poder Judiciário dar uma resposta à sociedade.

d) A aprovação e utilização de uma doutrina antitruste próxima dos padrões europeus com uma perspectiva mais crítica em relação a PI no que concerne a competição

As marcas, patentes, direitos autorais e segredos industriais constituem a grande riqueza do patrimônio de uma empresa de alta tecnologia.

O sistema de proteção à propriedade intelectual, criado para garantir a inovação pode acabar se transformando em um instrumento impeditivo da entrada de concorrentes no mercado, prejudicar os existentes, de forma a reduzir a inovação.

O sistema de proteção da propriedade intelectual tem que funcionar em equilíbrio com o sistema de proteção à concorrência.

O efeito de detenção da inovação é atualmente o problema central do antitruste, e uma das formas mais frequentes através da qual o problema tem se apresentado é o *sham litigation*.

A análise das práticas de predação e exclusão de concorrentes, feita sob uma perspectiva econômica, é capaz de fornecer elementos que enriquecem a compreensão do problema. Fazer uma relação entre a propriedade intelectual, a concorrência e a inovação tecnológica pode abrir ainda mais o campo de visão e análise do problema, que deve ser enfrentado sob todas as suas perspectivas.

A proposta de definição de teste econômico alternativo para a identificação de condutas de litigância predatória pode contribuir para o fortalecimento da política pública de concorrência, na sua relação com a política de propriedade intelectual.

Ao final do prazo estipulado o conhecimento protegido cai em domínio público. A exclusividade jurídica temporária garante a ausência de concorrência e o titular da patente auferir lucros consideráveis. O domínio público é a regra (art.99, I, do CC), a exclusividade é temporária e excepcional, limitada à liberdade de iniciativa e de concorrência.

O objetivo de se garantir uma exclusividade após o prazo da patente pelos titulares de tecnologia sempre visam adiar o domínio público e a plena concorrência.

A saúde é um direito fundamental, assim como a dignidade. Toda restrição de acesso dos cidadãos a medicamentos deveria ser repelida. O acesso a medicamentos é uma forma de possibilitar o direito à vida. Após o decurso do prazo de exclusividade o fabricante já auferiu vantagens consideráveis, nada justificando que se impeça a sua livre comercialização.

Se nenhum privilégio fosse concedido aos inventores, autores, cientistas e pesquisadores nenhum incentivo haveria para a invenção ou divulgação de inventos, privando-se a sociedade do desenvolvimento. O privilégio da patente é um direito outorgado aos autores de inventos industriais (CR, 5º, XXIX) e constitui uma espécie de monopólio temporário. É um instrumento destinado a equilibrar interesses.

De acordo com o art. 1,IV da CR, estamos em uma economia de mercado na qual o monopólio é exceção ao regime da livre iniciativa. Por esta razão apenas o poder constituinte pode criar monopólios estatais. O monopólio concedido ao titular da patente é um privilégio que restringe a liberdade de iniciativa, por isso deve ser interpretado de forma estrita.

Devemos estabelecer um equilíbrio entre os diversos interesses. O interesse do investidor e criador deve ser ponderado em relação à outros interesses. São eles: a liberdade de concorrência e livre iniciativa, o uso social das propriedades, o objetivo da propriedade industrial, a proteção constitucional à tecnologia e cultura, o dever constitucional de proteção a saúde e as liberdades de criação artística e de expressão

O equilíbrio entre a proteção da propriedade e do interesse social é feito com a aplicação do princípio do devido processo legal, através da aplicação do princípio da proporcionalidade. O interesse coletivo deve prevalecer na medida certa para satisfazer os interesses supra mencionados.

Não é permitido pelo ordenamento jurídico usar o processo para conseguir objetivo ilegal. Não se pode dar início à ações judiciais com objetivo que violem a lei concorrencial brasileira.

No tocante ao *sham litigation* o Judiciário norte-americano desenvolveu alguns testes para distinguir um litígio simulado de um genuíno. O direito norte-americano tem raízes na Common Law, sistema onde os precedentes possuem uma força vinculativa muito maior do que no Sistema Romano Germânico, raiz do sistema jurídico brasileiro.

Os direitos de propriedade industrial e os de livre concorrência são instrumentais. O interesse coletivo deve ser o bem jurídico para o qual se busca tutela.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMERICANO, Jorge. Do abuso do direito no exercício da demanda, 2. ed., São Paulo, Saraiva & Comp., 1932
- AZI, Camila Lemos. A lesão como forma de abuso de direito. In Doutrinas essenciais Direito Civil Parte Geral, vol. IV, organizadores MENDES, Gilmar Ferreira e Stoco, Rui. Edições especiais, Revista dos Tribunais 100 anos
- BARBOSA, Denis Borges, Barbosa, Ana Beatriz Nunes e Grau-Kuntz, Karin. A Propriedade Intelectual na construção dos Tribunais Constitucionais, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2009
- _____. Uma introdução à propriedade intelectual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- _____. Tratado da Propriedade Intelectual, Tomo II, Patentes, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010
- _____. (principal consultor). BARBOSA, Denis Borges. The use of government processes for anticompetitive purposes in the Intellectual Propertyfield: a legal assessment – A study prepared in partial fulfillment of the contract IPEA/PNPD no 056/2010, July 30, 2011 Review, disponível em http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/concorrenca/use_government_processes.pdf em 03/02/2015 em 03/02/2015 às 12:46 hs
- _____. A criação de um ambiente competitivo no campo da propriedade intelectual o caso sul Americano, UNCTAD, 2005, disponível em <http://www.iprsonline.org/unctadictsd/docs/Barbosa%20FINAL%20formatado.pdf>
- BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Uma abordagem propedêutica ao licenciamento compulsório de patentes farmacêuticas, in MARIN, Eriberto Francisco Bevilaqua, PLAZA, Charlene Maria C. de Avila, SANTOS, Nivaldo dos, TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco (organizadores). Propriedade Intelectual, Inovação Tecnológica e Bioenergia, Grandes Temas da Atualidade, Vol 2
- _____. O processo judicial como uma arma concorrencial. Disponível em <http://www.abifina.org.br/factoNoticia.asp?cod=341> visualizado em 06/05/14 12:46 hs
- _____. As patentes farmacêuticas e os direitos humanos, in Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, no 11 (2009), disponível em <http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/321/253>, visualizado em 21/11/2014 15:24 hs
- _____. Uma visão analítica acerca do contencioso judicial de patentes. In Capítulos de Processo Civil, coordenação de ROCHA, Fabiano de Bem da, Editora Lumen Juris.
- _____. Como retardar o domínio público nas tecnologias farmacêuticas. Parecer dado In Revista Eletrônica do IBPI no 10, disponível em www.ibpibrasil.org visualizado em 08/12/2014 às 19:36 hs.
- BARDESCO, Antoine. L'abus du droit, Paris, V.Giard & É. Brière, 1913
- BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilaqua, quinta edição, volume I, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1936
- BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. 3a Ed., São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2010.
- BUZUID, Alfredo. Ação Declaratória. São Paulo, Livraria Acadêmica – Saraiva & Cia – Editores, 1943.

- CARNELUTTI, Francesco. Como nasce o Direito, 2 edição, Belo Horizonte, Cultura Jurídica (Editora Líder), 2002
- CARPENA, Heloisa. O abuso do direito no código de 2002: relativização dos direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 3 ed., ver, Rio de Janeiro, Ed Renovar, 2007
- CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da Propriedade Industrial, Volume II, Tomo II – Das Marcas de Fábrica e de Comércio, do Nome Comercial, das Insígnias, das Frases de Propaganda e das Recompensas Industriais, da Concorrência Desleal, 3 edição, 2 tiragem, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2012
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, 1 volume, São Paulo, Livraria Acadêmica – Saraiva & Cia , 1942
- CORDEIRO, António Menezes. Litigância de má-fé Abuso do Direito de Ação e Culpa “in agendo”, 2 edição, Coimbra, Almedina, 2011
- DIDIER, Fredie E ZANETTI, Hermes. Curso de Direito Processual Civil, vol 4, Processo coletivo, 5ª ed, Salvador, Ed Podium, 2010
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo, 11 edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2003
- _____. Vocabulário do Processo Civil, São Paulo, Malheiros Editores, 2009
- _____. Processo Civil Empresarial, São Paulo, Malheiros Editores, 2010
- _____. Instituições de Direito Processual Civil, Volume I, 6 edição revista e atualizada, São Paulo, Malheiros Editores, 2009
- _____. Instituições de Direito Processual Civil, Volume II, 6 edição revista e atualizada, São Paulo, Malheiros Editores, 2009
- ESPÍNOLA, Eduardo e FILHO, Eduardo Espínola. A lei de introdução ao Código Civil Brasileiro. Vol 1º, 3ª Edição, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.
- FILHO, Calixto Salomão. Direito Concorrencial – as estruturas, 3 edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2007
- _____. Direito Concorrencial – as condutas, 1 edição, 2 tiragem, São Paulo, Malheiros Editores, 2007
- FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste, 7 edição revista e atualizada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014
- FRAZÃO, Ana. Função Social da Empresa, Repercussões sobre a Responsabilidade Civil de controladores e administradores de S.As. São Paulo, Ed Renovar, 2011
- FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Responsabilidade por danos - Imputação e Nexo de Causalidade, Curitiba, Juruá Editora, 2014
- GONÇALVES, Priscila Brolio. A obrigatoriedade de contratar no direito antitruste. São Paulo, Editora Singular, 2010
- GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Lucros Cessantes – Do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011
- GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988, 16 edição, revista e atualizada, São Paulo, Malheiros Editores, 2014

-
- MARINONI, Luiz Guilherme. Manual do Processo de Conhecimento, São Paulo, 5ª ed., Ed Revista dos Tribunais, 2006
- MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil., in GILBERTO, André Marques, CAMPILONGO, Celso Fernandes e Vilela, Juliana Girardelli (organizadores). Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro – Teoria e Prática dos Atos de Concentração. São Paulo, Editora Singular, 2011
- MELO, Nehemias Domingos de. Responsabilidade civil por abuso de direito. In Portal Boletim Jurídico. Disponível em <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>. Acesso em 22/09/2014, às 9:42 hs.
- MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Tomo XVI, 4 edição, 2 tiragem, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1983 A
- _____. Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Tomo XVII, 4 edição, 2 tiragem, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1983 B
- MODENESI, Pedro. A relação entre o abuso do direito e a boa-fé objetiva. In Revista Direito fundamentais e democracia, Vol. 7, n. 7, (jan/jun 2010), p. 324-351
- NUNES, José Avelãs, MARQUES, João Paulo F. Remédio, ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. A inconstitucionalidade das patentes “pipeline” brasileiras. (Artigos 230 e 231 do Código de Propriedade Industrial de 1996), in Revista Eletrônica do IBPI (Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual) – Patentes Pipeline – Edição Especial, Novembro de 2009. Disponível em www.ibpibrasil.org Acesso em 07/10/2014 , às 16:28 hs
- PEREIRA, Ana Cristina Paulo. A Proteção Patentária Interna e Internacional: Implicações do Acordo TRIPS/OMC na Ordem Jurídica Brasileira, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2009
- PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008
- PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.
- PINHÃO, Karina Almeida Guimarães. O uso disfuncional e anticoncorrencial do direito de ação, Revista Emarf, vol. 20
- SALGADO, L.H., BARBOSA, D.B., ZUCOLOTO G. Vexatious Litigation. Study on The Anti-Competitive Enforcement of Intellectual Property Rights: *Sham litigation* , GENEVA, 2011, World Intellectual Property Organization, disponível em <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/concorrenca/oxford.pdf> em 03/02/2015 às 13:00 hs
- SALGADO, Lucia Helena e Moraes, Rafael Pinho de, A new Test for Anticompetitive Litigation, disponível em http://works.bepress.com/lucia_salgado/22
- SALGADO, L.H., BARBOSA, D.B., ZUCOLOTO G. Litigância Predatória no Brasil, Radar 22, IPEA, Brasília, 2012. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFS/radar/12114_radar22.pdf
- SILVA, Paula Costa E. A litigância de má-fé. Lisboa, Editora Coimbra, 2008
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República, Vol I, 1ª Edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2004

UBER: INOVAÇÃO TECNOLÓGICA E DESAFIOS REGULATÓRIOS

Rachel Lopes Telésforo¹

Resumo: Este artigo trata dos desafios trazidos aos agentes reguladores com o surgimento das inovações tecnológicas, em especial no que tange ao sistema de caronas compartilhadas – Uber. Faz uma incursão na forma como o regulador reagiu a esta mudança paradigmática e como manifestou uma tendência à captura, posto que reagiu de forma imediatamente proibitiva, em contramão à aclamação popular em benefício do aplicativo e contrário à verificação de que a inovação disruptiva trouxe mecanismos de redução de falhas de mercado existentes há décadas, existentes no sistema tradicional.

Palavras-chave: Inovação disruptiva, tecnologia, Uber, captura regulatória.

I. INTRODUÇÃO

“- Quebra, taca fogo”! Gritavam taxistas manifestantes em concentração no Aeroporto Santos Dumont, Centro do Rio de Janeiro, contra carros da Uber que circulam pela cidade. A carreata de taxistas protestava contra decisão da Justiça que suspendeu a lei sobre o impedimento da circulação deste aplicativo no Rio.

O protesto vigoroso de taxistas não é novo, tendo ocorrido em praticamente todos os países em que o programa se instalou, como consequência da entrada do Uber no mercado, sempre sem autorização específica e desafiando a legislação corrente. Mas por qual motivo um programa de celular aparentemente inofensivo pode gerar tamanho descontentamento de uma classe de trabalhadores?

¹ Mestranda em Direito da Regulação na Fundação Getúlio Vargas FGV-RJ e advogada

Até o momento, o aplicativo opera em 67 países, enfrentando batalhas legais e funcionando sem regulação oficial na maioria destes. A novidade tecnológica chama a atenção dos entes reguladores, que tentam a todo custo criar mecanismos para conter os avessos ao aplicativo, bem como torna-lo seguro aos consumidores.

Nos Estados Unidos, as mais de cinquenta jurisdições do país possuem regulamentação para o serviço conhecido como “carona paga”, sendo que as normas variam de região em região. Em diversos casos, foi desenvolvida uma nova classe de serviços denominada “*transportation network companies*”, categoria que acomoda o aplicativo Uber. No México, após grande manifestação contrária ao aplicativo e sua falta de regulamentação, a cidade foi a primeira da América Latina a criar uma normatização para a Uber e empresas semelhantes. As regras sujeitam a empresa a um mínimo de US\$ 12,6 mil no valor da frota de veículos que serão utilizadas pela companhia, além da criação de um imposto destinado a fundo de melhoria no serviço de taxis. No entanto, mesmo com a regularização no país, os taxistas ainda se mostram insatisfeitos, realizando manifestações violentas na capital do país.

Assim como no México, a Uber também já foi normatizada na cidade de Calcutá, operando em sistema de transporte sob demanda, e sendo submetida à lei de Tecnologia da Informação. No restante do país, ainda não há regularização para o aplicativo. Com relação aos países europeus, ainda não existe regulação formal, estando a Uber em funcionamento mesmo sem autorização. O Tribunal de Justiça da União Europeia tem dúvidas se o serviço oferecido pelo dispositivo deve ser considerado como de transporte ou digitais, para somente então debater acerca da sua situação legal.

Alvo de manifestações ao redor do mundo, a polêmica Uber chegou para ficar. Trata-se de um aplicativo de tecnologia para dispositivos móveis, que interliga usuários com motoristas, por meio de um sistema de geolocalização e oferece um serviço de carona remunerada. Os motoristas da Uber não cobram após o final do transporte, pois recebem diretamente da empresa pagamento pelo serviço prestado. Além disso, o aplicativo não estaria sujeito à pesada carga tributária e regulações impostas aos demais integrantes do mercado. Em consequência desses fatos, muitos taxistas alegam ser o aplicativo responsável por concorrência desleal.

Pretende-se, portanto, analisar a reação dos reguladores ao fenômeno Uber, ante uma tentativa de lidar com uma economia de compartilhamento ainda nova e sem parâmetros anteriores de comparação: um verdadeiro desafio ao sistema regulatório tradicional.

Para avaliar a tomada de decisão do regulador, é preciso estudar a teoria da escolha pública, um sistema de decisões, medidas regulamentares e leis instauradas pelo governo ou seus representantes, com a finalidade de verificar se o regulador segue uma tendência com relação à intervenção, diante da entrada do novo aplicativo.

A teoria da escolha pública tem o condão de auxiliar o entendimento acerca da postura do regulador, pois atualmente é possível encontrar uma tendência de atuação interventora, ao redor do mundo.

Desta forma, é possível avaliar se o mecanismo regulatório se alterou com o tempo, para acompanhar o avanço tecnológico, bem como se este novo player no mercado, a Uber, poderia auxiliar na eliminação das falhas que vinham ocorrendo até a sua chegada.

II. O MERCADO DE TAXIS E A *PUBLIC POLICY THEORY*

O mercado taxista sempre sofreu com excesso de regulação, a intervenção no setor de táxis tradicional ocorre por meio de três formas principais: (i) regulação de quantidade, (ii) regulação de qualidade e (iii) regulação de conduta de mercado (SALANOVA, 2011, p. 150-161).

Na regulação de quantidade, o foco é a fixação de preços ou controle tarifário (conforme o serviço prestado), bem como a limitação à entrada de competidores no mercado – o que ocorre por meio da fixação de licenças para operação. A regulação de qualidade avalia o padrão de uso do veículo, bem como critérios que são exigidos dos motoristas (por exemplo: carros novos, cursos de direção específicos aos motoristas, dentre outros). Finalmente, a regulação por conduta de mercado abrange a maneira de abordagem de potenciais clientes e também a forma de filiação a rádio-táxis.

A regulação econômica geralmente se relaciona com as regras impostas pelo governo, e tem a ver com decisões de preço, quantidade e entrada/

saída. Assim, principalmente sobre estes três pilares atua a regulação econômica, que deve se mostrar sempre apta à dinâmica do setor em que efetivamente regula.

No entanto, essa aptidão dinâmica nem sempre é vista. Até então, a baixa concorrência tornou o setor monopolizado e alvo da ação de lobby. As reclamações e queixas junto aos órgãos de defesa consumeristas são consequências diretas de um sistema falho e repleto de negativas no setor.

Para entender a postura do regulador com relação ao aplicativo é preciso analisar a teoria conhecida como *Public Choice* ou, em sua tradução, “Teoria da Escolha Pública”, para verificar como os Órgãos chegam a um consenso com relação às quais medidas devem ser adotadas, criando critérios que nortearão o mercado.

Os economistas desenvolveram teorias para analisar como a tomada de decisões pode ser feita, incluindo custos de oportunidade, teoria dos jogos, estudo de benefícios, dentre outros. Para os economistas, as pessoas buscam alcançar metas racionais – mesmo que adotem em alguns momentos comportamentos ditos humanos – e são movidas por interesses próprios.

Nesse sentido, a Teoria da Escolha Pública atua de forma a aplicar os conceitos da economia – em especial a que envolve análise de mercado – à política e serviços públicos. Portanto, os tomadores de decisões também estariam inseridos em um contexto de captura, ou seja, de ação segundo seus próprios interesses.

A Escolha Pública envolve uma série de critérios e desafios ao regulador. São levadas em conta constituições, legislações vigentes, partidos políticos e grupos de interesses – muitas vezes, lobbies, regimes burocráticos, dentre outros mecanismos de interferência. Portanto, uma tomada de decisão nunca é livre de conexão com outros fatores de influência.

Decisões públicas são racionais e econômicas, já que envolvem uma análise entre os custos empregados e os benefícios que serão obtidos. Essas decisões não implicam apenas gastos financeiros, mas contam com a presença de outros fatores – risco de perda *versus* benefícios dos ganhos.

Segundo Anthony Downs, a atuação política envolve não apenas uma tomada de decisão racional, mas meios de conseguir melhores condições

financeiras, prestígio e poder derivados de suas ações em cargos públicos. Dessa maneira, apesar de em algumas situações o interesse público ser considerado o objetivo final das políticas, a verdade é que esse seria apenas um meio de conseguir realizar suas intenções finais, como ganhar as eleições, por exemplo, e nunca um fim em si mesmo (DOWNS, 1957, p.28 e 29).

É válido mencionar que os próprios eleitores também escolhem seus governantes não apenas com base em identidades ideológicas, mas de acordo com seus próprios interesses, ou seja, em função de utilidades que terão no futuro, tais como benefícios em assistências, bolsas de governo, serviços educacionais, dentre outros.

Sendo assim, de acordo com a Teoria da Escolha Pública, os eleitores, apesar de seres racionais, seriam ignorantes quanto aos assuntos relativos ao governo. Enquanto no mercado de bens e serviços, a informação corre de maneira fluida e os participantes tomam atitudes de acordo com o que podem compreender ou conforme o que lhes é mais útil, no “mercado político” os eleitores tomam parte de assuntos que não lhes é diretamente relacionado. Ou seja, são chamados a decidir sobre temas que não lhes dizem respeito, no que pode ser definido como área de proprietários (mercado) *versus* área de não proprietários (política).

Portanto, tanto votar como legislar são situações onde os sujeitos políticos perseguem seus próprios interesses, não existindo um objetivo coletivo de bem-estar público como alvo primário a ser alcançado.

Dessa maneira, os políticos visam atingir seus ideais, sendo o primeiro deles a própria vitória nas eleições. Para atingir esse fim, se sujeitam a favores e investimentos, sendo, após eleitos, vinculados ao apoio de projetos legislativos.

Portanto, o desafio das instituições reguladoras é equilibrar os interesses dos agentes envolvidos, e por isso, as entidades precisam ter autonomia para agir em prol do interesse comum com garantias constitucionais e legais. Quando essa situação autônoma não é alcançada, ocorre o perigo da captura – ou seja, a predominância de interesses específicos em detrimento do bem comum.

A Teoria da Captura Regulatória entende que em alguns casos o regulador age mais de acordo com interesses de setores influentes do que

em prol do interesse público. Quando a regulação ocorre por demanda da própria indústria que está sendo regulada, como no setor de táxis, por exemplo, essa situação resta ainda mais evidente.

Como o setor de táxis é extremamente suscetível à chamada captura, pode conduzir o mercado a tarifas maiores do que as necessárias. O fenômeno da captura regulatória quando somada com a inapetência dos agentes reguladores pode ser danoso à sociedade e ao mercado, levando, inclusive à concentração de mercados e oligopólios.

É nítido que a captura se torna presente no processo regulatório do setor de táxis em grandes proporções, pois diversos grupos de interesse exercem influência na escolha dos mecanismos a serem adotados pela regulação, conforme ensinam John Blundell e Colin Robinson:

“Um outro motivo pelo qual a regulação é criada e pelo qual tende a crescer é que os mais diversos grupos de interesse podem se beneficiar consideravelmente dessa mesma regulação. O processo de lobby, através do qual os grupos de pressão se esforçam para mudar as políticas do governo a seu favor, explica o fato comumente observado de que frequentemente as políticas do governo parecem ser mais dominadas pelos interesses de produtores e outros grupos organizados do que pelo ‘interesse público’. O motivo subjacente pelo qual os grupos organizados são tão influentes na regulação (e outros setores de formadores de políticas) é de que o benefício potencial da regulação se concentra nos seus membros, enquanto os custos da regulação são diluídos em um grande número de consumidores ou até mesmo na totalidade da população. (...) os consumidores terão que arcar apenas com pequenos custos se a regulação for implementada. Consequentemente, têm pouco incentivo para investir em tempo e em outros custos em que incorreriam caso fizessem oposição à regulação. Muitos consumidores podem não perceber que existem custos envolvidos. Assim, apesar de existirem milhões de ‘vítimas invisíveis’ de uma regulação e de o total dos custos estar muito acima dos benefícios obtidos pelo grupo organizado, na prática as vítimas podem fazer uma oposição fraca ou até mesmo nenhuma oposição à regulação.” (BLUNDELL, ROBINSON, 2000, p. 24 e 25).

Um exemplo no qual a regulação ocorre pela própria indústria que está sendo regulada, é a pressão de grupos de interesse pelo funcionamento

do serviço de táxis apenas sob regime de licenças – e a concessão de número limitado destas pelo poder público.

No Distrito Federal, por exemplo, foram concedidas apenas 3.400 permissões para atuação no mercado de taxi, em 2011, mesmo número desde o ano de 1979, conforme Nota Técnica da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Sistema Brasileiro de Defesa Econômica, nota técnica n. 06029/2011. A estatística acerca das licenças de táxis no Brasil reflete a premissa de um setor alvo de imensa regulação pelo Estado:



Fonte: Estatística da Associação das Empresas de Taxi do Município de São Paulo – ADETAX. Dados atualizados até 08/10/2015.

A cidade de São Paulo, por exemplo, conta com 33.974 táxis, conforme dado estatístico da Associação de Empresas de Táxis do Município de São Paulo, sendo 30.483 táxis de pessoas físicas, nos quais os proprietários são representados pelo Sindicato de Taxistas e 3.491 pessoas jurídicas – divididos entre 58 empresas de frotas de táxi.

A experiência brasileira demonstrou que a imposição de entrada gerou falhas de governo no setor de táxis. O número bastante limitado de licenças no mercado fez dessas permissões um artigo valioso, na mão de poucos grupos de poder.

Como não há métodos para a emissão das licenças para taxistas circularem, nem previsão de quando o governo irá permitir que novos players entrem no mercado, criou-se uma situação de vantagem do permissionário frente aos que desejam prestar o serviço de taxis, mas não conseguem obter as permissões correspondentes.

O número de licenças, por meio da regulação, representa uma forma direta de barreira no mercado de transporte individual de passageiros – a forma indireta pode derivar de controle de qualidade, segurança, dentre outros.

É importante dizer que existem justificativas válidas para a regulação, como a assimetria de informações entre o prestador de serviço e o consumidor. Em um mercado com muitos players, é ineficiente e possui alto custo de transação, que cada usuário verifique a capacidade técnica de cada motorista. Portanto, a intervenção do Estado reduziria essa despesa, fixando critérios básicos para manutenção da segurança, higiene, preços, dentre outros. Assim, estaria garantida uma qualidade no serviço prestado.

Ora, é nítido que o Estado se encontra bem distante de alcançar esta finalidade. O que se verifica é que a regulação, tal como ocorre, nunca foi capaz de proteger o usuário de atendimentos precários e de baixa qualidade, de práticas abusivas e de condutores despreparados.

A escolha regulatória também gerou externalidades negativas, como o aumento no comércio ilícito de venda de licenças de taxis nas grandes capitais do Brasil – sem fiscalização e sem previsão de novas autorizações para taxistas, o mercado negro se tornou cada vez mais aquecido.

A venda de licenças ilegalmente geralmente é feita através de documentação de doação fictícia: *“a prefeitura aceita a prática, tanto que tem os registros do número de vezes em que houve transferência de autonomia entre motoristas, como se ignorasse que as transações envolvem pagamento pela documentação. De acordo com a Secretaria de Transportes, desde janeiro deste ano foram registradas 1.806 transferências, sendo que apenas 146 acontecem por motivo de hereditariedade, como prevê a lei 5.492/12”*.

É inegável que a frequência com que novas licenças para táxis são emitidas está estritamente ligada ao alto valor que elas atingem no mercado ilegal. Em notícia sobre a venda de alvarás na cidade de São Paulo, por exemplo, se reconhece: *“há a inflação no preço dos alvarás, pois a prefeitura não emite novas licenças desde 1996”*. Ou seja, o número baixo de licenças (a regulação de entrada) favorece o aumento do valor delas no chamado “mercado paralelo”.

O fenômeno não é exclusividade brasileira. Na cidade de Nova York, nos Estados Unidos, as licenças já foram vendidas por mais de um milhão de dólares. Em lugares que regulam a entrada de táxis de forma semelhante, o fenômeno conhecido como *Black Market of Medallions* é amplamente difundido.

A baixa quantidade de veículos de táxi circulando para atender a população, o excesso de regulação do setor de transporte de passageiro e a precária fiscalização criam espaço para a captura regulatória, já que a intenção do Poder Público em regular a entrada de taxis fica restrita à indústria atingida por esse sistema e não ao bem-estar da sociedade (OGUS, 2004, p. 56).

A regulação à entrada prejudica de maneira desmedida os consumidores. É importante ter em mente que a entrada de novos players no mercado de táxis aumenta imediatamente a concorrência. Em um cenário assim, os taxistas seriam impulsionados a oferecer melhores condições de serviço. Um exemplo de como os taxistas não recebem incentivos para essa melhoria é a ausência de obrigatoriedade regulatória para a aceitação de cartões de crédito como forma de pagamento pelo serviço prestado.

Nesse ponto, é válido fazer um breve parêntese para mencionar que após a expansão da Uber no Brasil, alguns estados se viram forçados a legislar no sentido de inserir o cartão de crédito e débito como meio de pagamento do serviço de taxi, e como forma de evitar a perda de passageiros, algo impensado até então.

No estado de São Paulo foi publicada uma determinação pelo Departamento de Transportes Públicos (DPT) da Prefeitura, no Diário Oficial do Município. A medida determina que além da aceitação de cartão de crédito e débito nos taxis, eles também tenham carregador de celulares e tablets. O artigo 1º da portaria, sobre os cartões diz que "*é obrigatório ao taxista disponibilizar meios de pagamento eletrônicos ao passageiro, como mais uma opção de pagamento do valor do serviço prestado de transporte individual remunerado de passageiros, em veículos de aluguel, providos de taxímetro*".

Outro momento onde é possível notar a captura regulatória é na regulação de preços – verificada quando a autoridade regulatória impõe preços mínimos e máximos a serem seguidos pelos taxistas. A regulação do preço é direcionada ao taxímetro e seu funcionamento, que envolve a cobrança de um valor fixo no ponto de partida (bandeirada) e valores que variam conforme o trajeto.

Essa regulação pode ser verificada no Decreto nº 35.676/2014 do Distrito Federal, com a estipulação de valores para as tarifas dos taxis: (a) valor da bandeirada (art. 1º, I); (b) valor por quilômetro rodado (art. 1º, II e III); e (c) valor por tempo parado (art. 1º, IV).

Alguns argumentos de ordem pública podem ser levantados em prol da regulação de preços. Por exemplo, a competição por preços pode ser inviável em pontos de taxi, em que o sistema de concorrência impediria a dinâmica de formação das fileiras de taxistas nesses pontos.

No entanto, essa posição gera determinadas falhas de mercado nocivas aos consumidores, em muitos casos. Destaca-se aqui preços acima do considerado razoável, redução na quantidade de ofertas disponíveis à população (que não pode barganhar por serviços com maior qualidade e preços menores) e, principalmente, manutenção de prestadores de serviço considerados inaptos no mercado.

Essas falhas de mercado geradas pela regulação estão no cenário atual: em nosso país, a regulação dos serviços de transporte individual de passageiros já vem sendo duramente questionada há algum tempo, em especial pelas autoridades de defesa da concorrência (SEAE, nota técnica n. 06029, 2011).

Infelizmente, não é novidade que medidas tomadas pelas agências reguladoras não alcançam o fim a que se propõem, em grande maioria dos casos, sendo alvo de capturas e não logrando a finalidade pública pretendida.

Restou claro, portanto, que o setor de táxis possui excesso de regulação, sendo alvo de capturas regulatórias. Diante desse cenário, com a entrada de um novo player no mercado, como é o caso do aplicativo de caronas remuneradas Uber, como vem reagindo os reguladores? Essa análise é importante para entender se a chegada de novas tecnologias pode eliminar – ou ao menos reduzir – as falhas regulatórias, que se arrastam durante gerações.

II. REAÇÃO DOS REGULADORES À ENTRADA DA UBER

Inegavelmente, os sistemas tecnológicos que usufruem da economia compartilhada como a Uber trouxeram uma mudança estrutural profunda no setor de taxis, não apenas no Brasil, como no mundo.

Diante de acusações de concorrência desleal e manifestações inúmeras por parte do setor tradicional de taxis, os reguladores precisaram reagir rapidamente, com base nas ferramentas disponíveis.

Importante ressaltar que ao redor do mundo, os agentes responsáveis pela regulação seguiram um padrão relativamente similar, adotando as seguintes posturas, a seguir retratadas: (i) proibição imediata do serviço; (ii) aplicação de regulamentação equivalente à do serviço de taxis com preço e entrada regulados e (iii) anúncio de uma regulação diferenciada.

Imediatamente, como medida contentiva do fenômeno Uber, a primeira ação do regulador se dirige a proibir o serviço do dispositivo. Esse movimento ocorreu em diversos países ao redor do mundo, como Portugal, Alemanha, Índia, Brasil e diversos outros.

No estado de São Paulo, recentemente, por 49 votos contra 1, os vereadores aprovaram a lei 349/2014, que proíbe o transporte remunerado de pessoas por meio de carros particulares cadastrados em aplicativos, o que afetaria os serviços oferecidos pela Uber. A lei foi sancionada pelo prefeito Fernando Haddad. Posteriormente, foi aprovada uma legislação equivalente à do serviço tradicional, denominado “táxis pretos”, para a Uber, obrigando os motoristas do aplicativo a seguirem o regime de licenças, dentre outros.

Em Porto Alegre, vereadores também aprovaram projeto que proíbe a utilização do aplicativo no estado. No entanto, a proposta contém a ressalva de que o dispositivo de “caronas pagas” fica impedido de operar até que seja regularizado.

Antes da votação, no momento dos debates que antecederam a proposta, houve discursos inflamados de taxis, gritarias e tumultos. A cada discurso que seria favorável a Uber, os taxistas lançavam gritos e vaias contra a decisão.

Em um movimento que se repete ao redor do mundo, a maioria dos parlamentares entendeu que o serviço desrespeita as leis e, portanto, deveria ser proibido. Em Porto Alegre, para justificar a proibição, houve amparo na norma municipal, que somente permite o transporte individual de passageiros com permissão pública.

Importante lembrar que em Porto Alegre, a prefeitura já considera o aplicativo como mecanismo de transporte clandestino, tendo, inclusive, intensificado a fiscalização.

A proibição não ocorre somente nos estados brasileiros. Ao redor do mundo, a primeira reação tem sido pela proibição imediata do serviço. Os executivos da empresa Uber, inclusive, têm sofrido represálias das autoridades em diversos países.

As manifestações, assim como as intervenções regulatórias contra a Uber tomam por base o fato do serviço ser uma espécie de “táxi disfarçado”, oferecendo serviços semelhantes, sem o peso de tributos e demais elementos que dificultam a operação dos demais.

A Uber se tornou alvo não apenas de proibição imediata, mas de investigação criminal na Holanda e Índia. Na Itália, por exemplo, o aplicativo foi proibido com base em lei de 1992, que impõe limitações nos serviços de transporte individual, inclusive taxis e limusines, o que restringe a quantidade de licenças disponíveis nas cidades – como ocorre em cenário nacional.

Na China, mais precisamente na região de Chengdu, as autoridades proibiram não somente a Uber, mas todos os aplicativos de transporte que eram oferecidos por meio de aplicativos. O mesmo ocorreu na província canadense de Quebec, que considera a Uber ilegal. Em Sydney o serviço também foi proibido, sob a alegação de ilegalidade.

Esse primeiro movimento de proibição imediata, logo é substituído por uma tentativa de regulação improvisada, com os mecanismos disponíveis e comparáveis com o sistema tradicional. Ou seja, ocorre uma movimentação de regulação “a la taxi”.

No Brasil, além de São Paulo, Belo Horizonte também possui projeto de lei que regulamentaria o serviço do Uber “a la táxi”, condicionando a operação do aplicativo ao cadastro da pessoa jurídica junto à autarquia mineira, com disputa de licitação. O Uber fica obrigado ao cadastro e disponibilização exclusiva de motoristas e veículos licenciados pelo município, além de fornecer a base de dados operacionais gerada pelo dispositivo.

O movimento não é exclusividade do Brasil, ocorrendo em diversos países do mundo e seguindo uma espécie de padrão regulatório.

No Kansas, legisladores estaduais aprovaram uma lei que dificultava a operacionalização do serviço – forçava a empresa a investigar os antecedentes criminais de todos os motoristas, bem como adquirir seguros pagos. Em Bruxelas, houve o anúncio de que seria legalizado o aplicativo, mas sob forte regulação.

Por fim, o terceiro movimento, quando os anteriores se mostram ineficientes, vai ao encontro do anúncio de uma regulamentação inteiramente diferenciada, criando novos rumos e normas para um sistema que possui peculiaridades.

Na União Europeia está em andamento a Estratégia do Mercado Único Digital, que tem como ideal unificar e regulamentar os serviços eletrônicos dos países membros e remodelar plataformas de dispositivos da economia compartilhada, como Uber e AirBnB. A intenção é tornar o resultado das buscas mais claro, unificar a forma de utilização das informações dos passageiros e motoristas, gerar segurança ao consumidor, organizar a política de preços e promoções.

Importante fazer uma breve observação de que o poder judiciário parece menos capturado que o poder legislativo. No Brasil, seguindo as referências mundiais, diversas decisões judiciais são no sentido de liberar o aplicativo no mercado de caronas pagas. Desta forma, em boa parte das regiões, a Uber continua em operação por pressão do judiciário, que segue a tendência de atuar contendo os efeitos normativos.

Trata-se do fenômeno conhecido como ativismo judicial, com origem no constitucionalismo americano. A princípio, as decisões políticas deveriam ser tomadas pelos eleitos pelo povo. No entanto, em alguns casos, haja vista a complexidade dos direitos sociais, da erupção tecnológica e de uma sociedade permeada por uma pluralidade, o judiciário atua, ainda que de forma comedida, de forma proativa.

Como exemplo, no Rio de Janeiro, a 1ª Vara de Fazenda Pública Nacional, deferiu com antecipação de tutela mandado de segurança preventivo impetrado por motorista do aplicativo Uber, que se viu restrito em seus direitos de circulação, por entender que a evolução da tecnologia tem beneficiado consumidores e cidadãos:

“(...) A par do fato de que a regulação estatal nunca livrou o consumidor de deparar-se com condutores que desrespeitam as leis de trânsito ou pouco cordiais, com veículos em péssimo estado de

conservação, e com as práticas chamadas “corridas de tiro”, certo é que a evolução de tecnologia tem beneficiado e protegido os usuários do serviço de forma muito mais intensa que os poderes públicos foram capazes ao longo do tempo. Aplicativos como o Uber permitem que os usuários controlem diretamente a qualidade dos serviços, por meio de avaliações ao final de casa corrida”.

(Processo no. 0346273-34.2015.8.19.0001. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 1ª Vara de Fazenda Pública do Rio de Janeiro. Juiz Bruno Vinicius da Rós Bodarta).

A reação da camada judiciária tem sido frequente no sentido de manutenção das operações do aplicativo - o que parece contrário ao movimento dos agentes regulatórios - por reconhecer que o dispositivo pode operar para resolver as falhas de mercado criadas e vigentes até então.

Nesse sentido, poderia a tecnologia ser responsável por resolver essas falhas de mercado e do governo?

III. A UBER E A REDUÇÃO NAS FALHAS DE GOVERNO

A forma de regulação se alterou com o passar do tempo, conforme o avanço tecnológico. A grande questão a ser investigada é se o sistema pós-tecnológico poderia alcançar uma eliminação nas falhas de mercado, que normalmente servem para embasar a regulamentação do setor.

A diminuição nos custos de transação que decorrem das operações e serviços de transportes individuais serve como ferramenta para tornar o mercado cada vez mais eficiente. E um mercado mais eficiente é cada vez menos avido por um sistema regulatório que lhe regre.

No sistema pós-tecnológico, a assimetria de informação deixou de ser um fator motivador para a regulação. Ou seja, com os aplicativos no mercado de transporte individual, novos meios de controle surgiram: agora é possível dar notas aos motoristas, avaliar sua condução, observar o deslocamento do veículo até o local de busca do passageiro, dentre outras benesses.

Em um mercado repleto de inúmeros prestadores de serviço, custa caro - além de ser inteiramente ineficiente - que cada consumidor se certifique

da situação de cada motorista a que tem acesso. Em decisão proferida pela Justiça do Rio de Janeiro, restou claro a relação entre a diminuição dos custos de transação e a entrada dos aplicativos no mercado, senão vejamos:

“(...) A intervenção do Estado serviria para reduzir os custos de transação típicos do setor através, por exemplo, da fixação de padrões mínimos de segurança, higiene e conforto, além de critérios objetivos para a formação de preços. Garantir-se-ia, com isso, a qualidade do serviço prestado pelos fornecedores ao impedir a circulação de motoristas despreparados e carros precários, bem como ao reduzir os custos de barganha na definição de preços de cada corrida.

(...). Aplicativos como a Uber permitem que os usuários controlem diretamente a qualidade dos serviços, por meio de avaliações ao final de cada corrida. O motorista que preste serviços cuja qualidade, higiene e conforto sejam pouco conceituadas entre os usuários é descredenciado”.

(Processo no. 0406585-73.2015.8.19.0001. Mandado de Segurança Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 6ª Vara de Fazenda Pública. Juíza Mônica Ribeiro Teixeira. 08/10/2015).

O custo para procura de veículos é reduzido com as novas tecnologias. Antigamente era necessário telefonar para uma central operadora de taxis, aguardar na linha pelo retorno do atendente e agendar um taxi. Nos dias atuais, basta abrir o aplicativo e solicitar um carro por meio da plataforma online. O sistema ainda permite que o pagamento seja feito por cartão de crédito e informa o valor da corrida previamente. Além disso, é possível acompanhar o trajeto do motorista da Uber, o que atende com precisão a demanda dos chamados *time-sensitive users*.

O custo de procura também é reduzido pelo aplicativo, já que este fornece detalhes com o modelo do veículo, foto do motorista, número da placa, o que torna mais fácil o reconhecimento das partes no momento do embarque (EDELMAN, GERADIN, p. 3).

Válido ainda ressaltar que no que tange ao quesito preço, o usuário do aplicativo é informado previamente que o preço dinâmico está ativo, podendo solicitar uma notificação quanto ao retorno à tarifa comum. Dessa forma, a tecnologia se torna uma parceira no sistema de transparência de preços. O

usuário passa a ter mais consciência e poder acerca da decisão de contratar ou não o serviço. Além disso, o fato de já saber previamente o valor que será cobrado, confere ao consumidor mais capacidade de escolha no contrato.

Outra falha de mercado que promete ser resolvida com a utilização dos novos serviços tecnológicos, diz respeito ao motorista de tempo parcial, como resposta à crise. A solução para esse tipo de motorista seria a migração para picos de demanda, ou seja, o condutor é deslocado para áreas com demanda elevada, que requeira o serviço, garantindo maior acesso de carros em momentos de pico.

O fim do monopólio situacional também ocorre com a entrada da tecnologia no mercado de transportes individuais. Como o consumidor não tem muita capacidade de escolha nas ruas ou nos pontos de taxi, isso pode levar a um comportamento oportunista.

A relação se torna discrepante entre uma parte e outra, pois o taxista passa a ter a vantagem da inconveniência/dificuldade de se ter acesso a outro carro para, inclusive, cobrar mais caro.

Esse problema é imediatamente solucionado pelo aplicativo de caronas compartilhadas, já que o consumidor fica imediatamente informado do valor que será cobrado, bem como de diversos outros dados que lhe permita ter mais poderio acerca do serviço, acabando com a barganha predatória.

A tecnologia também permite que problemas como a recusa de corridas para locais próximos ou que envolvam uma localidade indesejada. A escolha do usuário é inteiramente feita com base na preferência e não mais, com base na necessidade.

Além disso, com relação às externalidades, é válido lembrar que o sistema de caronas remuneradas também auxilia na substituição da propriedade de veículos pelo uso, pois os que não estão satisfeitos com o serviço de taxis tradicional pode se utilizar os próprios carros – o que diminuiria efeitos como congestionamento e poluição.

Por fim, com a eliminação da regulação de preço, é reduzida a chance de captura regulatória, pois as negociações de preço pelos reguladores perdem forças. Não haverá espaço, para que o regulador adote determinadas tarifas

que beneficiem determinado grupo econômico – que tenha interesses diretos ou indiretos na adoção das medidas.

Dessa forma, os preços e tarifas passam a ser definidos com base na livre concorrência e não com base em interesses de grupos específicos, o que torna vantajoso e competitivo o sistema de transportes individuais – as empresas passam a ser incentivadas a competir por clientes não apenas em qualidade, mas também em preço.

IV. CONCLUSÃO

A tecnologia é agente intenso e eficaz na eliminação de falhas de mercado, ao assegurar uma prestação de serviço de qualidade. Com isso, torna-se cada vez menos necessária a atuação dos agentes reguladores e reduz o papel fiscalizatório do poder público no serviço de caronas compartilhadas.

Caso o ente regulador esteja apto a reagir de forma positiva à era pós-tecnológica, poderá alocar os recursos públicos e reduzir os custos de transação nas operações.

Guiado pelas novas tecnologias, onde antigamente existiam falhas, hoje encontramos transparência, facilidade de acesso e modernidade. Nesse novo contexto, a regulação como tradicionalmente realizada perde a razão de existir, posto que os problemas regulatórios já não são mais os mesmos e a própria tecnologia se incumbem de resolvê-los.

Se antigamente pudesse fazer sentido regular preços e quantidade de players no mercado, atualmente essas práticas carecem de legitimidade – apesar de ainda estar presente em diversas regiões do globo. Atualmente, o olhar do regulador deve recair sobre novas questões como, por exemplo, falta de privacidade ou segurança dos próprios agentes de transporte.

Sendo assim, é importante que a sociedade, bem como os órgãos de defesa da concorrência, atue no sentido de trazer à tona uma discussão sadia acerca dos benefícios que podem ser oferecidos por essa “nova regulação” do setor. Afinal, quando não existe um motivo que justifique o ato regulatório é preferível que prepondere a livre concorrência.

Portanto, no lugar da tentativa de proibição e contenção do avanço tecnológico, por meio de regulação automática, deve vigorar a busca por soluções interventoras que se adequem ao novo sistema, que possui características mais modernas e dinâmicas.

Abstract: This paper deals with the challenges posed to regulators with the emergence of technological innovations, especially in regard to shared rides system - Uber. Makes an incursion in the way the regulator reacted to this paradigmatic change and how manifested a tendency to capture, since it reacted immediately prohibitively in the opposite direction to popular acclaim in the application benefit and contrary to the verification that the disruptive innovation brought mechanisms to reduction of market failures, existing for decades, in the traditional system.

Key-words: Disruptive innovation, technology, Uber, regulatory capture.

BIBLIOGRAFIA:

ADETX – Associação das Empresas de Táxi do Município de São Paulo. Dados atualizados até 08/10/2015. Disponível em: <http://www.adetax.com.br/index.php/informacoes-e-servicos/estatisticas/>. Acesso em 20/05/2016.

BBC Brasil. Uber: conheça as polêmicas globais e onde já foi regulamentado. 12/08/2015. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/08/150812_uber_regulamentacao_pai_ac.

BLUNDELL, John; ROBINSON, Colin. Regulação sem o Estado. Trad. Vera Nogueira. Rio de Janeiro: IL, 2000. p. 24-25. In Decisão proferida em 14 de agosto de 2015. Processo no. 0346273-34.2015.8.19.0001. 1ª Vara da Fazenda Pública do Rio de Janeiro. Juiz Bruno Vinicius da Rós Bodart. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/decisao-uber.pdf>.

BRISO, Caio Barreto. Lojas do Rio cobram até R\$170 mil para vender ilegalmente licenças para dirigir táxis. Jornal O Globo. 19/09/2015. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/rio/lojas-do-rio-cobram-ate-170-mil-para-vender-ilegalmente-licencas-para-dirigir-taxis-17516666>.

BURGARELLI, Rodrigo. Em SP, cresce o mercado ilegal e alvará de táxi custa até R\$150 mil. Estadão. 09/10/2015. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,emp-cresce-o-mercado-ilegal-e-alvara-de-taxi-custa-ate-150-mil, 521475>.

COSTA, Daiane. Vá de táxi, mas leve seus direitos na bagagem. Serviço é relação de consumo protegido por leis e regras da prefeitura. No Rio, houve 926 queixas esse ano. Jornal O Globo. 21/06/2015. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/va-de-taxi-mas-leve-seus-direitos-na-bagagem-16510037#ixzz3dndkjrww>

DOWNS, Anthony. *An Economic Theory of Democracy*. Nova York: Harper and Row. 1957. P. 28 e 29.

EDELMAN, Benjamin G; GERADIN, Damien. *Efficiencies and Regulatory Shortcuts: How Should We Regulate Companies like Airbnb and Uber?* Harvard Business School Working Paper No. 16-026, p.3

ELY, Debora. Vereadores aprovam projeto que proíbe o Uber em Porto Alegre. Disponível em: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/porto-alegre/noticia/2015/11/vereadores-aprovam-projeto-que-proibe-o-uber-em-porto-alegre-4915421.html>. 25/11/2015

MARANHÃO, Fabiana. Prefeitura de São Paulo recebeu 4 reclamações por dia contra taxistas em 2015. Uol. 21/01/2016. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2016/01/21/prefeitura-de-sp-recebeu-4-reclamacoes-por-dia-contrataxistas-em-2015.htm>.

OGUS, Anthony. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2004. P. 56.

PITOMBO, João Pedro. Táxis são principal reclamação dos turistas em Salvador. Folha de São Paulo. 05/03/2014. Disponível em: < <http://alalao.blogfolha.uol.com.br/2014/03/05/taxis-sao-principal-alvo-de-reclamacao-dos-turistas-em-salvador/>.

ROBINSON, Colin. *Regulating Utilities: New Issues, New Solutions*. 2001. Edward Elgar.

SALANOVA, M. Estrada, G. Aifadopoulou, E. Mitsakis (2011). A review of the modeling of taxi services. *Procedia - Social and Behavioral Sciences*. Vol 20, pp 150-161.

_____. Agent Based Modeling for Simulating Taxi Services. *Journal of Traffic and Logistics Engineering*. Vol. 1 No. 2, June 2013. pp. 159 – 163

_____. Taxi services modeling for decision making support. Hellenic Institute of Transport (HIT), Centre for Research and Technology Hellas (CERTH), Thessaloniki, Greece. Disponível em: http://www.ectri.org/YRS13/Documents/Papers/Session4a/YRS13-Session4a_Salanova-Grau-CERTH-HIT.pdf.

1 Million medallions stifling the dreams of cabdrivers. *New York Times*. Disponível em: http://www.nytimes.com/2013/11/15/nyregion/1-million-medallions-stifling-the-dreams-of-cabdrivers.html?_r=0.

DOS DANOS SOCIAIS

Reis Friede¹

Luciano Aragão²

Resumo: Pretende-se com o presente estudo fomentar o debate doutrinário a respeito de uma nova espécie de dano, o *dano social*, modalidade que se diferencia do que a doutrina vem tratando como dano moral coletivo. O assunto será exposto, metodologicamente, em sessões, que versarão sobre a conceituação, a natureza jurídica, a classificação e a legitimidade para requerer o *dano social* e, ainda, a quantificação, a destinação da verba condenatória, a prova e o cabimento da aplicação da teoria da responsabilidade objetiva.

Palavras-Chave: Danos sociais; Dignidade Humana; Poder Judiciário.

INTRODUÇÃO

Algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) têm reforçado a ideia da existência do *dano social*, ainda que distanciado da anterior e superada concepção de *dano moral coletivo*, conforme relatado pelo Ministro Luiz Fux no âmbito do REsp nº 598.281/MG:

Dano moral coletivo. Necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual. Incompatibilidade com a noção de transindividualidade (indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação).

(STJ, REsp nº 598.281/MG, Rel. Min. Luiz Fux)

¹ Mestre e Doutor em Direito Público pela UFRJ. Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local da UNISUAM. Desembargador Federal. Vice-Presidente do Tribunal Federal da 2ª Região.

² Mestre em Direito, Professor da Graduação e Pós Graduação em Direito e Advogado Empresarial.

As palavras do Ministro Luiz Fux fundamentam a noção de que o dano moral, em sua essência, é individual, personalíssimo e, portanto, contrário à ideia de coletividade, ao passo que o cerne do *dano social* (analisado no presente artigo) é justamente a sua natureza difusa, ou seja, relativo aquilo que atinge a coletividade.

A partir dessas noções, e com base no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988³, que estabelece a denominada cláusula geral de tutela da pessoa humana, desenvolver-se-á, no decorrer do presente estudo, a tese do cabimento dos *danos sociais* no direito brasileiro.

A Carta Magna de 1988 expressamente prevê que são objetivos da ordem social o bem-estar e a justiça social:

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Bem-estar social é o conjunto de fatores que uma sociedade ou grupo social precisa ter para viver bem e mais, sendo a qualidade de vida essencial, para que, individualmente, as pessoas possam usufruir de seus direitos e ter paz interior.

De acordo com Forton (1974, p. 38), o bem-estar deve ser visto como meta e instrumento do desenvolvimento, no qual o homem é o criador de seu próprio destino social e, como membro da sociedade, considerado não só como beneficiário do bem-estar, mas também como seu implementador. Dentro desta complexidade, pode-se inferir que o bem-estar é uma aspiração dos povos e dos indivíduos, que buscam a satisfação equitativa das necessidades em todos os setores, tais como o biológico, biofisiológico, material, intelectual, técnico, espiritual, moral, cultural e, por último, social.

Desta forma, insere-se no conceito de bem-estar social tudo aquilo que se relaciona a uma qualidade de vida digna: meio ambiente equilibrado, emprego, política habitacional eficaz, acesso amplo e irrestrito à saúde, à Justiça e educação de qualidade, tempo para o lazer com a família e para a prática de esportes, política salarial digna, etc.

³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...];
III - a dignidade da pessoa humana.

Com efeito, toda vez que houver lesão ao bem-estar coletivo (interesse difuso tutelado pela ordem jurídico-constitucional) restará configurado o *dano social*, conceituado por Gonçalves (2003, p. 529) como: “toda desvantagem que experimentamos em nossos bens jurídicos (patrimônio, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem estar, capacidade de aquisição etc)”.

De forma não exaustiva, pode-se vislumbrar a existência de *dano social* nos casos que acarretam prejuízo aos usuários do sistema de telefonia móvel e de televisão a cabo; às comunidades residentes em locais próximos às barragens que se rompem; aos consumidores expostos à publicidade desleal; aos proprietários de apartamento em prédio com graves problemas estruturais; à economia popular por formação de cartel ou truste, entre outros.

Nestes casos, de acordo com o art. 5º, § 1º, da CF/1988, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata. Embora a doutrina possa entender que o referido dispositivo constitucional possa ser classificado alternativamente, como norma de eficácia plena, de eficácia contida ou mesmo de eficácia limitada, importante destacar que não há no Texto Constitucional *norma sem eficácia*. Os dispositivos previstos na Lei Maior são, portanto, normas, e, neste sentido, possuem normatividade e, assim, vinculam toda a sociedade.

Conforme preleciona Sarlet (2011, p. 255), “cada norma constitucional possui um mínimo de eficácia e aplicabilidade, dependente, por sua vez, de sua suficiente normatividade”. Citando Garcia de Enterría, Sarlet (2011) reconhece o caráter vinculante reforçado e geral das normas constitucionais. Sustenta, ainda, que na Lei Fundamental não existem declarações (sejam elas oportunas ou inoportunas, felizes ou infelizes, precisas ou imprecisas) destituídas de normatividade, sendo certo que apenas o conteúdo concreto de cada norma poderá precisar, em cada caso, qual o alcance específico de sua *carga eficaz*. Assim, a função dos direitos fundamentais e sua estrutura jurídico-normativa na Constituição constituem o grau de eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais.

Ainda segundo Sarlet (2011, p. 270-1), a melhor exegese a ser extraída a respeito da norma contida no art. 5º, § 1º, da CF/1988 é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de

otimização (ou maximização), isto é, impõe aos órgãos estatais a tarefa de conferir aos direitos fundamentais a maior eficácia possível, cujo alcance normativo, isto é, o *quantum* em aplicabilidade e eficácia, dependerá do exame da hipótese em concreto.

Em relação aos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, § 1º, CF/1988, pode-se afirmar que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, uma vez que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constituem, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição, o que induz à afirmação de que, em certo sentido, os direitos e princípios fundamentais regem e governam a própria ordem constitucional.

DANOS SOCIAIS

A cláusula geral de tutela da pessoa humana, constante do art. 1º, III, da CF/1988, permite refletir a respeito da existência, no Direito brasileiro, de outras modalidades de dano, além daqueles já consagrados pela doutrina e jurisprudência pátria. Para tanto, é preciso entender, antes, o conceito filosófico de dignidade da pessoa humana, consoante a visão Kantiana:

O homem e, de uma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. (KANT, 1980, p. 134-5)

Prosseguindo, Kant reforça ainda mais a sua visão antropomórfica, afirmando que: “em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele (o homem) tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim”. (KANT, 1980, p. 134-5)

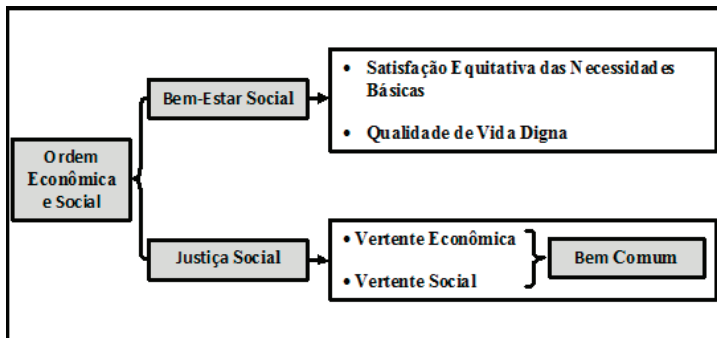
Para o filósofo, os seres cuja existência depende somente da natureza são denominados *irracionais*, sendo tratados como *coisas*, ao passo que os seres racionais⁴ são concebidos como *pessoas*, cuja natureza os distingue

⁴ É importante destacar que a concepção contemporânea sobre o tema substituiu a antiga noção de seres racionais para seres sencientes, ou seja, seres que possuem a consciência de sua própria existência. Tal

como fins em si mesmos, limitando, por conseguinte, todo o arbítrio. (KANT, 1980, p. 134-5)

Maria Celina Moraes (2003, p. 80-1) argumenta que a concepção de dignidade de Kant tem como consequência a exigência de que o ser humano jamais possa ser visto ou usado como um meio para se atingir fins supostamente maiores do que o homem singular, mas sempre como o próprio fim. Em razão disso, toda a atividade estatal deve ser dirigida para o homem, tendo-o como finalidade a ser alcançada, de modo a possibilitar a realização máxima do valor da dignidade da pessoa humana. Aliás, para Kant, as coisas têm *preço*; as pessoas, *dignidade*.

Diagrama 1: Bem-Estar Social e Justiça Social.



Mesmo não estando elencado no Código Civil de 2002, o dever de indenizar por condutas socialmente reprováveis e geradoras de danos (imateriais e transindividuais) que piorem a qualidade de vida de certos grupos sociais decorre da cláusula geral de tutela da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988).

Deste modo, o *dano social* não pode ser individualizado, posto que afeta a um *grupo social determinado* (pessoas residentes em um estado, município, bairro; pessoas que integram uma categoria profissional; pessoas que fazem parte de uma associação; pessoas portadoras de síndromes; consumidores) ou mesmo a um *grupo social indeterminado*.

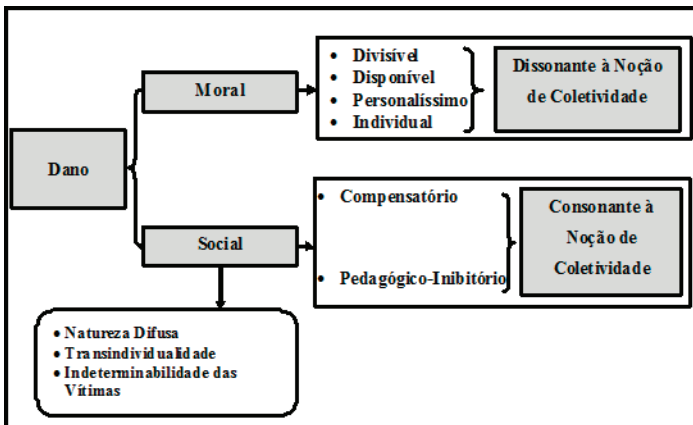
conceito transcende o de racionalidade e, igualmente a limitada tradução anterior de “capacidade de sofrer e sentir prazer ou felicidade”, para também abranger a autoconsciência, de forma diversa da ideia original de Charles Drawin.

Pode também o *dano social* ser relativo a toda população do país, a exemplo do que acontece quando há queimadas na floresta amazônica, cujos efeitos nefastos podem ser experimentados pela população brasileira de um modo geral. Da mesma forma, a falta de investimentos adequados em infraestrutura afeta a qualidade de vida da sociedade como um todo, dando origem aos famosos *apagões*, ao racionamento de água. Igualmente acontece em decorrência do péssimo estado da malha rodoviária do país, problema que acaba por encarecer o preço do frete e, conseqüentemente, do produto final para o consumidor.

Outrossim, a infraestrutura deficiente pode ensejar os seguintes problemas, passíveis de configurar danos sociais: transportes rodoviário, ferroviário, marítimo, aéreo e fluvial deficientes; falta de fiscalização ambiental e seus conseqüentes danos; negligência na prestação dos serviços de segurança pública, de saúde e de educação; falta ou negligência na fiscalização dos serviços públicos delegados ao particular por meio de *permissão*, *concessão* ou *autorização*.

Com efeito, toda vez que o Estado ou o particular (pessoa física ou jurídica) agir (conduta comissiva) ou não agir (conduta omissiva), gerando danos à sociedade ou a um determinado grupo, restará configurado o denominado *dano social*.

Diagrama 2: Dano Moral e Dano Social



Deste modo, restando comprovada a falta de investimento em infraestrutura por longos anos (para que se possa justificar a negligência e não adentrarmos na seara da independência dos poderes⁵), e uma vez que tal fato tenha gerado prejuízo para a qualidade de vida da sociedade ou de um determinado grupo social, deve a União ser condenada a ressarcir os *danos sociais*, o mesmo ocorrendo com os Estados e Municípios, de acordo com a respectiva competência constitucional⁶; nestes casos, em particular por se tratar de ressarcimento (indiretamente) realizado pela própria sociedade, e em benefício dela mesma, a indenização limitar-se-á ao aspecto exclusivamente *compensatório*, jamais se revestindo de qualquer viés *punitivo* (ou inibitório-pedagógico) e, ainda assim, a *grupos sociais determinados*.

De forma inequívoca, os particulares (na qualidade de pessoa física ou jurídica) podem ser geradores de *dano social*, bastando, para tanto, que pratiquem atos socialmente reprováveis cujos efeitos sejam prejudiciais à qualidade de vida de toda a sociedade ou de determinado grupo social, tais como: atividades poluentes que afetem a flora, a fauna, os rios, os mares e as lagoas; atos de corrupção ativa; atos ofensivos aos direitos trabalhistas de determinadas categorias profissionais; atos contra a economia popular;

⁵ Não adentraremos na questão da conveniência e oportunidade, atividade típica da Administração pública, que nos remeterá ao tema da separação dos Poderes e também ao tema da intervenção do Judiciário sempre que houver um hiato deixado pelos demais Poderes, principalmente na execução dos direitos fundamentais e das garantias sociais. A respeito do tema, Hermes Zanetti afirma: “[...] Por esta razão, as funções exercidas atualmente se dividem, na proporção da margem de disponibilidade da matéria, em funções de governo e funções de garantia. Uma vez que devemos reconhecer ao poder político e ao poder do mercado uma margem de discricionariedade/disponibilidade, que no primeiro corresponde à série de opções sobre políticas públicas e estratégias de desenvolvimento, que podem ser tomadas pelo legislador democraticamente eleito, e, no segundo, a autonomia da vontade, não podemos deixar de reconhecer que o poder político hoje é exercido igualmente pelos representantes eleitos no Executivo e no Legislativo, sendo que a própria atividade legislante decorre desta legitimação popular, cada vez mais, já que o Executivo atua fortemente também neste campo. Assim, o que realmente diferencia os poderes é exercerem a sua legitimidade a partir da representação popular (Executivo e Legislativo) ou a partir da Constituição e das leis (Poder Judiciário e demais instituições de garantia dos direitos fundamentais, como as agências reguladoras e o Ministério Público). As funções de garantia estão assim diferenciadas das funções de governo, porque atuam para a conformação da margem do decidível, colocando-lhe limites e vínculos definidos pelos direitos fundamentais, a esfera do ‘não decidível que’ (direitos de liberdade) e o ‘não decidível que não’ (direitos sociais). A função de garantia, portanto, atua como função contra majoritária, assegurando os limites e vínculos decorrentes do nosso modelo constitucional garantista”. (Zanetti Jr., 2013, p. 49-50.)

⁶ Cabe, todavia, uma reflexão, se ao punir a União, os Estados e Municípios não estaríamos punindo também o próprio lesado, ou seja, a sociedade. Partindo do princípio que a União, os Estados e os Municípios constituem-se na própria sociedade organizada, estaríamos cobrando de nós mesmos pelos danos que sofremos. Porém, também é verdadeira a assertiva segundo a qual, no caso em questão, a sociedade como um todo estaria indenizando parte dela mesma ou a um grupo social determinado e, por esta razão, a restrição, inclusive quanto à natureza, apenas das duas competências.

formação de cartéis, trustes e prática de dumping; atos violadores dos direitos de determinados grupos de consumidores, bem como os que piorem a qualidade de vida de idosos, crianças e pessoas portadoras de deficiência. Cabe ressaltar que nos referidos casos os *danos sociais* poderão ostentar, simultaneamente, natureza *compensatória* e *pedagógico-inibitória*.

Para Trevizan e Silva (2007), havendo ofensa a interesse que extrapola o âmbito individual, o dever de indenizar, em sintonia com as diretrizes constitucionais do solidarismo social e da dignidade da pessoa humana, prestigiaria não apenas a *vítima*, mas também a *coletividade*, posto que caracterizada uma nova categoria de dano a ser indenizada: o *dano social*.

Assim, diante das figuras já existentes na doutrina e na jurisprudência, cumpre posicionar o *dano social* no ordenamento jurídico nacional, tarefa a ser empreendida a seguir.

2.1. Conceito de Dano Social

Em oportunidade pretérita lecionamos que natureza jurídica é a posição enciclopédica de um dado instituto no ordenamento jurídico. É a classificação a ser conferida a um termo ou a uma expressão no contexto complexo das diferentes classes jurídicas. É o que o instituto representa, considerando todas as suas implicações, inclusive de definição conceitual. Traduz, em última análise, sua organização e localização metodológico-pedagógica, bem como sua origem no contexto intrínseco de uma considerada disciplina científica. (REIS FRIEDE, 2002, p. 434)

Maria Helena Diniz (2004), por sua vez, entende que natureza jurídica é a afinidade que um instituto tem em diversos pontos com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído a título classificatório. Trata-se, portanto, de buscar a essência de uma determinada figura com o fim de qualificá-la dentro do universo do Direito.

Neste sentido, o *dano social* pode ser definido como aquele que é ocasionado por uma conduta (comissiva ou omissiva) socialmente reprovável, antijurídica ou não, praticada pelo Estado⁷ ou por particular

⁷ No que é pertinente ao Estado como causador do dano e legitimado passivo ad causam, destacamos alhures a dúvida que repousa acerca do tema. No caso, admitimos apenas a indenização (de natureza compensatória)

(pessoa física ou jurídica), cuja consequência é a diminuição da qualidade de vida da sociedade ou de determinado grupo social. Cabe destacar, nesta definição, que a causa do dano poder ser uma conduta socialmente reprovável, antijurídica ou não.

Entende-se por conduta socialmente reprovável a contrariedade do fato em relação ao sentimento comum de justiça; o comportamento que afronta o que o homem médio tem por justo, correto. Há, por conseguinte, uma lesividade social inserta na conduta, provocando um efetivo dano à coletividade, independente de o agente ter conhecimento de seu caráter danoso. Essa conceituação em muito se aproxima do conceito de ilicitude material proposto por Fernando Capez (2003), com a diferença de que o ato praticado, no caso do dano social, independe de afrontar ou não o texto legal, não se exigindo que o agente tenha conhecimento do caráter danoso de sua conduta, bastando, pois, a ocorrência do dano para que a mesma seja considerada ilícita à luz do que expressam os arts. 186⁸ e 187⁹ do Código Civil.

2.2. Natureza Jurídica do Dano Social.

Trata-se o *dano social* de um dano *objetivo, transindividual e imaterial*, podendo afetar a *toda sociedade* ou um *determinado grupo social* (homogêneo) em seu digno direito à qualidade de vida plena, seja em razão de um *ato antijurídico* (ou de conduta socialmente reprovável) praticado pelo *Estado* ou por *particular* (pessoa física ou jurídica), em detrimento de bens sociais imateriais que compõem o patrimônio social

a ser paga pelo Estado à parte da sociedade ou a um determinado grupo social. Não aceitamos, assim, o chamado dano punitivo, conforme corretamente vem se posicionando a jurisprudência majoritária do TRF/2ª Região. Neste sentido: TRF2 - Apelação Cível nº 0015560-71.2004.4.02.5101, Rel. Des. Fed. Reis Friede; TRF2 – Apelação Cível n 2005.51.01.016363-0, Rel. Des. Fed. Luiz Paulo da Silva Araújo Filho; TRF2 – Apelação Cível nº 0624869-68.1984.4.02.5101, Rel. Juiz Federal Convocado José Eduardo Nobre Matta. Há na doutrina, porém, quem defenda o caráter principalmente punitivo do dano moral, figura conhecida como *punitive damages* ou *exemplary damages*, cuja aplicação é acentuada nos Estados Unidos. Contudo, conforme veremos adiante, seguimos a corrente doutrinária que não reconhece sua aplicação no Direito pátrio, tudo em razão da vedação contida no art. 5º, XXXIX, da CF/1988. O fato dos julgados acima citados terem indeferido o pedido autoral de danos punitivos contra a União, não significa que autorizou a sua aplicação em outras situações.

⁸ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

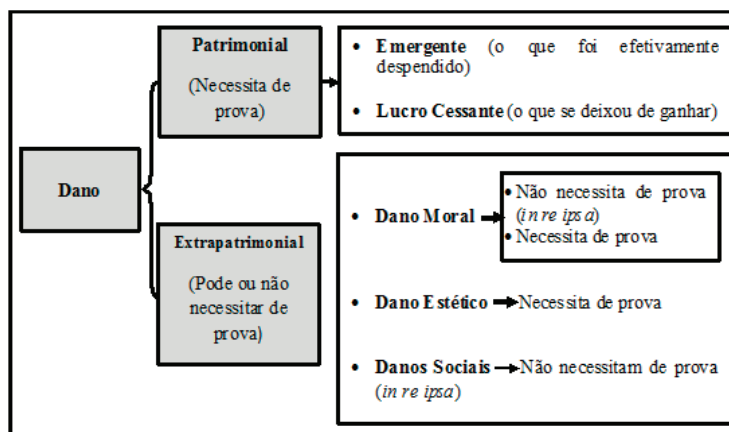
⁹ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

em específico lapso temporal. Trata-se, pois, de uma nova modalidade de dano não prevista no Código Civil de 2002, cuja previsão encontra-se, por construção hermenêutica, no art. 1º, III, da CF/1988.

2.3. Modalidade de Danos Sociais.

A legislação brasileira prevê, como espécies de danos, os *patrimoniais* (danos emergentes e lucros cessantes) e os *extrapatrimoniais* (danos morais e danos estéticos), os quais repercutem na própria vítima ou em terceiros (dano por *ricochete*).

Diagrama 3: Modalidades de Dano no Direito Brasileiro¹⁰



Tem em vista a importância que o meio ambiente adquiriu para a vida humana nos últimos tempos, a doutrina tem discorrido muito sobre o dano ambiental, que na verdade configura uma espécie do gênero *dano social*, redundando no chamado *dano social ambiental*. Antunes Bessa (2000, p. 156) ensina que dano é o prejuízo (uma alteração negativa da situação jurídica, material ou moral) causado a alguém por um terceiro que se vê obrigado ao ressarcimento. O dano ambiental, afirma Antunes Bessa (2000), traduz-se num prejuízo ao meio ambiente.

¹⁰ O Dano Social está sendo considerado uma construção doutrinária no presente artigo. Diante de seu caráter inovador, ainda prescinde de debate doutrinário mais amplo e, conseqüentemente, de aplicação pelos Tribunais para que seja considerada uma forma de dano válida e indenizável no Direito Brasileiro. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça – STJ já admitiu sua existência nos julgados Reclamação nº 12.062/GO; 16.447/GO; 15.464/GO, entre outros e também na V Jornada de Direito Civil do CJF que originou o Enunciado 456.

Édis Milaré (2001, p. 422), por sua vez, expressa que “dano ambiental é a lesão aos recursos ambientais, com a consequente degradação, alteração adversa ou *in pejus*, do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida”. Nos termos da Lei nº 6.938/81, são recursos ambientais (art. 3º, V): a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.

Desta forma, uma vez que repercute diretamente na sociedade, eventual lesão aos referidos recursos ambientais configurará um *dano social ambiental*.

Outrossim, quando houver ofensa a um direito meta-individual pertencente a toda sociedade, com repercussão na dignidade humana dos trabalhadores e nos valores sociais do trabalho, restará caracterizado o *dano social trabalhista*. Exemplo clássico do que ora se afirma é o chamado *dumping social*, figura que Trierweiler (2005) define como sendo uma prática realizada por certos Estados, consistente em pagar salários muito baixos e oferecer precárias condições de trabalho, reduzindo-se severamente os gastos com mão de obra, tudo com o intuito de possibilitar que seus produtos tenham preços inferiores se comparados com os praticados no mercado internacional ou, então, que o baixo custo da mão de obra dos trabalhadores locais seja atraente à instalação de novas empresas.

Mina Kawai (2010, p. 3) explica que o *dumping social* também ocorre quando os preços baixos dos bens resultam do fato de as empresas produtoras estarem instaladas em países onde não são cumpridos os direitos humanos mais elementares, bem como os direitos dos trabalhadores internacionalmente reconhecidos, permitindo, assim, que os custos sociais da mão de obra sejam extremamente baixos, acarretando, por conseguinte, uma queda artificial dos preços produzidos em condições laborais ilegítimas e atentatórias à dignidade humana.

O *dumping social* ocorre, por exemplo, na China, nas Filipinas e no SriLanka, países nos quais se nota uma sobrevalorização do progresso econômico em detrimento do bem-estar social e da dignidade do trabalhador.

No Brasil já ficou convencionada a existência do dano social trabalhista, mas com nomenclatura equivocada (dano moral coletivo), conforme anteriormente mencionado.

ENUNCIADO 04:¹¹

DUMPING SOCIAL. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido “dumping social”, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, “d”, e 832, § 1º, da CLT.

Gustavo Abrantes (2011) aduz que nas reclamações trabalhistas em que for constatada uma ação deliberadamente praticada no sentido de desrespeitar a ordem jurídica trabalhista, deve o magistrado proferir condenação que vise à reparação específica pertinente ao dano social perpetrado, ainda que fixada *ex officio*, de modo a proteger a coletividade, a ordem jurídica e a paz social¹².

Há, ainda, os que defendem que as empresas que frequentemente figuram como reclamadas na Justiça do Trabalho devem ser condenadas a ressarcir danos individuais e também *danos sociais trabalhistas*, justamente por terem optado pela demanda em detrimento do cumprimento da legislação laboral¹³.

¹¹ Enunciado aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho. Revista - LTr Legislação do Trabalho: Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, São Paulo, v. 71, n. 12, p. 1500-1507, dez. 2007.

¹² Não se trata, no entendimento de Gustavo Abrantes, de jurisdição sem a devida provocação, pois a decisão do juiz se dará por adição supletiva ao pedido de condenação em danos extrapatrimoniais, conforme expresso no parágrafo único do art. 404 do Código Civil e, neste caso, sem qualquer caráter compensatório, apenas inibitório-pedagógico (que não se confunde com o punitivo). O caráter inibitório em questão é estabelecido com um fim específica e limitadamente pedagógico (e não punitivo), por ser este último incompatível com o art. 5º, XXXIX, da CF/1988. Ademais, o entendimento segundo o qual “É nula, por configurar julgamento extra petita, a decisão que condena a parte ré, de ofício, em ação individual, ao pagamento de indenização a título de danos sociais em favor de terceiro estranho à lide” (STJ, Reclamações nº 12.062/GO, nº 16.447/GO, nº 16.443/GO, nº 15.494/GO, nº 14.856/GO, 16.441/GO e nº 13.201/GO) baseou-se na impossibilidade de condenação, em ação individual e sem pedido expresso, em danos sociais compensatórios. Conforme analisaremos adiante, a doutrina tem entendido que os legitimados para figurar no polo ativo da demanda em que são postulados danos sociais são os que figuram no art. 5º da Lei nº 7.347/85, porquanto são demandas coletivas.

¹³ Neste aspecto, resta oportuno destacar que expressiva parcela da doutrina entende incabível a condenação por danos sociais compensatórios em ação individual. De igual forma, há grande discordância, também,

O mesmo raciocínio deve ser aplicado em se tratando de *dano social consumerista, administrativo, econômico* ou *dano social sem outra especificação* (dano oriundo de ofensas aos direitos das crianças, dos adolescentes, dos idosos, das pessoas com deficiência, etc.).

Como exemplo de *danos sociais consumeristas*, podem ser citados os casos de propaganda enganosa, venda de produtos impróprios para o consumo, aumento indevido de mensalidades de planos de saúde, cobrança de juros extorsivos pelas instituições financeiras, etc.

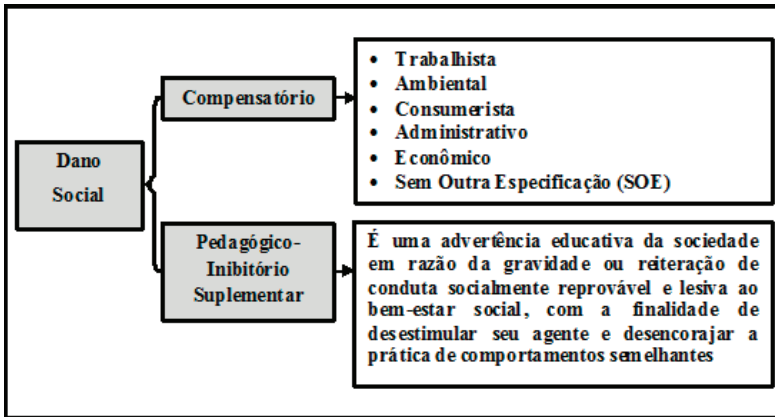
Danos sociais administrativos, por sua vez, são os danos transindividuais causados por ação ou omissão da administração pública direta, suas autarquias e fundações, pois é seu dever primar pelo atendimento ágil e eficiente, de modo a não prejudicar interesses da sociedade. Por oportuno, deve ser banida da cultura nacional a ideia de que ser mal atendido faz parte dos aborrecimentos triviais do cidadão, principalmente quando tal comportamento advém dos entes administrativos. O cidadão não pode ser compelido a suportar as consequências da má organização, do abuso e da falta de eficiência daqueles que devem, com boa vontade, solicitude e cortesia, atender ao público¹⁴.

Os *danos sociais econômicos* podem ser exemplificados pela formação de cartéis, prática de *truste* e *dumping*, ações lesivas à economia popular, ao mercado financeiro, de valores e de capitais, etc.

de se condenar, nas ações coletivas ou populares, em danos sociais compensatórios sem que exista pedido expresso na exordial, por afrontar os arts. 2º, 128 e 460, todos do CPC. Contudo, parece-nos perfeitamente cabível a condenação ex officio por danos sociais pedagógicos inibitórios suplementares, em ações coletivas, individuais e populares, desde que destinados a um fundo do Judiciário, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, caso figurem estas últimas instituições no polo ativo da demanda coletiva, em razão de sua função constitucional garantidora dos direitos fundamentais. Neste sentido, Bedaque afirma que, à luz dos arts. 128, 459 e 460 do CPC, está o juiz objetivamente limitado aos elementos da demanda deduzidos pelo autor na inicial. O pedido formulado e os motivos deduzidos pelo autor representam o âmbito de atuação do julgador, que não poderá conceder mais ou coisa diversa da pretendida, nem apresentar razões diferentes das elencadas. Se o fizer, configurar-se-á o fenômeno do julgamento ultra ou extra petita, o que poderá implicar em nulidade da sentença. Tais regras decorrem diretamente do princípio da demanda e da inércia da jurisdição. Na medida em que se admitisse ao juiz conceder ao autor mais do que fora pedido, ou por razões diversas das deduzidas na inicial, estar-se-ia possibilitando a tutela jurisdicional de ofício. Tudo o que excedesse os limites objetivos da demanda implicaria atuação sem provocação. (BEDAQUE, 2005, p. 390)

¹⁴ STJ, Primeira Turma, REsp nº 608.918-RS, Rel. Min. José Delgado, julgamento em 29 mai. 2004, publicado no DOU de 21 jun. 2004.

Diagrama 4: Modalidades de Dano Social



2.4. Classificação dos Danos Sociais

Quanto à classificação, os *danos sociais* podem ser: extrapatrimonial, extrínseco, certo, compensatório, pedagógico-inibitório, indireto e previsto. Vejamos cada um deles.

Dano extrapatrimonial: dano que ocasiona uma perda na qualidade de vida da sociedade ou de determinado grupo social, atingindo, portanto, um bem imaterial. Embora, neste caso, o dano causado possa ter expressão pecuniária para efeito de sua recomposição, tal situação será objeto de pedido de danos emergentes ou até mesmo de lucros cessantes quando do ajuizamento da ação indenizatória cabível.

Dano extrínseco: ocorre quando o dano se estende a outras situações distintas daquela que restou lesada. Por exemplo, o dano social ambiental não repercute apenas no bioma lesado, mas, sim, atinge toda população que dele depende (qualidade do ar, da água, dos peixes, etc.) de forma direta e indireta.

Dano certo: nesta espécie, em razão do dano ser passível de ressarcimento, a condenação trará efetividade à decisão judicial.

Dano compensatório: quando a conduta (ação ou omissão) geradora do dano é definitiva, isto é, a anulação daquela não enseja o desaparecimento deste.

Dano pedagógico-inibitório: aquele que deve ser aplicado como forma de advertência educativa e suplementar à condenação compensatória.

Dano indireto: ocorre quando a pessoa que postula o ressarcimento devido for diferente da vítima do dano, muito embora seja seu representante (não confundir com procurador).

Dano previsto: no caso, o dano é previsível, ou seja, é possível, em certas circunstâncias, antever os efeitos deletérios da ação ou omissão.

2.5. A Prova na Persecução do Dano Social

Muito embora esteja consagrado no Direito brasileiro que o *dano* deva ser efetivamente comprovado, tal diretriz aplica-se apenas às modalidades de danos patrimoniais (danos emergentes e lucros cessantes) ou, ainda, a uma espécie de dano extrapatrimonial (o dano estético), tendo em vista que este depende de perícia para se apurar a sua extensão.

O dano social, por sua vez, é presumido (*in re ipsa*), decorrendo da força do próprio ato. Assim, há dano social quando o direito à qualidade de vida digna e bem-estar social é lesado por uma conduta socialmente reprovável ou antijurídica. Vale dizer, o dano social é presumido em razão da dimensão do próprio fato em si, sendo mesmo impossível não reconhecer que o prejuízo social efetivamente aconteceu. Com efeito, basta apenas a demonstração da ocorrência do fato para que se possa concluir pela existência do dano, não necessitando ser extensamente provado. Por exemplo, não há necessidade de se provar que toda a sociedade do município do Rio de Janeiro sofre danos sociais decorrentes da poluição da Baía da Guanabara, bem como que os moradores da Barra da Tijuca sofrem os mesmos efeitos em virtude da poluição do complexo lagunar existente na região. E, ainda, que parte da população dos Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo sofre danos sociais decorrentes do rompimento da Barreira da Mineradora Samarco, desastre ambiental de proporções inimagináveis ocorrido em 5 de novembro de 2015.

2.6. A Forma de Responsabilização.

O Código Civil de 2002 adotou, como regra, a teoria da responsabilidade subjetiva, conclusão que se extrai da análise conjunta dos arts. 186 e 187. A

responsabilidade civil por dano social, por sua vez, é de natureza *objetiva* (art. 927, parágrafo único, do Código Civil).

O art. 186 do Código Civil preceitua que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Por sua vez, o art. 187 afirma que comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Por fim, o art. 927, parágrafo único, do mesmo Estatuto expressa que haverá obrigação de reparar o dano, *independentemente de culpa*, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Nota-se, no último caso, a consagração do *risco criado* ou *risco proveito* e, assim, a responsabilidade passa a ser *objetiva* em razão do exercício de determinada atividade empresarial e/ou nos casos especificados na legislação, tais como: Decreto nº 2.681/12 (responsabilidade das estradas de ferro por danos causados aos proprietários marginais); Lei nº 5.316/67; Decreto nº 61.784/67; Lei nº 8.213/91 (legislação de acidente de trabalho); Lei nº 6.194/74 e Lei nº 8.441/92 (seguro obrigatório de acidentes de veículos, cabendo à seguradora pagar o valor previsto, independente de culpa do motorista); Lei nº 6.938/81 (referente aos danos causados ao meio ambiente); Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor); art. 37, § 6º, da CF/1988 (responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado concessionárias de serviço público).

2.7. A Legitimidade Ativa *Ad Causam*.

Entende-se que os legitimados para a propositura de ação civil pública (legitimidade ativa *ad causam*) também o são para, em nome da sociedade ou de determinado grupo social, pleitear *danos sociais*.

Por conseguinte, na forma do art. 5º da Lei n 7.347/85, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente,

ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, figuram como legitimados: o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e, também, para parte da doutrina, ainda que de forma controvertida, as *agências reguladoras*.

Igualmente, nos termos do art. 3º da Lei nº 7.853/89, que, entre outras providências, dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, bem como institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas e disciplina a atuação do Ministério Público, as ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados, Municípios e Distrito Federal; por associação constituída, nos termos da lei civil, há mais de 1 (um) ano, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção das pessoas portadoras de deficiência.

Nesse elenco de legitimados para pleitear danos sociais, particularmente no âmbito trabalhista, devem ser incluídos os sindicatos, as federações e as confederações sindicais.

Por ferir o art. 6º do Código de Processo Civil, segundo o qual ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei, cabe registrar o entendimento que inadmite pedido de indenização por *danos sociais compensatórios* nas ações individuais. Não obstante o que ora se afirma, poderá o juiz, em razão do grau de ofensa ao bem-estar social, ou mesmo em virtude da contumácia do réu, e com o objetivo de conferir proteção aos direitos insculpidos no art. 6º da CF/1988¹⁵, condenar (*ex officio*) a parte ré em *danos sociais pedagógico-inibitórios*.

¹⁵ Neste caso, o dano social pedagógico-inibitório perde o caráter de complementariedade ao dano social compensatório. Contudo, o juiz está legitimado a condenar *ex officio* em razão de sua função jurisdicional constitucional de garantidor dos direitos e garantias fundamentais, uma vez que o momento atual requer um Judiciário proativo para inibir a ineficiência das prestações dos serviços básicos e garantir a efetividade dos direitos sociais.

Neste sentido, cabe trazer à colação o teor do Enunciado nº 456, da V Jornada de Direito Civil/Conselho da Justiça Federal, segundo o qual a expressão “dano”, prevista no art. 944 do Código Civil, abrange não apenas os *danos individuais* (materiais ou imateriais), mas também os *danos sociais*, difusos, coletivos e individuais homogêneos, a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas.

Salvo melhor juízo, entendemos que o referido Enunciado, no caso em questão, refere-se aos *danos sociais compensatórios*, e não aos *sociais inibitórios*. Assim, ainda que o autor da ação individual tenha formulado pedido de fixação de dano social compensatório, forçoso reconhecer que o mesmo carece de legitimidade para pleitear, em nome próprio, direito inerente à coletividade.

Contudo, há hipótese em que tal pedido de condenação por danos sociais compensatórios pode ser feito cumulativamente na ação popular, em particular quando restar evidenciado que o ato que se deseja anular gerou, além de um dano ao patrimônio público, um dano social, podendo também os *danos sociais pedagógico-inibitórios suplementares* serem pedidos de forma supletiva aos danos sociais compensatórios, conforme se infere do art. 404, parágrafo único, do Código Civil.

Tal entendimento decorre do fato de a ação popular ter por objetivo a defesa do patrimônio público, do erário, da moralidade administrativa e do meio ambiente, ou seja, o autor representa a sociedade como um todo, agindo no intuito de salvaguardar o interesse público. Desta forma, está o juiz autorizado a requisitar provas às entidades públicas, mesmo que *ex officio*, conforme já decidiu, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. DESVIO DE REPASSE DE VERBAS PÚBLICAS. PREFEITURA MUNICIPAL. PETIÇÃO INICIAL DEFICIENTE PELA FALTA DE DOCUMENTOS VINCULADOS A ENTIDADES PÚBLICAS. INÉPCIA DA EXORDIAL. AFASTAMENTO.

I - A discussão em debate foi decidida pelo Tribunal de origem, considerando-se inepta a petição inicial de ação popular, sob o argumento de que o autor não teria trazido os documentos essenciais para o deslinde da causa e que a juntada de tais elementos, no transcurso processual, somente se justificaria quando negado o fornecimento de certidões e informações, por parte do Poder Público.

II - A falta de inclusão dos documentos indispensáveis ao processo na exordial, que dependem de autorização de entidades públicas, não impõe a inépcia da peça vestibular, porquanto o juiz tem a faculdade de requisitá-los aos órgãos, durante a instrução do processo, quando houver requerimento para tanto, no teor do art. 7º, inciso I, alínea "b", da Lei nº 4.717/65.

III - Tratando-se de ação popular, em que se defende o patrimônio público, o erário, a moralidade administrativa e o meio-ambiente, onde o autor está representando a sociedade como um todo, no intuito de salvaguardar o interesse público, está o juiz autorizado a requisitar provas às entidades públicas, máxime na hipótese dos autos, na qual existe requisição expressa nesse sentido.

IV - "Uma vez postulada, pelo autor, de forma expressa, a requisição de documento essencial à propositura da ação, não se há falar em inépcia da inicial, por ausência da documentação necessária" (REsp nº 152.925/SP, Relator para acórdão Ministro DEMÓCRITO REINALDO, DJ de 13/10/1998, p. 00021).

V - Recurso especial provido, afastando a extinção do processo, por inépcia da inicial, e determinando a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para que este se manifeste acerca do mérito da causa.

(STJ, Primeira Turma, REsp nº 439.180/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, julgamento em 21 set. 2004, DJ 3 nov. 2004, p. 37)

2.8. A Quantificação do Dano Social

No tocante ao tema, cumpre destacar que os *danos sociais* devem ser fixados de acordo com a extensão do dano, devendo o magistrado, ao empreender tal tarefa, utilizar-se dos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, levando em conta, ainda, a capacidade econômica do agente causador, de modo a assegurar a efetividade do comando judicial, exegese equitativa que se extrai do art. 944 do Código Civil.

Com efeito, da mesma forma que a indenização a ser fixada não poderá ser módica diante da capacidade econômica do agente, pois se o for estará premiando aquele que praticou o ilícito, também não poderá redundar em enriquecimento sem causa para quem a recebe (no caso específico dos danos sociais compensatórios).

Como cediço, reveste-se de importância o aspecto didático-pedagógico da condenação, cabendo ao magistrado sopesar todos esses critérios no momento da fixação do *quantum* indenizatório.

No que diz respeito à indenização por danos sociais, os tipos *compensatório* e *pedagógico-inibitório suplementar* são da máxima importância.

A distinção entre o dano *compensatório* e o *reparatório* reside no fato deste último traduzir uma espécie de “danos materiais futuros”. Apesar de sua existência doutrinária ser questionável, o dano reparatório está presente na aplicação do Direito concreto, pois se trata do valor que irá ser despendido pelo réu para recompor o bem jurídico lesado pela sua conduta, conduzindo, assim, ao *status quo ante*.

Desta forma, os danos *compensatórios* (ou *remuneratórios*) são instrumentos de equidade e podem ser aplicados pelo juiz para equilibrar os prejuízos ocorridos na qualidade de vida e no bem-estar social. Afinal, instrumentos de equidade servem para aproximar a decisão o mais possível do senso de justiça em cada caso. Assim, os *danos sociais compensatórios* servem para remunerar o dano sofrido na esfera extrapatrimonial como forma, no caso em destaque, de se indenizar pela piora provocada na qualidade de vida e no bem-estar da sociedade.

Os danos sociais *pedagógico-inibitórios suplementares* possuem finalidade não punitiva, pois, do contrário, seriam incompatíveis com o sistema jurídico pátrio, conforme expresso no art. 5º, XXXIX, da CRFB/88. O seu caráter, portanto, é meramente disciplinador, educativo e pedagógico.

Cabe destacar, ademais, que os danos *sociais pedagógico-inibitórios suplementares* não são aplicáveis apenas diante da *contumácia do causador*, mas também em razão de sua *gravidade*, da *conduta demasiadamente reprovável*, *insultosa* e *ultrajante à consciência social e coletiva*, uma vez que independem de culpa ou dolo do agente, incidindo tão somente em razão da gravidade e extensão do dano, configurando, assim, uma advertência da sociedade em relação à referida conduta, buscando impedir sua reiteração.

Tal advertência restou evidenciada em artigo elaborado por Edson Ubaldo (2009), Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, sendo perfeitamente aplicável, por analogia, aos danos sociais:

“Os maiores responsáveis pelos sofrimentos infligidos às pessoas, em especial os grandes conglomerados financeiros e comerciais, passaram a disseminar a ideia de que a busca pela reparação de danos morais se transformara em ‘indústria’ de ganhos fáceis”. Ubaldo afirma que essa “suposta verdade contaminou parte da magistratura”, argumentando, ainda, que tal aspecto “não só reforçou o argumento dos juizes mais conservadores, que por razões ideológicas, inclusive de fundo religioso, nunca viram com bons olhos o novo instituto jurídico (refere-se o autor ao dano moral), como também serviu de freio aos mais liberais, cujas sentenças passaram a ser reformadas para diminuir os valores fixados.”

Nota-se nitidamente que o mencionado magistrado desaprova a posição que insiste em afirmar que o “o dano moral se transformou em indústria”. Para ele, este é argumento é falso, tendo em vista que o número de pleitos mostra exatamente o contrário:

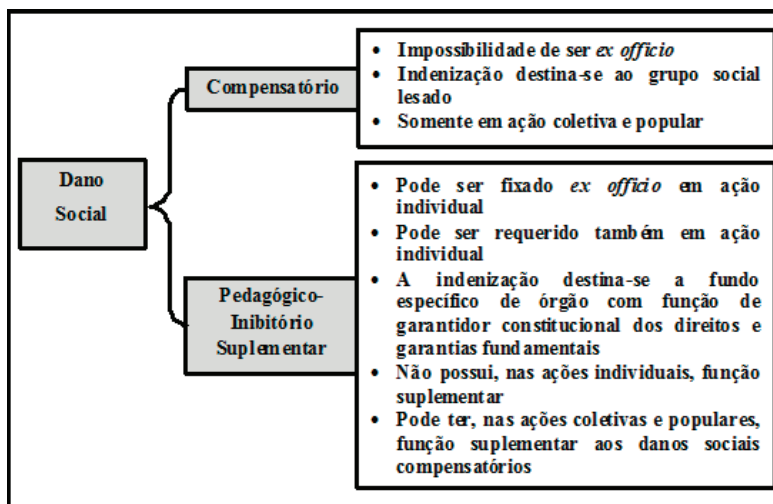
O consumidor brasileiro, antes desamparado e agora protegido pelo CDC, tomou consciência de seus direitos, ao invés de “queixar-se ao bispo”, como antes lhe sugeriam bancos e lojas. Agora se queixa ao juiz; b) os responsáveis por produtos e serviços ainda não se convenceram de que os tempos mudaram e continuam a violar descaradamente os direitos da cidadania. Portanto, o que de fato existe é a “indústria” do desrespeito, a busca do lucro fácil, a sensação de que vale a pena continuar enganando o povo, porque o percentual dos reclamantes é ínfimo, os processos são lentos e o resultado final, ainda que favorável ao consumidor, sai muito mais barato do que investir na melhoria dos produtos e dos serviços.¹⁶

Cabe registrar, ainda, que a verba condenatória imposta a título de danos sociais *pedagógico-inibitórios suplementares* não deve ser direcionada ao grupo social (ou ao fundo que ele indicar) que teve seu patrimônio imaterial lesado, visto que, para isso, se destinam os *danos sociais compensatórios*. Os *danos sociais pedagógico-inibitórios suplementares*, que, como visto alhures, possuem caráter de sublime advertência educativa, devem ser destinados, por esta razão, a fundos de órgãos com função constitucional garantidores dos direitos fundamentais e sociais, como, por exemplo, o Poder Judiciário. Isto porque, além de caracterizar *bis in idem*, ou seja, duas indenizações pelo mesmo fato, tal situação ensejaria ainda um nítido

¹⁶ O Judiciário – Jornal mensal da Associação dos Magistrados Catarinenses, ano IV, n. 38, jun./2009. Disponível em: <www.amc.org.br>. Acesso em: 20 set. 2015.

enriquecimento sem causa por parte do autor, figura vedada pelo Direito brasileiro. A natureza suplementar da condenação por danos sociais *pedagógico-inibitórios* encontra amparo no art. 404, parágrafo único, do Código Civil.

Diagrama 5: Características dos Danos Sociais



2.9. A Destinação da Verba Oriunda da Condenação por Dano Social

Quanto à destinação, os recursos oriundos da condenação por danos sociais devem ser divididos em duas etapas, a saber:

a) A verba condenatória por *danos sociais compensatórios* pertence à *sociedade* ou a um *determinado grupo social* em razão da piora acarretada na qualidade de vida e no bem-estar social. Por isso, tal verba deve necessariamente ficar retida em conta judicial, cabendo ao autor da ação enviar ao juízo um projeto de melhoria da qualidade de vida lesada, objetivando restabelecer ao máximo a ambiência social vivida antes do dano se efetivar. Tal projeto será homologado pelo juízo depois de ouvido o Ministério Público, devendo, essencialmente, conter um cronograma dos pagamentos, de modo que o dinheiro depositado na citada conta possa ser liberado de acordo com o cronograma das despesas. Somente após o autor da ação comprovar a concretização do projeto e o uso da quantia depositada (na conta judicial) é que o processo deverá ser julgado extinto.

b) Já a verba condenatória por *danos sociais pedagógico-inibitórios suplementares*, em razão de seu caráter de advertência educativo-social, deve ser destinada não ao autor da ação, conforme já se tratou, mas a um fundo de órgão dotado de função constitucional de garantidor dos direitos fundamentais¹⁷, tais como, por exemplo, o Poder Judiciário e o Ministério Público, ficando ao prudente arbítrio do juiz a *quantificação* e a *destinação* ao fundo pertinente.

Como cediço, a responsabilidade do Poder Judiciário como protagonista na defesa dos direitos fundamentais sociais ainda está em fase de consolidação, razão pela qual é fundamental despertar os membros da Magistratura para a importância da função judicante na defesa de tais direitos. A propósito, José Faria (1994) salienta que os direitos humanos foram originariamente constituídos como uma forma de proteção contra os abusos e arbítrios praticados pelo Estado, concretizando-se somente por intermédio desse mesmo Estado. Tem razão José Faria ao fazer tal afirmação, mormente porque os direitos sociais surgiram juridicamente como prerrogativas dos indivíduos menos favorecidos, sob a forma normativa de obrigações do Executivo, demandando, assim, uma intervenção ativa e continuada por parte dos poderes públicos. Ainda em consonância com José Faria, a característica básica dos direitos sociais está no fato de que,

[...] forjados numa linha oposta ao paradigma kantiano de uma justiça universal, foram formulados dirigindo-se menos aos indivíduos tomados isoladamente como cidadãos livres e anônimos e mais na perspectiva dos grupos, comunidades, corporações e classes a que pertencem¹⁸. Ao contrário da maioria dos direitos individuais tradicionais, cuja proteção exige apenas que o Estado jamais permita sua violação, os direitos sociais não podem simplesmente

¹⁷ Neste particular, entendemos que não há conflito com o fundo expresso nos arts. 13 e 20 da Lei n 7.347/85, regulamentada pelo Decreto n° 1.306/94, vez que a condenação a título de danos sociais inibitórios pedagógicos suplementares, se destinados ao Poder Judiciário, também reverterá para a sociedade na forma de garantia dos direitos fundamentais, retirando de seus ombros parte dos custos com a máquina judicial, que hoje estão na ordem de 1,3% do PIB. KRELL (2002, p. 70) afirma que na medida em que é menor o nível de organização e atuação da sociedade civil para participar e influenciar na formação da vontade política, aumenta a responsabilidade dos integrantes do Poder Judiciário na concretização e no cumprimento das normas constitucionais, especialmente as que possuem uma alta carga valorativa e ideológica.

¹⁸ A teoria kantiana, a nosso sentir, não é a da valorização do homem (de forma isolada) como objetivo das ações de Estado em detrimento da coletividade. Máxima vênica, a teoria kantiana, na verdade, expressa que o bem-estar do homem deve ser o fim que as políticas do ente estatal devem perseguir, e não ser usado como meio para que o Estado atinja outros fins (desenvolvimento econômico). Em sua teoria, Kant valoriza o ser humano e não a coisa (os bens) como fim a ser perseguido pelas ações estatais.

ser “atribuídos” aos cidadãos; cada vez mais elevados à condição de direitos constitucionais, os direitos sociais requerem do Estado um amplo rol de políticas públicas dirigidas a segmentos específicos da sociedade – políticas essas que têm por objetivo fundamentar esses direitos e atender às expectativas por eles geradas com sua positivação. (FARIA, 1994, p. 54)

Com efeito, tais direitos, para a sua efetivação, pressupõem a substituição da “repressão” pela “promoção” e da sanção penal (ou punitiva) pela de natureza premial (FARIA, 1994, p. 54). Logo, os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme, mas um “direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios; um direito descontínuo, pragmático e por vezes até mesmo contraditório, quase sempre dependente da sorte de determinados casos concretos” (FARIA, 1994, p. 54):

Trata-se de um tipo específico de direitos, cujas práticas judiciais pressupõem a legitimidade processual e o reconhecimento da personalidade jurídica dos grupos e representações coletivas; consagrando um novo padrão de racionalidade, de natureza essencialmente material ou substantiva, que colide com os limites estritos da racionalidade formal das leis e dos códigos típicos do Estado liberal clássico, os direitos sociais são politicamente editados com o objetivo de socializar riscos, neutralizar perdas e atenuar diferenças, mediante tratamentos diversificados por parte das múltiplas instâncias do setor público. (FARIA, 1994, p. 54)

Nos burocratizados tribunais brasileiros, cujos integrantes parecem acreditar que os conflitos podem ser solucionados pelo simples apego a certas formas e/ou pela ritualização de atos, ainda segundo José Faria (1994), os direitos humanos e os direitos sociais estão obrigando a magistratura a refletir um pouco mais sobre suas funções sociais.

Eduardo Bittar (2005), também com mestria, destaca o papel do Judiciário na quadra atual, afirmando que a ele “cumpre um determinante papel na construção, proteção e garantia da efetividade dos direitos humanos dentro da tradicional estrutura tripartite de poderes herdada da modernidade” (BITTAR, 2005, p. 306).

Assevera o autor, ainda, que uma sociedade na qual a cidadania se realiza é aquela que tem amplo acesso aos direitos, o que “significa afirmar que estes direitos são realizados ou respeitados, e também que, quando são violados, possuem proteção e garantia jurisdicional”. Como se vê, segundo a reflexão de Bittar, o papel do Judiciário é ponto central nas discussões sobre a temática dos direitos humanos e sociais.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme discutido durante o presente trabalho, conclui-se que há uma impossibilidade concreta e doutrinária de condenação por *danos morais coletivos*. Claro está que os verdadeiros danos coletivos homogêneos oriundos da piora acarretada na qualidade de vida e no bem-estar social são os denominados *danos sociais*, presentes, em nosso sistema jurídico, por força do disposto art. 1º, III, da CF/1988, sob a modalidade de dano extrapatrimonial, imaterial, transindividual e objetivo.

O dano social é um tipo de dano que repercute na diminuição da qualidade de vida da sociedade ou de determinado grupo social, podendo ser decorrente de uma conduta perpetrada pelo Estado ou por um particular.

Quanto à sua posição no campo do Direito, trata-se o dano social de um dano objetivo, transindividual e imaterial que afeta a sociedade como um todo ou determinado grupo social, alterando para pior sua qualidade de vida em razão de conduta socialmente reprovável ou antijurídica praticada pelo Estado ou por um particular.

A legitimidade para pleitear danos sociais é inerente às instituições elencadas no art. 5º da Lei n 7.347/85, além dos sindicatos, das federações e confederações, dos representantes dos empregados e empregadores e também do cidadão, neste último caso por meio de pedido cumulado em ação popular ou em ação individual (apenas na modalidade de dano pedagógico-inibitório).

A forma de responsabilização do causador do dano é objetiva (*in re ipsa*), podendo ser requerido por meio de ação coletiva ou via ação popular, cuja quantificação deverá obedecer aos critérios da proporcionalidade, razoabilidade e capacidade econômica do agente.

Os recursos oriundos da condenação por danos sociais compensatórios devem ser aplicados em projetos de melhoria da qualidade de vida da sociedade ou do grupo social lesado. Por sua vez, os recursos da condenação por danos sociais pedagógico-inibitórios suplementares devem ser destinados a um fundo criado por órgãos com função constitucional de garantidor dos direitos fundamentais sociais.

Espera-se, dessa forma, ter contribuído para a discussão doutrinária a respeito da instituição deste novo tipo de dano, o *dano social*, no direito brasileiro.

Abstract: The intention with the current study is to foment the doctrinaire debate concerning a new species of damage, the *social damage*, a modality that differs from what the doctrine is calling the collective moral damage. The issue will be exposed, methodologically, in sessions, which will deal about its concept, legal nature, the classification and the legitimacy to require the social damage, and, still, the quantification, the destination of the indemnity funds, the evidence and the suitability of the theory of strict liability.

Keywords: Social Damages; Human Dignity; Judicial Power.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo Bessa. Direito Ambiental. 4. ed. rev., ampl. e atualiz. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Código de processo civil interpretado/Antônio Carlos Marcato, coordenador. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.
- CARVAS, Luiz Gustavo Abrantes. Desmistificando o dumping social. Jus Navigandi, Teresina, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- ENNECERUS & LEHMANN. Derecho de obligaciones, v. 1, § 10, Barcelona, 1935, apud GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

- FARIA, José Eduardo. Os desafios do Judiciário. Revista USP. São Paulo, n. 21, pp. 47-57: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS)/USP, 1994.
- FORTON, Rozendo Escalanate. Indicadores do Bem-Estar Social: seu conteúdo e sua atualização. Debates Sociais, v. 10, n. 18, Rio de Janeiro, 1974.
- FRIEDE, Reis. Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. In: Os Pensadores – Kant (II), Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, pp. 134-135 apud BIZELLI, Rafael Ferreira. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=68c694de94e6c110>>. Acesso em: 30 ago. 2015.
- KAWAY, Mina. Dumping Social: as normas de trabalho e sua relação com o comércio internacional. Instituto Declatra, Florianópolis, 2010.
- KRELL, Andreas Joachim. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. Doutrina – prática – jurisprudência – glossário. 2. ed. rev., ampl. e atualiz. São Paulo: RT, 2001.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 80-81 apud BIZELLI, Rafael Ferreira. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=68c694de94e6c110>>. Acesso em: 30 ago. 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- TREVIZAN, Thaita Campos; SILVA, Vitor Borges da. O Dano Social como Reflexo das Novas Tendências da Responsabilidade Civil. Revista Científica-Faculdade Pio XII, Campo Grande, 2007.
- TRIERWEILER, Gustavo F. As relações de trabalho, o dumping e a crise econômica. Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, v. 21, n. 242, São Paulo, 2005.
- ZANETI JR., Hermes. A Teoria da separação de poderes e o Estado democrático constitucional: Funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO DE ACESSO A INFORMAÇÃO OFICIAL NA AMÉRICA LATINA A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS¹

Ricardo Perlingeiro²

Resumo: O texto [inspirado na conferência “Princípios sobre o acesso à informação na América Latina”, no IV Colóquio “Luso-Brasileiro Direito e Informação”, na Universidade do Porto, Portugal, dia 18 de março de 2016,] consiste em uma análise descritiva das declarações de princípios do direito de acesso à informação formuladas em 2008 pelo Comitê Jurídico Interamericano da Organização dos Estados Americanos (OEA), a partir da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (*Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. Sentença de 19 setembro de 2006), e que foram consolidadas na Lei Modelo Interamericana sobre Acesso à Informação Pública da OEA de 2010, a saber: conceito do direito à informação; alcance do direito à informação; divulgação proativa; requerimento administrativo; limites do acesso à informação; demonstração dos pressupostos das exceções ao acesso à informação; processo administrativo (extrajudicial e judicial); sanções administrativas e penais; promoção e implementação do direito à informação.

Palavras-chave: acesso à informação, Direitos Humanos, América Latina

¹ Texto adaptado da conferência “Princípios sobre o acesso à informação na América Latina”, no IV Colóquio “Luso-Brasileiro Direito e Informação”, na Universidade do Porto, Portugal, dia 18 de março de 2016.

² Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (Niterói, Rio de Janeiro). Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agradecimentos pelos comentários a Gabriel Ribeiro Perlingeiro Mendes, Reili Sampaio e Vitor Gabriel Gonçalves, graduandos da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense.

1 INTRODUÇÃO

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, na decisão *Claude Reyes e outros vs. Chile* de 2006, reconheceu a existência de um direito de acesso a informações oficiais – buscar e receber informações – com base no art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que dispõe sobre a liberdade de pensamento e de expressão.³

Na sequência, um significativo desenvolvimento ocorreu em 2008, com a aprovação dos princípios sobre o direito de acesso à informação pelo Comitê Jurídico Interamericano da Organização dos Estados Americanos (OEA).⁴

Em 2010, a Lei Modelo Interamericana sobre Acesso à Informação Pública, aprovada pela Assembleia Geral da OEA,⁵ incorporou a orientação jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos no *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile* (2006), bem como os referidos princípios sobre acesso à informação do Comitê Jurídico Interamericano (2008).

Dessa forma, apresentarei nove dos princípios declarados pelo Comitê Interamericano, os quais estão situados entre a jurisprudência da Corte Interamericana e a Lei Modelo Interamericana de Acesso à Informação Pública da OEA, visando demonstrar as tendências do direito de acesso à informação oficial na América Latina.

2 CONCEITO DO DIREITO À INFORMAÇÃO

Segundo o Comitê Jurídico Interamericano da OEA, “el acceso a la información es un derecho humano fundamental – com dupla conotação (individual e social) - que establece que toda persona puede acceder a la información en posesión de órganos públicos, sujeto solo a un régimen limitado de excepciones, acordes con una sociedad democrática y proporcionales al interés que los justifica”.⁶

³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Claude Reyes e outros vs. Chile*. São José, Costa Rica, 19 de setembro de 2006.

⁴ COMITÊ JURÍDICO INTERAMERICANO. Principles on the right of access to information. CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08). Rio de Janeiro, 7 de agosto de 2008. Ver também MENDEL, Toby. *El Derecho a la Información en América Latina: Comparación Jurídica*. Equador: UNESCO, 2009. p. 13.

⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Lei Modelo Interamericana sobre Acesso à Informação Pública. AG/RES. 2607 (XL-O/10), 8 de junho de 2010.

⁶ Principles on the right of access to information. Ponto resolutivo I.

O caráter universal do direito à informação está previsto na Lei Modelo Interamericana sobre Acesso à Informação, que prevê a possibilidade de um requerimento anônimo ou de um requerimento sem justificativa, em consonância com o entendimento da Corte Interamericana de que “o controle social que se busca com o acesso à informação sob controle do Estado é motivo suficiente para atender a um requerimento de informação, sem que se exija do requerente uma afetação direta ou um interesse específico”.⁷

3 ALCANCE DO DIREITO À INFORMAÇÃO

Assinala o Comitê Interamericano que “O direito de acesso à informação estende-se a todos os órgãos públicos em todos os níveis de governo, incluindo os que pertencem ao Poder Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário, aos órgãos criados pela Constituição ou por outras leis, órgãos de propriedade ou controlados pelo governo, e organizações que operam com fundos públicos ou que exercem funções públicas”.⁸

4 DIVULGAÇÃO PROATIVA

Na opinião do Comitê Jurídico, “os órgãos públicos devem difundir informação sobre suas funções e atividades – incluindo sua política, oportunidades de consultas, atividades que afetam o público, orçamentos, subsídios, benefícios e contratos – de forma rotineira e proativa, mesmo na ausência de um pedido específico, e de maneira que assegure que a informação seja acessível e compreensível.”⁹

No Capítulo II da Lei Modelo, entre os arts. 9 e 14, consta um detalhamento do procedimento e das informações que devem ser disseminadas de modo proativo pelas autoridades, incluindo-se as políticas públicas e a advertência de que “ninguém poderá sofrer prejuízo algum devido à aplicação de uma política pública que não tenha sido divulgada”.¹⁰

⁷ Capítulo I, art. 5, d), e) da Lei Modelo Interamericana sobre Acesso à Informação Pública..

⁸ Principles on the right of access to information. Ponto resolutivo 2.

⁹ Principles on the right of access to information. Ponto resolutivo 4.

¹⁰ Art. 12, b), 13.1, 2 da Lei Modelo Interamericana sobre Acesso à Informação Pública.

5 REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO

O preceito em questão orienta que:

Devem ser implementadas regras claras, justas, não discriminatórias e simples a respeito do manejo de requerimentos de informação. Essas regras devem incluir prazos claros e razoáveis, a previsão de assistência para aquele que solicite a informação, o acesso gratuito ou de baixo custo e que, neste caso, não exceda as despesas da cópia ou envio da informação. As regras devem dispor que, quando negado o acesso, devem ser fornecidas, em tempo razoável, as razões específicas.¹¹

6 LIMITES DO ACESSO À INFORMAÇÃO

Para o Comitê Jurídico, “as exceções ao direito de acesso à informação devem ser claras, limitadas e estabelecidas por lei”.¹² Essa “reserva de lei” é uma orientação da Corte Interamericana, segundo a qual “as restrições ao direito à informação devem estar previamente fixadas por lei como garantia de que não decorram do arbítrio do poder público”¹³ e, dessa maneira, uma norma qualquer, como um regulamento, não corresponderia à expressão “lei”.¹⁴

Ademais, vale mencionar que na Colômbia, o seu tribunal constitucional, decidiu que “são inconstitucionais **as normas genéricas ou vagas**, que podem acabar se tornando uma **espécie de permissão geral às autoridades para manterem em segredo toda informação que discricionariamente considerarem adequada**”.¹⁵

Acerca dos limites do acesso à informação, a Lei Modelo Interamericana estabeleceu 4 parâmetros: (i) aplicação do princípio da proporcionalidade, guiado pelo interesse público prevalente, entre a

¹¹ Principles on the right of access to information. Ponto resolutivo 5.

¹² Principles on the right of access to information. Ponto resolutivo 6.

¹³ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso Claude Reyes e outros vs. Chile, São José, Costa Rica, 19 de setembro de 2006. § 89.

¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinião Consultiva OC-6/86, de 9 de maio de 1986. §§ 26-29.

¹⁵ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentença C-491/07, Expediente D-6583, Bogotá, 27 de junho de 2007. Fundamento jurídico 11.

divulgação e o sigilo;¹⁶ (ii) sempre que possível, a divulgação deve ser parcial, dela excluindo-se a parte da informação que merece sigilo;¹⁷ (iii) nenhuma exceção pode ser invocada, por ofensa a interesse público, para preservar o sigilo de documento de mais de 12 anos de antiguidade, estendidos até no máximo por mais 12 anos;¹⁸ (iv) nenhuma exceção pode ser invocada, por ofensa a interesse público ou a interesse privado, nos casos de graves violações de direitos humanos.¹⁹

7 DEMONSTRAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DAS EXCEÇÕES AO ACESSO À INFORMAÇÃO

Segundo a Corte Interamericana, corresponde ao Estado afastar a presunção do dever de informação, decorrente do princípio da máxima divulgação, e portanto demonstrar e comprovar os pressupostos – fáticos e jurídicos - das exceções ao acesso à informação.²⁰

No *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, a Corte Interamericana decidiu que o Estado: “[...] deve fundamentar a negativa de prestar informação, demonstrando que adotou todas as medidas a seu alcance para comprovar que, efetivamente, a informação solicitada não tem como ser atendida [...]”.²¹

8 PROCESSO ADMINISTRATIVO (EXTRAJUDICIAL E JUDICIAL)

Conforme o Comitê Jurídico, “todo indivíduo deve ter o direito de recorrer de qualquer negativa ou obstrução de acesso à informação perante uma instância administrativa. Também deve existir o direito de apelar das decisões desse órgão administrativo ante os tribunais judiciais.”²²

¹⁶ Art. 44 da Lei Modelo Interamericana sobre Acesso à Informação Pública.

¹⁷ Ibid. Art. 42.

¹⁸ Ibid. Art. 43.

¹⁹ Ibid. Art. 45.

²⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Claude Reyes e outros vs. Chile, São José, Costa Rica, 19 de setembro de 2006. §§ 93, 159.

²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, São José, Costa Rica, 24 de novembro de 2010. § 211.

²² Principles on the right of access to information. Ponto resolutivo 8.

A Lei Modelo prevê três meios distintos ao alcance do indivíduo para proteção do direito à informação: (i) apelação interna ou pedido de reconsideração em face da autoridade que negou o direito à informação, como medida prévia facultativa, aos demais meios de impugnação; (ii) apelação externa em face de outro órgão que não coincida com aquele que negou o direito à informação, como medida prévia e obrigatória à revisão judicial; (iii) revisão judicial.²³

Ademais, uma instituição de fundamental importância que a Lei Modelo estabeleceu – acompanhada somente por uma minoria dos Estados - foi a “Comissão de Informação” como um órgão extrajudicial autônomo e independente, destinado à promoção da efetivação do acesso à informação oficial, normativa e executiva, incluindo a função jurisdicional (extrajudicial) para decidir sobre impugnações contra denegações de pedidos de acesso à informação.²⁴

Na verdade, ainda que incipiente, tem sido uma tendência a criação de órgãos independentes sobre acesso à informação. Porém, na América Latina, há somente quatro exemplos de órgãos de controle que se inclinam para uma independência efetiva assegurada por prerrogativas previstas em lei: o Chile, com o Conselho de Transparência;²⁵ El Salvador, com o Instituto de Acesso à Informação Pública;²⁶ Honduras, com o Instituto de Comissários;²⁷ e o México, com os Organismos Garantes²⁸.

Essa tímida ressonância, no território latino-americano, dos órgãos de controle do acesso à informação dotados de prerrogativas para atuar com independência, decorre da cultura jurídica europeia-continental enraizada no direito administrativo latino-americano ser incompatível com o sistema dos *quasi-judicial administrative bodies* ou *administrative tribunals*, conduzindo a um *closed judicial review*, típicos de um direito administrativo vinculado ao *common law*.²⁹

²³ Arts. 46-52 da Lei Modelo Interamericana sobre Acesso à Informação Pública.

²⁴ Arts. 54-63 da Lei Modelo Interamericana sobre Acesso à Informação Pública. Ver MENDEL, Toby. Access to information. In: VILLANUEVA, Ernesto (Org.). Derecho de la información. México: UNAM, 2007. p. 9. Ver também SNELL, Rick. Using comparative studies to improve freedom of information analysis. Insights from Australia, Canada and New Zealand. In: Ibid. p. 29.

²⁵ Arts. 31-44 da Ley chilena nº 20.285/08 (Ley sobre acceso a la información pública).

²⁶ Arts. 51-60 do Decreto de El Salvador nº 534/11 (Ley de Acceso a la Información Pública).

²⁷ Arts. 8-11 do Decreto Legislativo de Honduras nº 170/06 (Ley sobre Transparencia y Acceso a la Información Pública).

²⁸ Arts. 8, III e IV, 30, 37-42 da Ley mexicana (Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública).

²⁹ PERLINGEIRO, Ricardo. A Historical Perspective on Administrative Jurisdiction in Latin America:

9 SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E PENAIS

O princípio segundo o qual “toda pessoa que intencionalmente negue ou obstrua o acesso à informação violando as regras que garantam esse direito deve estar sujeita a sanção”³⁰ está consagrado na Lei Modelo Interamericana, que também se refere a sanções penais, considerando crime a adulteração ou destruição de documentos que tenham sido objetivo de pedido de informação.³¹

10 PROMOÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À INFORMAÇÃO

É dever dos Estados promover uma cultura de acesso à informação; adotar medidas para implementação adequada do acesso à informação; e ajustar as normas jurídicas às exigências do direito à informação.³²

Ademais, conforme a Corte Interamericana, é considerada uma atitude vulneratória do direito de acesso à informação **o despreparo dos funcionários públicos para lidar com o tema, em especial para incorporar os parâmetros convencionais a respeito do regime de exceções**, devendo, portanto, os Estados promover, em tempo razoável, a capacitação jurídica dos órgãos, autoridades e agentes públicos.³³

11 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De um modo geral, a legislação e jurisprudência dos países latino-americanos - de origem Ibérica e que se sujeitam à Convenção Americana - atendem à Declaração de Princípios do Comitê Jurídico Interamericano da Organização dos Estados Americanos (OEA) e à Lei Modelo Interamericana sobre Acesso à Informação, as quais sistematizam e codificam a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A associação do direito à informação a um direito fundamental, conforme conceituado pelo Comitê Interamericano, em consonância

Continental European Tradition versus US Influence. *British Journal of American Legal Studies - BJALS* Vol 5(1), 2016.

³⁰ Principles on the right of access to information. Ponto resolutivo 9.

³¹ Arts. 64-66 da Lei Modelo Interamericana sobre Acesso à Informação Pública.

³² Principles on the right of access to information. Ponto resolutivo 10.

³³ *Ibid.*, §§ 164 e 165.

com a jurisprudência da Corte Interamericana, encontra-se consolidada nos sistemas jurídicos latino-americanos e é chave essencial para os legisladores, autoridades e juízes implementarem os demais princípios preconizados pela OEA.

No entanto, duas questões relacionadas com a faceta procedimental do direito à informação merecem destaque, na medida em que seriam mais facilmente solucionadas na arena política do que jurídica.

A primeira está afeta ao princípio sobre a implementação adequada do acesso à informação, e decorre dos **conceitos vagos** sobre as exceções ao direito à informação estarem sujeitos à apreciação de funcionários públicos sem formação jurídica e sem garantias para uma atuação imparcial. Funcionários sem formação jurídica não detêm capacidade cognitiva nem credibilidade para uma atuação que dependa da primazia dos direitos fundamentais e, eventualmente, que precise contrariar ou suprir a ausência ou insuficiência de regulamentos ou leis sobre acesso à informação.

A segunda, compreendida no princípio sobre a proteção do direito à informação, quanto às prerrogativas de independência dos órgãos administrativos responsáveis pelos recursos contra as decisões que negam o acesso à informação. A proposta da Lei Modelo Interamericana, acompanhada por apenas quatro países latino-americanos (Chile, El Salvador, Honduras e México), contém traços das *quase-judicial authorities* e do *closed judicial review* típicos do direito administrativo vinculado ao *common law*, o que é um complicador em uma América Latina de tradições jurídicas de *civil law*.

Dessa forma, para que o acesso à informação cumpra realmente o seu papel de controle democrático da atuação do poder público – de transcendental importância no atual contexto político-econômico dos Estados latino-americanos – não bastaria que a compatibilidade entre o direito nacional e os princípios da OEA se limitasse a declarações de direitos e deveres sobre o acesso à informação, mas seria imperativo que as garantias institucionais do direito à informação fossem revisitadas.

The development of the right of access to official information in Latin America according to the case law of the Inter-American Court of Human Rights

Abstract: This text was derived from on the lecture “Principles of information access in Latin America” presented at the 4th Colloquium on “Portuguese/

Brazilian Law and Information”, at the University of Porto, Portugal, on 18 March 2016, consisting of a descriptive analysis of the declaration of principles of the information access rights formulated in 2008 by the Inter-American Juridical Committee (IAJC) of the Organization of American States (OAS), based on the case law of the Inter-American Human Rights Court (Case of Claude Reyes et alia vs. Chile. Judgment of 19 September 2006), which were consolidated into the OAS Model Inter-American Law on Access to Public Information of 2010, namely: the concept of the right to information; the scope of the right to information; proactive disclosure, administrative request; limits on information access; demonstrating fulfillment of the prerequisites for denying information access; administrative proceedings (non-judicial and judicial); penalties under administrative and criminal law; promoting and implementing the right to information.

Keywords: access to information, Human Rights, Latin America

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHILE. Lei nº 20.285, de 11 de julho de 2008 (Ley sobre acceso a la información pública).

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentença C-491/07, Expediente D-6583, Bogotá, 27 de junho de 2007. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-491-07.htm>> Acesso em: 8 jun. 2016.

COMITÊ JURÍDICO INTERAMERICANO. Principles on the right of access to information. CJI/RES. 147 (LXXIII/O/08). Rio de Janeiro, 7 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://bit.ly/1nSf3fu>>. Acesso em: 2 jan. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Claude Reyes e outros vs. Chile, San José, Costa Rica, 19 de setembro de 2006. Disponível em: <<http://bit.ly/1EJmcBE>>. Acesso em: 2 jan. 2016.

_____. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, São Jose, Costa Rica, 24 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/1KdWmN3>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

_____. La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinião Consultiva OC-6/86, de 9 de maio de 1986. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2016.

EL SALVADOR. Decreto nº 534, de 3 de março de 2011 (Ley de Acceso a la Información Pública).

HONDURAS. Decreto Legislativo nº 170, de 30 de dezembro de 2006 (Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública).

MENDEL, Toby. Access to information. In: VILLANUEVA, Ernesto (Org.). Derecho de la información. México: UNAM, 2007.

_____. El Derecho a la Información en América Latina: Comparación Jurídica. Ecuador: UNESCO, 2009. Disponível em: <<http://bit.ly/1MVf6BA>>. Acesso em: 2 jan. 2016.

MÉXICO. Lei de Acesso a Informação, de 4 de maio de 2015 (Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública). Disponível em: <<http://bit.ly/1AAF2b9>>. Acesso em: 7 jun. 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Lei Modelo Interamericana sobre Acesso à Informação Pública. AG/RES. 2607 (XL-O/10), 8 de junho de 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/1nrf2hU>>. Acesso em: 2 jan. 2016.

PERLINGEIRO, Ricardo. A Historical Perspective on Administrative Jurisdiction in Latin America: Continental European Tradition versus US Influence. *British Journal of American Legal Studies - BJALS* Vol 5(1), 2016. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=2592418>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

SNELL, Rick. Using comparative studies to improve freedom of information analysis. Insights from Australia, Canada and New Zealand. In: VILLANUEVA, Ernesto (Org.). Derecho de la información. México: UNAM, 2007. p. 13-52. Disponível em: <<http://bit.ly/1YJAA6o>>. Acesso em: 10 maio 2016.

AS MARCAS ENQUANTO PROPRIEDADE E ENQUANTO EXPRESSÃO¹

Rodrigo Luiz Ferraz Caetano²

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, os valores de mercado mudaram e evoluíram, muitas vezes até mesmo contra a nossa vontade ou consciência. É o que defende o filósofo americano da universidade de Harvard, Michael Sandel. Ele diz que desde o início dos anos 80, na época de Reagan e Thatcher, o mercado vinha em constante evolução, promovendo, cada vez mais, a fé que a sociedade depositava na sua capacidade de gerar prosperidade e liberdade³.

Era de se esperar, portanto, que tal pensamento estivesse refletido nos nossos valores constitucionais — os escritos em 88 ou os de fato — e incutido no modo de funcionamento da nossa sociedade. Basta analisar o *status* constitucional que a propriedade e ordem econômica tem dentro de nosso texto e como eles são valorizados pelo nosso ordenamento para que isso se confirme.

Não é à toa que a sociedade percebe que os valores de algumas liberdades têm ficado cada vez mais “tímidos” quando confrontados com outros valores, principalmente os comerciais⁴.

¹ Artigo adaptado de monografia de mesmo título, apresentada ao Departamento de Direito da PUC-Rio para a concessão do grau de Bacharel em Direito.

² Advogado formado pela PUC-Rio.

³ SANDELL, Michael J.; *What Money can't buy: the moral limits of markets*. Farrar, Stratus and Giroux, Nova York. 2013. p. 6.

⁴ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes; *Liberdade de expressão, Internet e signos distintivos*: Revista Eletrônica do IBPI – Revel Nr. 3. 2011

Com o poder de mercado em evolução, pudemos perceber um avanço em todos os tipos de expressão comercial, inclusive os que se referem às marcas. Assim, é natural que tenha crescido o número de conflitos, possíveis ou de fato, entre os instrumentos normativos que proíbem o uso não autorizado de uma marca e o direito, por exemplo, da liberdade de expressão⁵.

Porém, Sandel defende que, se o mercado vinha em constate evolução, nem tudo permanece igual.

Hoje, essa fé (em mercados e valores de mercado) está em questão. A era do triunfalismo do mercado chegou ao fim. A crise financeira [de 2008] fez mais do que levantar dúvidas sobre a habilidade do mercado de alocar riscos de maneira eficiente. Ela também promoveu um senso geral de que os mercados se distanciaram da moral, e que nós precisamos, de alguma maneira, nos reconectar com eles. Mas não é óbvio o que isso significa, nem como devemos lidar com isso (livre tradução).⁶

É por isso que este trabalho busca compreender melhor a posição que ocupam as marcas enquanto bens imateriais, criados visando o melhor funcionamento daquele mercado expansivo, e como elas são, muitas vezes, usadas como símbolos para a própria propagação dos ideais mercadológicos.

Para isso, dividiremos o trabalho em quatro partes: na primeira, vamos analisar como funciona o instituto da propriedade intelectual, para então, na segunda, estudarmos como funcionam as marcas. Em seguida, na terceira, focaremos nos valores da liberdade de expressão para, finalmente, na quarta parte, podermos analisar com cuidado os novos comportamentos das marcas e os conflitos que com ele se apresentam.

O objetivo, desse modo, é estudarmos a realidade brasileira — social, legal e judiciária — para encontrar e entender onde residem os conflitos com as liberdades, buscando descobrir que instrumentos temos no nosso ordenamento para lidar com eles e, conseqüentemente, como podemos nos posicionar.

PRIMEIRA PARTE: A PROPRIEDADE E OS BENS INTELECTUAIS

Como bem reconhece o mestre Caio Mario⁷, a propriedade, seja enquanto

⁵ RAMSEY; Lisa P.; Free Speech and International Obligations to Protect Trademarks.

⁶ SANDEL, Michael J.; Op. Cit. p.6

⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva; Instituições de Direito Civil. v.4. 20ª. Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2009; p. 67

conceito ou instituto jurídico, já foi e continua sendo o objeto de estudo das mais diversas áreas das ciências humanas. Tentar lhe atribuir uma definição absoluta é um desafio do mais alto calibre e não é esse o objetivo deste trabalho. Porém, para começar nossos estudos, é necessário compreender como esse instituto é percebido pela sociedade e abarcado pelo ordenamento.

1.1. O conceito de propriedade

Começando por uma análise sociológica, Bauman traz à tona os conceitos de mentes como Charles S. Pierce, Descartes e Kant, diferenciando os seres humanos, enquanto seres pensantes, do restante da criação. Ele se utiliza das classificações de *sujeitos* – como seres capazes de agir e de ter vontade –, e *coisas* – como objetos inanimados, que são objetos de escrutínio e manipulação desses *sujeitos*.⁸

De fato, as coisas são feitas; ou (mais precisamente) são projetadas e moldadas, produzidas, modeladas, recebem forma, definição, tem sua identidade atribuída e absolutamente todas são investidas de significado pela mente humana, uma entidade ou força a elas externa. Como são desprovidas de consciência e, por conseguinte, de capacidade de significar, seu significado é determinado por 'sujeitos'; os seres pensantes-pretendentes-agentes.

Desse modo, podemos perceber como somos nós os responsáveis pela concepção daquilo que possuímos. A relação que construímos com os objetos de nossa propriedade é intrinsecamente ligada à nossa natureza, à nossa capacidade e necessidade de atribuir significado às coisas.

Na filosofia, buscando uma origem para a ideia de propriedade, dizia John Locke que ela tinha um caráter de direito natural, como fruto do trabalho humano. Nesse sentido, a sua manutenção funcionaria como maneira de expressar a própria liberdade e o Estado teria como uma de suas principais funções a defesa e a garantia desse direito⁹.

Em outra direção seguiu Rousseau, defendendo que, apesar de a todo ser humano se dever naturalmente um direito sobre aquilo que lhe é necessário, “o ato positivo que o faz proprietário de algum bem o exclui de

⁸ BAUMAN, Zygmund. A riqueza de poucos beneficia todos nós?; Editora Zahar. Rio de Janeiro, 2013; p. 84-85

⁹ LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo Civil;

todo o resto”¹⁰. Desse modo, o francês defende que a instituição do direito civil à propriedade foi feita através da fictícia assinatura do pacto social e é essa uma das causas geradoras da desigualdade do entre os homens.¹¹

Assim, com o Iluminismo, foi lançada uma dicotomia entre as concepções contratualistas e jusnaturalistas do conceito de propriedade, onde os primeiros defendem a precedência do Estado à sua instituição, enquanto os últimos defendem o oposto, clamando que o Estado predita o instituto, tendo como um de seus objetivos a sua proteção¹².

Já no âmbito jurídico brasileiro, a propriedade foi bem definida no artigo 1.228 do Código Civil¹³, que determina ao detentor do direito as faculdades de: (i) uso — *ius utendi*; (ii) gozo — *ius fruendi*; (iii) disposição — *ius abutendi*; e (iv) reaver a coisa de quem a possui injustamente — *rei vindicatio*. Além disso, o parágrafo primeiro deste artigo relembra o conceito constitucional de função social.

Logo, apesar de conservar muito do conceito clássico, a verdade é que a propriedade no direito não mais é vista unicamente como individualista nem coletiva. O conceito da função social da propriedade já foi largamente abarcado, sendo definido na Constituição Federal — como direito fundamental¹⁴ e princípio da ordem econômica¹⁵— e no próprio Código Civil, como condição para o próprio exercício do direito.

O instituto assumiu, portanto, um perfil diferenciado — aparentemente vencidas as concepções contratualistas ou jusnaturalistas —, sendo concebido como mais do que o mero fruto do trabalho do homem ou como objeto do seu poder de domínio, mas — e principalmente — como um instrumento para a construção de uma sociedade próspera.

Para que se preserve a noção de ordenamento jurídico como construção unitária e necessariamente complexa, há de se ter na CR [Constituição da República] o fundamento interpretativo da legislação

¹⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques; O Contrato Social ou Princípios do Direito Político; Escala Educacional. São Paulo, 2006; p. 30

¹¹ Id. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens;

¹² VENDRUSCOLO, Stephanie Gruszka; A Propriedade Intelectual como conceito socialmente construído; Boletim GEDAI — Edição I. Ano IX.

¹³ BRASIL. Lei 10.406/2002. Código Civil.;

¹⁴ BRASIL. Constituição Federal. Artigo 5º. Inciso XIII.

¹⁵ BRASIL. Constituição Federal. Artigo 170

infraconstitucional. Corroborar-se assim o fenômeno conhecido como a “despatrimonialização” do direito privado, a representar a superação do individualismo e da patrimonialidade como um fim em si mesmo, em favor da pessoa e da sua plena realização existencial¹⁶.

1.2. A propriedade intelectual como criação da sociedade.

Tendo brevemente olhado para as características e o comportamento do instituto da propriedade civil como um todo, passamos agora a uma análise mais específica do campo da propriedade intelectual.

A marca é o conjunto de um ou mais sinais indicativos que individualizam determinado produto ou serviço, ou um grupo deles, necessariamente associado a um empreendimento de qualquer natureza.¹⁷ Usada como propaganda, além de poder também identificar a origem, deve primordialmente incitar ao consumo, ou valorizar a atividade empresarial do titular.¹⁸

É bem reconhecido que a marca é o direito da propriedade intelectual mais assimilável à propriedade comum, até mesmo por ser a única das suas formas que não é limitada pelo tempo.¹⁹

Há de se considerar, contudo, que ninguém pode se apropriar plenamente de denominações, especialmente aquelas que consistem ou se utilizam primordialmente de termos da linguagem corrente, principalmente quando em seu sentido comum²⁰.

Isso é um dos indicativos nos remete ao que versa a teoria do *market failure*, aplicada não somente no âmbito das marcas como a todo o campo da propriedade intelectual.

Essa teoria parte do pressuposto que o livre mercado deve guiar todas as relações econômicas, mas que existe uma falha no funcionamento desse livre mercado. Isso é o que leva ao surgimento do conjunto de restrições que conhecemos como propriedade intelectual.

¹⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; DE MORAES, Maria Celina Bodin; Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República – Volume III; Editora Renovar. Rio de Janeiro, 2011; p. 501

¹⁷ BARROS, Carla Eugenia Caldas; Manual de Direito da Propriedade Intelectual. 1ª. Edição, Editora Evocati. Aracaju, 2007. p.315

¹⁸ BARBOSA, Denis Borges; Uma Introdução a Propriedade Intelectual. 2003. p. 698

¹⁹ Id.; Nota sobre a noção de propriedade da marca na lei ordinária brasileira. 2005

²⁰ BARROS, Op. Cit. p. 323.

Assim explica Denis Barbosa:

No entanto, existe um problema: a natureza dos bens imateriais, que fazem com que, em grande parte das hipóteses, um bem imaterial, uma vez colocado no mercado, seja suscetível de imediata dispersão. (...) a desvantagem dessa dispersão do conhecimento é que não há retorno na atividade econômica da pesquisa. Consequentemente, é preciso resolver o que os economistas chamam de falha de mercado, que é a tendência de dispersão dos bens imateriais, principalmente aqueles que pressupõe conhecimento, através de um mecanismo jurídico que crie uma segunda falha de mercado, que vem a ser a restrição de direitos.²¹

É essa a ideia por trás do poderoso texto de Thomas Jefferson, aqui em livre tradução:

Se a natureza produziu qualquer coisa menos suscetível de propriedade exclusiva, é a ação do poder de pensamento que chamamos de ideia, que um indivíduo pode possuir exclusivamente enquanto ele mantê-la para si; mas, no momento em que é divulgada, ela se força à posse de todos, e o receptor não pode deixar de possuí-la. Seu caráter peculiar, também, é que ninguém a possui menos, porque todos os outros possuem a sua totalidade²².

Se as ideias são criações da mente humana que “um indivíduo só pode possuir exclusivamente se mantê-la para si”; e, se divulgadas, “elas se forcem sobre a posse de todos”, de maneira que eles não possam dela se desfazer, então, para que se imponham direitos de exclusividade sobre ideias que foram criadas justamente para serem impostas sobre as mentes alheias – como as marcas – é necessária uma complexa tentativa do direito para se opor, com a mesma força, ao funcionamento natural do mundo. Essa tentativa é a instituição da propriedade intelectual.

A propriedade estável é um presente da lei social, e foi dado tarde no progresso da sociedade. Seria curioso, portanto, se uma ideia, a fermentação fugitiva de uma mente individual, pudesse, de maneira natural, ser exigida como propriedade exclusiva e estável (...). A sociedade pode dar um direito exclusivo aos lucros que derivam dela como um encorajamento para que os homens persigam ideias que podem produzir utilidade, mas isso pode ou não ser feito, de acordo

²¹ BARBOSA, Denis Borges; Uma Introdução a Propriedade Intelectual. 2003. p.73

²² JEFFERSON, Thomas; Letter to Isaac McPherson, 1813.

*com a vontade e a conveniência da sociedade, sem exigências ou reclamações de ninguém*²³.

Assim compreendemos como a existência da propriedade intelectual funciona como uma forte intervenção no estado natural da vida dos indivíduos. Por isso, e de acordo com o nosso próprio mandamento constitucional, o direito à propriedade intelectual deve ser entendido como baseado no interesse público, mesmo que tenha como objeto de proteção a atividade criativa e/ou econômica individual.

Nesse sentido, é importante observar o dizer do artigo 5º, XXIX da Carta Magna, que assegura a proteção da propriedade aos bens intelectuais:

Art. 5º XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

Sobre o texto, especificamente sobre a sua cláusula finalística é essencial a observação feita por Denis Barbosa:

*Como se vê, o preceito constitucional se dirige ao legislador, determinando a este tanto o conteúdo da Propriedade Industrial (“a lei assegurará...”), quanto a finalidade do mecanismo jurídico a ser criado (“tendo em vista...”). A cláusula final, novidade do texto atual, torna claro que os direitos relativos à Propriedade Industrial não derivam diretamente da Carta, mas da lei ordinária; e tal lei só será constitucional na proporção em que atender aos seguintes objetivos: a) visar o interesse social do País; b) favorecer o desenvolvimento tecnológico do País; c) favorecer o desenvolvimento econômico do País*²⁴.

Isso ocorre porque a imposição desses direitos de propriedade requer que o homem contra quem eles sejam impostos lute contra seus mais básicos instintos.

Já dizia Aristóteles que o instinto humano de imitação é o que demarca a diferença entre o humano e os animais. O ser humano é a criatura mais copiadora de todas, e é através dessa capacidade de imitação que

²³ Ibidem.

²⁴ BARBOSA, Denis Borges. Op. Cit. p. 111.

aprendemos nossas lições. Indo além, ele ainda afirma que “não menos universais são os prazeres sentidos ao imitar as coisas²⁵”.

Desse modo, independente do supostamente vencido debate entre contratualistas e jusnaturalistas sobre a propriedade civil, resta claro que a propriedade intelectual nos remete à ideia defendida por Rousseau, de que ela foi criada pelo estado.

Tal conclusão deve servir de alerta, uma vez que, como vimos, para o filósofo é justamente a criação dos institutos de propriedade uma das principais causas responsáveis pela origem da desigualdade entre os homens. Por isso, em um mundo cada vez mais governado pelos mercados, sempre será necessário atenção à aplicação dos conceitos de propriedade intelectual.

Por isso, vale observar o que diz o filósofo francês sobre as condicionantes para o reconhecimento dos direitos de propriedade:

(...) primeiramente, que esse terreno não se encontre habitado por ninguém; em segundo lugar, que apenas seja ocupada a área de que se tem necessidade para subsistir; em terceiro lugar, que se tome posse dela não em virtude de uma vã cerimônia, mas pelo trabalho e pelo cultivo, único sinal de propriedade que, na falta de títulos jurídicos, deve ser respeitado pelos outros²⁶.

Essa propriedade, principalmente o direito marcário²⁷, age inserindo no ambiente de mercado bens que, de outro modo, não estariam lá. Por isso o direito precisa de mecanismos para acompanhar a velocidade com que os mercados evoluem, se pretende atuar de maneira eficiente como mecanismo de correção das suas falhas.

²⁵ ARISTÓTELES, Poética.

²⁶ Interessante notar aqui a similaridade do que versa Rousseau com conceitos importantes, como o de distintividade relativa, o de especialidade — voltaremos a falar de ambos mais à frente — e até mesmo o da função social da propriedade. ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens;

²⁷ “A extensão jurídica do exclusivo marcário não é estática e prefixada, como ocorre com a equação das patentes (...). Pelo contrário, o poder de exclusão de uma marca cresce (e decresce) no tempo, em função de seu conhecimento público, e da eficácia ou não do investimento em criar uma imagem-de-marca dotada de unicidade. Com isso, cresce a penumbra de proteção em torno do alcance inicialmente deferido, como aplicado pelos tribunais e — eventualmente — como complementado pela declaração de alto renome ou pela generificação. (...). Uma marca tem um espaço de exclusão inicialmente medido pela sua distintividade em face do domínio público; e esse é um efeito jurídico, e não meramente econômico como ocorre com uma patente que, mesmo nos limites do reivindicado, é hábil a produzir retornos excepcionais. A marca é um animal vivo” (grifos meus). Em BARBOSA, Denis Borges. A oponibilidade da marca varia com sua força distintiva e o tempo. 2011.

É esse o alerta de Ralph Brown, em 1948, lembrado por sua ex-aluna, a Prof^a. Jessica Litman, aqui em livre tradução:

Em uma sociedade aquisitiva, a corrida pelas vantagens do monopólio é uma poderosa fonte de pressão. Deixada livre, ela iria, indubitavelmente, patentear a roda, postular autoria do alfabeto, e registrar o sol e a lua como marcas exclusivas.²⁸

No que tange as marcas, é importante estudar até que ponto as restrições impostas pela lei, e assim o domínio, ou o direito exclusivo, sobre esses signos – naturalmente incapazes de figurar como objeto de propriedade – se portam frente aos valores sociais e aos próprios valores da marca comercial, para avaliar se os instrumentos a nossa disposição são aptos para desempenhar a função de que estão incumbidos.

1.3. A natureza jurídica do direito sobre os bens intelectuais.

Vimos que uma marca é uma combinação de signos e símbolos feitos para distinguir e identificar um produto, de maneira a informar, atrair e fidelizar o público receptor. Assim, a ideia de propriedade – ou os conceitos de apropriação, ou uso exclusivo –, deve ser analisada com muito cuidado.

A Lei 9.279/96 (LPI) define, em seu artigo 5º, os direitos de propriedade intelectual como bens móveis²⁹. Nesse sentido, é interessante observar a definição de bem. O conceito trazido por Carla Eugênia Caldas Barros, acaba por lembrar o trecho já citado de Bauman:

(...) de forma objetiva, pode-se afirmar que um bem é, de maneira geral, uma coisa. Sua relação com o homem diz respeito à permanência do próprio homem no mundo ou, de outro modo à coisa como algo de que ele pode usufruir. Assim definido, o conceito de bem suscita o de res do direito romano: aquilo que está em causa. Ele se identifica, inteiramente, com a concepção marxista de bem. A coisa constitui-se um bem quando lhe é atribuído um valor,

²⁸ LITMAN, Jessica. Breakfast with Batman: The Public Interest in the Advertising Age. 108 Yale Journal of Law – Issue 7, Sep. 1999.

²⁹ “A classificação dos direitos de propriedade industrial como bens móveis concorda com a utilização dada a eles pelas empresas, nas suas carteiras de intangíveis, possibilitando que esses direitos façam parte, então, de diversas operações financeiras.”. INSTITUTO DANNEMANN SIEMSEN DE ESTUDOS JURÍDICOS E TÉCNICOS. Comentários à Lei da Propriedade Industrial. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 15

*espécie de medida indicadora dos níveis de raridade e necessidade de algo para alguém.*³⁰

As criações intelectuais seriam, portanto, objetos que, ao assumir o caráter de bem jurídico e serem de existência abstrata, representam manifestações claras, impregnadas por nós de significado, de um bem imaterial.

Tendo bem definido que as marcas, enquanto criações intelectuais, são bens móveis imateriais, como é pacífico, nos resta investigar a sua natureza jurídica. Este é um ponto que levanta controvérsias na doutrina.

As teorias que versam sobre a natureza dos direitos sobre os bens imateriais podem ser divididas em três grupos: (i) as que se baseiam no objetivo do direito; (ii) as que se baseiam na função do direito; e (iii) as que tomam como base o conteúdo do direito³¹.

Vale mencionar, do primeiro grupo, a teoria de Edmond Picard, que defende a criação de uma nova categoria da clássica divisão tripartida do direito, a dos *direitos intelectuais*. Ele defende que os bens intelectuais não podem ser considerados como *res*, e, portanto, não poderiam ser concebidos como objeto de um direito de propriedade.

Do segundo grupo e de grande importância é a teoria do direito de clientela, estabelecida por Paul Roubier e Tulio Ascarelli, e que conta com Denis Barbosa como um de seus defensores. Sobre ela, o autor diz o seguinte:

O caso particular da propriedade imaterial de que trata a Propriedade Intelectual é a de uma atividade econômica que consiste na exploração de uma criação estética, um investimento numa imagem, ou então uma solução técnica, cujo valor de troca merece proteção pelo Direito. Uma análise mais cuidadosa da questão revela que, em todos os casos, há de início um direito de oportunidade — o de explorar o mercado propiciado pela criação imaterial. A exclusividade legal apenas apropria este mercado novo, localizado, em benefício do criador. (...) Este conceito de propriedade, elaborado através da análise da estrutura dos direitos, compatibiliza tanto com o dominium romano quanto a noção de 'propriedade sobre o valor de troca' definida na jurisprudência americana. Concebida como um poder, quando exercida sobre um conjunto de bens materiais e bens imateriais, constituído para gerar valores de troca (a empresa)

³⁰ BARROS, Carla Eugenia Caldas. Op. Cit. p. 43-44.

³¹ NASCIMENTO, João Paulo Capella. A natureza jurídica do direito sobre os bens imateriais. Em: Revista da ABPI. São Paulo: Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. n° 28. Mai/Jun de 1997.

*a propriedade não é um poder 'passivo'. Não é um poder de conservação, mas de ampliação*³².

Finalmente, sobre o terceiro grupo, vale citar a teoria da propriedade *tout-court*, que busca equiparar os direitos de propriedade intelectual aos direitos reais em todos os sentidos, dizendo que o direito de propriedade introduzido pela lei civil, visto anteriormente neste trabalho, pode sim explicar a natureza jurídica dos bens incorpóreos.

É essa a posição adotada por diversos doutrinadores clássicos, entre eles Pontes de Miranda, Teixeira de Freitas e Gama Cerqueira.

Sem pretender esgotar a questão, mesmo Denis Barbosa, defensor do conceito de direito da clientela, acaba por concordar com o tratamento da propriedade intelectual dentro do escopo civil dos direitos reais da propriedade comum, “na inexistência de regras específicas e na proporção em que as regras aplicáveis a coisas tangíveis o são às atividades humanas”³³.

Para isso, ele reconhece a “dupla natureza” (direito de clientela e de propriedade) do direito às marcas, e faz a importante distinção de algumas características específicas dos signos distintivos que demarcam a diferença entre a propriedade civil comum e a intelectual, sobre as marcas³⁴. São elas: (i) a restrição à especialidade da marca, um princípio que veremos mais a frente; (ii) a afeição do signo a uma finalidade de mercado; (iii) o fato de a propriedade nascer do título jurídico; (iv) o princípio da universalidade da cessão da marca; (v) a restrição da territorialidade da propriedade; (iv) a hipótese de caducidade da propriedade; e (vii) a exaustão da propriedade após a “primeira venda”³⁵.

Além disso, o autor também reconhece a existência de outros limites possíveis à propriedade das marcas, considerando-a “inoponível, assim, a qualquer uso do signo sem conotação comercial e sem prejuízo para seu caráter distintivo”³⁶.

³² BARBOSA, Denis Borges. Uma Introdução a Propriedade Intelectual. 2003. p.78

³³ Ibidem. p.78

³⁴ “Essa propriedade, que é um direito real, seja por aplicação direta, seja por analógica, segue até certo ponto o paradigma da propriedade mobiliária. Mas a sua dupla natureza de direito concorrencial, além da propriedade, se expressa por um conjunto de exceções ou moderações ao paradigma mobiliário”. Id. Nota sobre a noção de propriedade da marca na lei ordinária brasileira. 2005.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Ibidem.

SEGUNDA PARTE: AS MARCAS ENQUANTO OBJETO DE PROPRIEDADE.

Tendo observado, até aqui como funcionam os institutos da propriedade e porque tratamos dos direitos impostos sobre as marcas como direitos de propriedade intelectual ou industrial, agora é necessário melhor analisar o posicionamento e os requisitos da legislação infraconstitucional para que esses direitos possam ser impostos sobre um signo.

2.1. Os requisitos legais para o registro e proteção de marcas.

A Lei 9.279/96 (LPI) reserva o título III às marcas e começa a tratá-las a partir do artigo 122, que define quais seriam os signos suscetíveis de registro. A sua leitura deve ser feita juntamente com os artigos 123, que define marcas de produto, de certificação e coletivas, e 124, com todos os seus vinte e três incisos, listando, em oposição, o que seria vedado ao registro.

Focaremos aqui nas marcas de produto, que são aquelas utilizadas para distinguir única e exclusivamente um produto ou serviço.

Para ser suscetível de registro, o sinal distintivo deve ser visualmente perceptível (excluindo-se assim as marcas olfativas e de sons) e deve ser capaz de distinguir produto ou serviço de outro idêntico. É o princípio da *distintividade* ou *distinguibilidade*.

Podemos falar em distintividade absoluta, adquirida e relativa. Já em termos absolutos, pode-se usar uma divisão em graus de distintividade de uma marca.

Os sinais *genéricos* são aqueles sinais de uso geral, empregados para designar os produtos que geralmente são associados a ele. Já as marcas *descritivas* são marcas que se utilizam de imagens ou descrições para se designar o produto, como é o caso da marca “Zero”, pretendida pela Coca-Cola para seus refrigerantes, mas negada judicialmente³⁷. A estes signos, normalmente não se garante proteção, devido a seu baixo grau distintivo.

As marcas *sugestivas* requerem mais engajamento do público, mas ainda dão indicações indiretas ao que se referem. É o caso, por exemplo,

³⁷ BRASIL. Apelação 0263107-84.2007.8.26.0100. São Paulo. 6ª Câmara de Direito Privado; Rel. Francisco Loureiro; Data de registro: 25/04/2012

do *Spoletto*. Já as *arbitrárias* são aquelas onde as palavras usadas existem em determinado campo semiológico, mas foram transferidas para outro de modo a servirem como marca. Cita-se, como exemplo, a empresa mundialmente famosa, "*Apple*", maçã em inglês. Por último, as *marcas de fantasia* são aquelas cujos termos foram cunhados com a finalidade única e específica de designar seu produto ou serviço. É o caso da *Häagen-Dazs*³⁸.

Em termos de distintividade adquirida, tratamos de um processo onde a imagem da marca é criada ou construída baseada em uma série de experiências do consumidor com o produto ou serviço. Assim diz Denis Barbosa:

*O valor da marca se constrói através de um efeito comunicativo: ela vale na proporção do reconhecimento do significado, seja em razão da espontaneidade, seja pela indução da publicidade. O público, reagindo à publicidade, ou por iniciativa própria, vai criando sentido para a marca, num processo que alguns descrevem como autoria coletiva.*³⁹

Esta construção da imagem se daria de maneira positiva, através da significação secundária (o *secondary meaning*)⁴⁰, aumentando o grau de distintividade da marca e, simultaneamente, de um processo negativo de *generificação*.

Por último a noção de distintividade relativa se refere ao valor distintivo das marcas em relação a outras já registradas. É aqui que cabe tratar da teoria da distância, que trata da capacidade de coexistência entre duas marcas semelhantes. Uma vez que colocadas em setores distintos do mercado, distantes uma das outras, elas não podem engajar em competição de fato, e, portanto, não haverá motivo para a não concessão dos direitos a ambas⁴¹.

Assim, para a análise da distintividade relativa, não basta apenas a mera semelhança fática, mas também de sua efetiva concorrência. Por isso a questão da *especialidade* pode ser considerada uma das mais importantes no estudo marcário.

³⁸ BARBOSA, Denis Borges. Da proteção real da marca não registrada no Brasil. 2013.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Sobre o assunto, diz Pedro Marcos Barbosa: "A tese do secondary meaning, ou do significado secundário, permitiria um titular de tal signo distintivo descritivo obter a exclusividade do termo por um uso contínuo, e fama adquirida, que levassem seu público alvo a identificar o comerciante além da designação intitulada". Em: BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Uma sucinta análise da Teoria dos Sistemas para com a Propriedade Intelectual. Revista Eletrônica do IBPI - Revel. Nº. 6. 2012. p. 421.

⁴¹ BARROS, Carla Eugenia Caldas. Op. Cit. p. 338.

Essa ideia pressupõe “espaço de concorrência”, pois, de acordo com Denis Barbosa, “a confundibilidade das marcas como símbolo só é pertinente na proporção em que o consumidor passe a adquirir um produto de terceiro pensando que é do titular, ou pelo menos induzido pela memória genérica dele”.⁴²

Desse modo, por presumir e depender da análise concorrencial, a especialidade é um quesito que merece delicada atenção, caso a caso.

“(...) não se imagine que a especialidade é um fenômeno estático ou genérico; ao contrário, o que pode ser colidente num mercado europeu, com métodos de distribuição próprio, pode não ser no americano. O que pode ser colidente hoje não era há dez anos. Mais ainda, pelo alargamento da linha de produtos e serviços, efetuada como padrão de mercado, os limites da especialidade determinada podem se deslocar, inclusive por associação.”⁴³

Tendo observado os principais quesitos observados no registro das marcas, nos falta analisar, então, as proibições. Considerando o longo rol do artigo 124 da LPI, Carla Eugenia Barros acaba por adotar o mesmo sistema sintetizado por Denis Barbosa, aqui também utilizado.

De acordo com as causas jurídicas da proibição, divide-se as causas de não registrabilidade em⁴⁴: (i) os signos já apropriados por terceiros; (ii) signos que representariam violações a moral e/ou a ética; (iii) signos que poderiam produzir ou provocar erro ou confusão no consumidor; e (iv) signos de outro modo protegidos pelo direito brasileiro.

2.2. As marcas de alto renome e suas proteções especiais.

O termo “alto renome” permanece sem definição no ordenamento e, se a lei não supre essa necessidade, recorreremos então à doutrina. Denis Barbosa diz o seguinte:

A marca cujo poder de identificação e atração constitui um valor econômico realizado, e que, no dizer de Pillet, pertence ao vocabulário dos consumidores e lhes permite trocar a experiências

⁴² BARBOSA, Denis Borges. A especialidade das marcas. 2002.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ BARROS, Carla Eugenia Caldas. Op. Cit p. 329.

*a respeito dos produtos identificados, é a chamada “grande marca”. Quando, em virtude de seu prestígio, a marca tem poder evocativo que ultrapassa os limites de seu mercado, setorial ou geográfico, tem-se a “marca notória”.*⁴⁵

Depreende-se então que esse *status* da marca também é um fato a ser reconhecido com base na realidade, e não algo imposto pelo título do direito, de modo que as autoridades devem se ater à exploração fática da declaração de notoriedade, independentemente de suas próprias considerações⁴⁶.

Algo que também chama a atenção é o fato de a notoriedade das marcas parecer afastar dois princípios básicos das marcas, caracterizando o que Maria Eugénia Barros chama de “dupla exceção”: à especialidade e à territorialidade⁴⁷.

Pois se a territorialidade é o princípio que impõe a proteção à marca no país do registro, a Convenção da União de Paris (CUP) — abarcada pelo direito nacional⁴⁸ — impõe essa proteção especial em países signatários independente de seu registro local, o artigo 125 da LPI é bem claro quando determina a proteção especial “em todos os ramos de atividade”⁴⁹.

A principal fundamentação dessas especialíssimas exceções é a proteção contra a concorrência desleal⁵⁰, a proteção ao consumidor e a manutenção do poder distintivo da marca.⁵¹

Como bem sintetiza Maria Alice Rodrigues⁵²:

Seu uso constante e duradouro no mercado e sua larga divulgação e contínua presença nos meios de comunicação agrupam o conhecimento da marca por diferentes públicos, propiciando a imediata e inconsciente

⁴⁵ BARBOSA, Denis Borges. Uma Introdução a Propriedade Intelectual. 2003. p.759

⁴⁶ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. As marcas de alto renome perante o princípio da função social da propriedade. Revista ABPI: São Paulo: Associação Brasileira de Propriedade Intelectual. Nº 110. Jan/Fev de 2011. p. 15.

⁴⁷ BARROS, Maria Eugénia Caldas. Op. Cit. p. 334-335

⁴⁸ BRASIL. Decreto nº 75.572/1975

⁴⁹ BARBOSA, Denis Borges. Op. Cit. p.760.

⁵⁰ “Na base destas noções está o direito a concorrência. Os direitos de propriedade industrial constituem, todos eles, a proteção jurídica de uma determinada posição no mercado; a questão da marca notória vem a ser exatamente a existência de um valor econômico (a boa fama) num mercado em que o seu possuidor não atua diretamente. Daí o conceito de concorrência parasitária e a respectiva proteção contra ela”. Ibidem. p. 759-760;

⁵¹ “(...) a proteção mais ampla que se confere às marcas notórias atrela-se à própria garantia de manutenção das funções dos sinais distintivos (...). Se o símbolo apregoa características falsas, porque usado sem a chancela do seu titular, deixa de desempenhar sua função: de sinal distintivo de um produto ou serviço, converte-se em engodo, sendo o seu emprego desleal em relação à concorrência e lesivo ao consumidor pelo defeito comunicacional que contém”. FARIA CORREA. José Antônio B. L. Op. Cit. p.36.

⁵² RODRIGUES, Maria Alice Castro. Op. Cit. p.12.

associação da marca com os produtos ou serviços em que figura, funcionando como uma ferramenta, um verdadeiro imã para a captação de clientela. Resulta que a marca de alto renome adquire um status comercial e jurídico e um valor econômico distintos da marca comum, atributos esses que a lei regente objetiva proteger, evitando a diluição do poder atrativo da marca.

Assim, é importante aqui a análise dessa referida teoria da diluição.

Trata-se de fenômeno ocorrido com a marca quando o seu símbolo perde poder distintivo, podendo chegar até mesmo ser apropriado pelo domínio comum — *res communis omnium*.

De acordo com Maria Eugenia Barros, a doutrina americana reconhece três modalidades diferentes de diluição: a maculação (*tarnishment*), a ofuscação (*blurring*) e a *adulteração* da marca⁵³.

A melhor estratégia contemplada para lidar e evitar tal situação seria a de constante empenho do titular do direito em proteger sua propriedade, esforçando-se para manter a sua função distintiva viva e indiscutível⁵⁴.

“Em suma, o titular deve, ao mesmo tempo, promover a força de sua marca e protegê-la de diluição”⁵⁵. É o artigo 130 da LPI, em seu inciso III, que assegura ao titular da marca o direito de zelar pela sua integridade material.

Assim a autora distingue a teoria da distância e a teoria da diluição, lembrando que a primeira tem uma natureza defensiva, de proteção estendida à marca, enquanto a segunda tem uma proposição mais ofensiva⁵⁶, em consonância com o também defendido por Felipe Fonteles Cabral⁵⁷.

2.3. Os atos ilícitos contra a concorrência e contra as marcas

O artigo 195 da LPI elenca as possibilidades de crimes considerados de concorrência desleal. Denis Barbosa acaba elencando-os de acordo com o bem jurídico tutelado: (i) atos denigratórios; (ii) atos confusórios; (iii)

⁵³ BARROS, Maria Eugenia Caldas. Op. Cit. p.339.

⁵⁴ BARBOSA, Denis Borges. Op. Cit. p. 712.

⁵⁵ Ibidem. p. 338-339.

⁵⁶ BARROS, Maria Eugenia Caldas. Op. Cit p.338

⁵⁷ CABRAL, Felipe Fonteles. Diluição de Marca: uma teoria defensiva ou ofensiva? Revista ABPI no. 58. Mai/Jun 2002. p.29.

atos contra as relações de trabalho; (iv) atos contra o direito ao sigilo; e (v) falsa afirmação de exclusiva.

Especificamente ao nosso estudo marcário, merecem maior atenção os atos denigratórios e os atos confusórios.

Os denigratórios são definidos como atos de publicação, prestação ou divulgação, por qualquer meio, de “falsa afirmação, em detrimento do concorrente”, com o fim de obter vantagem. O ato criminoso assim classificado requer a divulgação de falsa informação e não o mero ataque à reputação. É Denis Barbosa quem relembra que “falar mal não é crime”⁵⁸.

Já os atos confusórios são aqueles que se utilizam de meios de fraude ou imitação para gerar confusão no consumidor em relação a origem do produto ou do serviço, de modo a desviar clientela ou obter vantagem indevida. Importante ressaltar que esse tipo penal também requer ato fraudulento ou de imitação para a caracterização da conduta, sendo necessária a prova do desvio ou de confusão efetiva do consumidor⁵⁹.

É de grande valor, também, o estudo da proteção contra a concorrência parasitária, destinada especialmente às marcas de alto renome, fugindo do quesito da especialidade e da territorialidade.

Recorro aqui a Henry Sherril para melhor definir tal conceito⁶⁰:

Tem-se conceituado a concorrência parasitária como usurpação de marca famosa pelo uso em produtos sem afinidade com o produto original. Deste modo, usar Brastemp ou Varig para identificar uma linha de sapatos seria um exemplo de uso parasitário de marcas famosas em outros produtos ou serviços, com a finalidade de favorecer-lhes a venda.

Como sempre, é Denis Barbos quem faz uma análise de grande importância sobre como o parasitismo, considerado pura e simplesmente, não deve ensejar a proteção dos direitos de marca. O que o faz é *a lesão ao titular da marca parasitada*, e apenas se esta for devidamente constatada⁶¹.

⁵⁸ BARBOSA, Denis Borges. Op. Cit. p. 267

⁵⁹ Ibidem. p. 267-271.

⁶⁰ SHERRILL, Henry K. Concorrência parasitária, propaganda comparativa e diluição. Não é hora de reforçarmos a lei 9.279/96? Revista ABPI No. 73. Nov/Dez 2004. p.42.

⁶¹ “Punir o enriquecimento sem causa, em todos casos, corresponderia a premiar a uma causa sem empobrecimento, impedindo a livre iniciativa. Tese difícil, esta, quando se nota que os sistemas constitucionais

2.4. Um breve olhar sobre a autorregulamentação publicitária.

É interessante observar, como o faremos mais a frente, como a marca tem agido cada vez mais como propaganda, ou seja, como um imperativo. Por isso, é importante observar o mercado da publicidade, que, no Brasil, é autorregulamentado, ou seja, regulado pelos próprios membros do mercado.

O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) nasceu para regular o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP), instrumento normativo criado para regular o setor, ainda sob a ditadura militar. Primordialmente privado até 1990, a edição da Lei no. 8.069/1990 (ECA) e da Lei no. 8.078/1990 (CDC), outras normas passaram a regular também a atividade publicitária, de modo a regulação passou a se apoiar em um sistema misto.⁶²

Enquanto o CDC protege os interesses dos consumidores e o ECA o interesse das crianças, o CBAP tem uma aproximação mais abrangente ao tratar do mercado, conforme esclarece Ulhôa Coelho⁶³:

Evidentemente, o consumidor tem os seus direitos protegidos de forma indireta, mas a principal razão do sistema de autorregulamentação publicitária é o controle do desenvolvimento da publicidade, com o sentido de preservar o seu extraordinário potencial econômico.

O artigo 4º do CBAP já determina que o código tem como preceito a ideia de combater a concorrência desleal, muito atinente ao que está inerente à atividade e, conseqüentemente, às marcas. Assim, é fácil verificar que as normas próprias do CONAR defendem as ideias de veracidade⁶⁴, de proteção contra a confusão⁶⁵, além de proteger também a honra e os costumes usuais do mercado.

Assim vemos que não apenas a legislação federal regula a plena utilização das marcas, mas o seu uso também pode ser regulado pelo

ênfaticamente a liberdade da concorrência, ou seja, que só em defesa desta mesma concorrência, ou do interesse geral, se pode empatar a livre iniciativa alheia. A teoria do parasitismo em estado puro, assim, é uma tese comunista, ou imponderada, ou intelectualmente desonesta.(...) Ou seja, não é o parasitismo, mas a lesão sobre o parasitado que se visaria prevenir e compor. É a solução da marca notória em seu efeito desespecializante, como se verá a seguir, ao falarmos de marcas: veda-se o registro ou uso quando o parasitado demonstra lesão efetiva ou provável". BARBOSA, Denis Borges. Op. Cit. p. 282 – 283.

⁶² ALMEIDA, Candido Eduardo Mendes de. A Autorregulamentação Publicitária no Brasil. Rio de Janeiro: 2013: Monografia de final de curso. Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. p.13-14.

⁶³ COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. V.1. 9 ed. rev. e atual. Saraiva. São Paulo, 2002. p.314.

⁶⁴ CONAR. Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Artigo 27.

⁶⁵ Ibidem. Artigo 23.

sistema misto de autorregulamentação, nos casos específicos em que elas são utilizadas como propaganda.

TERCEIRA PARTE: A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS LIMITES.

Tendo analisado com mais cuidado como o direito organiza e valora as marcas e os direitos atinentes aos seus titulares, nos resta agora analisar os outros valores sociais em questão. Neste caso, a liberdade de expressão.

3.1. A defesa da liberdade de expressão

Em 1859, John Stuart Mill escreveu o que muitos consideram ser uma das mais poderosas defesas da liberdade de expressão de todos os tempos.

De maneira clara e concisa, ele explica como e porque, independente do julgamento moral sobre uma opinião ou da nossa capacidade de cerceá-la, o poder estatal não teria legitimidade para fazê-lo. Para ele, mesmo quando a opinião pública aceita — ou até incita — o estado a exercer o seu poder cerceador, tal poder seria, em si, ilegítimo⁶⁶.

Indo além, Mill examina a imperiosa necessidade que o direito não apenas ao livre pensamento, mas à livre expressão do mesmo, tem para o “bem-estar mental da humanidade (sobre o qual todos os outros bem-estar dependem)”. Uma vez estabelecido que, enquanto seres humanos, não somos infalíveis e que buscamos a verdade, não se deveria nem poderia — sob nenhum julgamento sobre a sua veracidade — proibir ou limitar um discurso.

Em primeiro lugar, ainda que uma opinião seja votada ao silêncio, essa opinião pode, tanto quanto sabemos, ser verdadeira. Negar isto é pressupor a nossa própria infalibilidade. Em segundo lugar, embora a opinião silenciada esteja errada, pode conter um porção de verdade, o que frequentemente acontece; e dado que a opinião

⁶⁶ “E, falando de uma maneira geral, em países constitucionais não há que se ter medo de que o governo, quer seja completamente responsável perante o povo, que não, tente controlar a expressão de opinião, exceto quando, ao fazê-lo, se torne o próprio órgão da intolerância geral do público. Suponhamos, então, que o governo se identifique inteiramente com o povo, e que jamais pensa em exercer qualquer poder de coerção a não ser em concordância com o que pensa ser a voz do povo. Mas nego ao povo o direito de exercer tal coerção, quer por si mesmo, quer através do seu governo. O poder é ilegítimo. O melhor governo tem tanto direito a ele quanto o pior governo. É tão repugnante quando exercido de acordo com a opinião pública, do que quando é exercido contra a opinião pública — ou mais repugnante ainda”. MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. Edições 70. Lisboa, 2014. p. 50-51.

*geral ou prevalecente sobre qualquer assunto raramente ou nunca constitui a verdade por inteiro, é apenas através do conflito de opiniões que o resto da verdade tem alguma hipótese de vir ao de cima. Em terceiro lugar, mesmo que a opinião dominante não seja apenas verdadeira, mas constitua também a verdade por inteiro; a não ser que se deixe que seja vigorosa e honestamente contestada, e a não ser que isso de fato aconteça, será mantida como um preconceito pela maior parte dos que a aceitam, havendo pouca compreensão ou sentimento em relação aos seus fundamentos racionais. E não apenas isto, mas, em quarto lugar, o próprio significado da doutrina estará em perigo de ser perdido, ou enfraquecido, e privado de seu efeito vital sobre o caráter e a conduta; tornando-se dogma uma mera crença formal, ineficaz para o bem, mas que estorva os fundamentos, e impede o aparecimento de qualquer convicção real e sentida, a partir da razão ou da experiência pessoal.*⁶⁷

3.2.O papel da liberdade de expressão dentro do ordenamento.

Com a promulgação da Constituição Democrática de 1988, era esperado que a liberdade ganhasse um lugar de destaque no ordenamento. Além do preâmbulo e do *caput* do artigo 5º, o direito à liberdade é estabelecido de diversas maneiras conexas à livre expressão do pensamento, através dos incisos IV (manifestação do pensamento, vedado o anonimato), V (direito de resposta), IX (atividade intelectual, artística, científica e de comunicação), XII (sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas) e XIV (acesso a informação e garantia de sigilo a fonte).⁶⁸

Contudo, por representar apenas alguns dos princípios fundamentais da ordem constitucional — e considerando o caráter amplo e geral dos dispositivos que os consagram —, era de se esperar que a liberdade de expressão entrasse em constante conflito com outros direitos de igual porte.⁶⁹

A Convenção Americana de Direitos Humanos, que tem valor constitucional no nosso ordenamento, dedica o artigo 13 em sua totalidade a garantir a liberdade de expressão e de pensamento. Nesse sentido, ela define a liberdade como direito de “(...) buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras,

⁶⁷ Ibidem. p. 100-101.

⁶⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 243-244.

⁶⁹ ABRAMOF, Julia Fontes. Direitos à honra e à imagem como limitações à liberdade de expressão humorística. Rio de Janeiro, 2014. p. 71. Monografia (Graduação em Direito). Departamento de Direito PUC-Rio.

verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha⁷⁰.

Contudo, ela também prevê, em seu item 2, a possibilidade de responsabilização posterior ao ato, seja por respeito ao direito e à reputação das demais pessoas (alínea “a”), e para a proteção da segurança nacional, de ordem pública (alínea “b”).

O conflito entre liberdade de expressão e os direitos da personalidade dá base a uma discussão recorrente e atual. Em estudo feito sobre acórdãos do Superior Tribunal de Justiça (STJ), as conclusões apontaram para uma aparente preferência daquela corte, quando sobrepostos os dois valores, pela prevalência dos direitos de personalidade.⁷¹

Por sua vez, a Suprema Corte do nosso país já se posicionou algumas vezes sobre o tema. Quando de frente com questões relacionadas diretamente à honra, ela também se mostrou bastante disposta a relativizar a liberdade. Disse o Ilmo. Ministro Celso de Mello, em voto, que:

O direito à livre expressão do pensamento, contudo, não se reveste de caráter absoluto, pois sofre limitações de natureza ética e de caráter jurídico. Os abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento, quando praticados, legitimarão, sempre “a posteriori”, a reação estatal aos excessos cometidos, expondo aqueles que os praticarem a sanções jurídicas, de caráter civil ou, até mesmo, de índole penal. É que, se assim não fosse, os atos de caluniar, de difamar, de injuriar e de fazer apologia de fatos criminosos, por exemplo, não seriam suscetíveis de qualquer punição ou reação do ordenamento jurídico, porque supostamente protegidos pela cláusula da liberdade de expressão⁷².

É importante notar a preferência das cortes, principalmente as mais altas, não apenas pelos direitos da personalidade, como também pelo direito à indenização, em vez da concessão de direito de resposta, em uma leitura invertida do dispositivo constitucional, como observado pelo Prof. Fábio Leite⁷³.

⁷⁰ BRASIL. Decreto 678/1992. Convenção Americana de Direitos Humanos. Pacto de São José da Costa Rica. Artigo 13, item 1.

⁷¹ LOBO, Luísa Soares Ferreira; Liberdade de expressão e direitos da personalidade: Uma análise argumentativa no âmbito do STJ. 2013.

⁷² BRASIL. Brasília. Recurso Extraordinário com Agravo 891.647/SP, Rel. Min. Celso de Mello. Julgado pelo Superior Tribunal Federal em 02/09/2015.

⁷³ LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de Expressão e Direito à honra: novas diretrizes para um velho problema. In: Clèmerson Merlin Clève; Alexandre Freire. (Org.). Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Contudo, nesse estudo, pretendemos avaliar a expressão extrapolando essa tradicional questão da personalidade, uma vez que focamos no campo das produções intelectuais. O constituinte determinou especificamente no artigo 220:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Sobre esses direitos, José Afonso da Silva considera que:

(...) as manifestações intelectuais, artísticas e científicas são formas de difusão e manifestação do pensamento, tomado esse termo em sentido abrangente dos sentimentos e dos conhecimentos intelectuais, conceptuais e intuitivos.⁷⁴

Porém, na mesma medida em que a constituição garante a liberdade destas manifestações, ela garante ao resultado de tais criações um direito de propriedade, que serve justamente para ser oposto ao grande público. Isso gera, conforme reconhece Denis Barbosa, uma diferente vertente do conflito envolvendo a liberdade de expressão.

A criação legal de uma propriedade sobre os bens intelectuais não afeta só os valores da liberdade de concorrência; também restringe o livre fluxo de informação — o poder de expressar-se e o de receber conhecimento.⁷⁵

Por isso é importante o alerta do Prof. Pedro Marcos Barbosa sobre uma crescente prática de censura privada provocada pelos detentores dos direitos marcários⁷⁶. Seja através de ameaças ou ações de fato, o alto custo — financeiro também — que envolve um processo judicial serve como arma aos titulares das marcas. No mesmo caminho, o Prof. Fábio Leite reafirma que a censura

⁷⁴ SILVA, José Afonso da. Op. Cit. p. 255.

⁷⁵ BARBOSA, Denis Borges. Op. Cit. p. 95.

⁷⁶ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Liberdade de expressão, Internet e signos distintivos: Revista Eletrônica do IBPI – Revel Nº 3. 2011. p. 21

posterior pode gerar um movimento de autocensura, tão ou mais prejudicial que a censura prévia⁷⁷, alerta esse pertinente ao que vimos de John S. Mill.

QUARTA PARTE: AS FUNÇÕES E OS CONFLITOS DAS MARCAS

Finalmente, tendo analisado todos os valores em jogo, podemos agora passar a um estudo mais atual, voltado às novas realidades e conflitos pertinentes às marcas.

4.1. A nova função das marcas

Como bem vimos na primeira parte deste trabalho, para que possamos entender como propriedade — mesmo que como uso exclusivo — o direito que recai sobre as marcas, é preciso reconhecer nelas, por força do mandamento constitucional, uma clara e definida função social.

Nesse sentido, analisando os pontos expostos por Denis Barbosa⁷⁸, podemos extrair alguns sentidos para o comportamento que se costuma atribuir a uma marca, identificando a sua função dentro do ordenamento jurídico e da sociedade.

A importância do princípio da especialidade é um grande indicador de como a proteção às marcas se preocupa, em primeiro momento, com atos de concorrência⁷⁹, leal ou desleal.

A concorrência desleal não é algo simples de ser compreendido. Como bem ressalta Fabio Ulhôa Coelho⁸⁰:

Sendo assim, não é simples diferenciar-se a concorrência leal da desleal. Em ambas o empresário tem o intuito de prejudicar concorrentes, retirando-lhes, total ou parcialmente, fatias do mercado que haviam conquistado. A intencionalidade de causar dano a outro empresário é elemento presente tanto na concorrência lícita como na ilícita. Nos efeitos produzidos, a alteração nas opções

⁷⁷ LEITE, Fabio Carvalho. Op. Cit.

⁷⁸ Ver nota 35.

⁷⁹ “A proteção jurídica da Propriedade Intelectual se funda na tutela da posição do titular do direito na concorrência”. BARBOSA, Denis Borges. Op. Cit. p. 242.

⁸⁰ COELHO, Fabio Ulhôa. Op. Cit. p. 189-190.

dos consumidores, também se identificam a concorrência leal e a desleal. São os meios empregados para a realização dessa finalidade que as distinguem. Há meios idôneos e meio inidôneos de ganhar consumidores, em detrimento dos concorrentes. Será, assim, pela análise dos recursos utilizados pelo empresário que se poderá identificar a deslealdade competitiva.

Outra das preocupações essenciais do direito marcário é a relação da marca com a sua clientela, ou seja, os consumidores.

Não é à toa que vimos, especialmente na segunda parte, a preocupação do legislador com a existência ou uso de determinada marca que possa gerar confusão ou induzir ao erro do consumidor, sendo este outros dos motivos que dão relevância ao princípio da especialidade, como ressalta Denis Barbosa⁸¹:

No caso das marcas registradas, por efeito do princípio da especialidade, a análise da concorrência é sempre e em todos casos indispensável. A confundibilidade das marcas como símbolo só é pertinente na proporção em que o consumidor passe a adquirir um produto de terceiro pensando que é do titular, ou pelo menos induzido pela memória genérica da marca deste. Ou seja, a especialidade da marca é elemento central do direito exclusivo.

Assim, podemos compreender que a função social das marcas conversa com o princípio da especialidade tanto quanto o faz com as questões de distintividade, sendo relacionada com a proteção da concorrência, de modo a proteger a livre iniciativa, e com a proteção do consumidor, preservando a distinguibilidade das marcas e o seu potencial de identificação.

Assim confirma Pedro Marcos Barbosa⁸²:

A marca é – outrossim – um direito de oponibilidade “absoluta”, qualificado pela sua inserção e delimitação mercadológica: tal como na propriedade comum, ela só merecerá tutela enquanto funcionalmente útil. Assim, podemos dizer que a legalidade que contempla o direito de propriedade condiciona, implícita e explicitamente, a titularidade de uma obrigacionalização. (...) Por sinal, o regime real dos direitos marcários geralmente envolve enorme interesse público, pela potencialidade de seus efeitos perante a livre concorrência e com o direito do consumidor (grifos do autor).

⁸¹ BARBOSA, Denis Borges. Op. Cit. p. 246-247

⁸² BARBOSA, Pedro Marcos. As marcas de alto renome perante o princípio da função social da propriedade. Revista ABPI: São Paulo: Associação Brasileira de Propriedade Intelectual. Nº 110. Jan/Fev de 2011

Porém, como vimos, “a marca é um animal vivo” e os mercados não se mantêm estáticos. Se, em determinado momento, poderia se pensar que a marca era um dos elementos mais “fúteis”⁸³ da propriedade industrial, hoje elas figuram, muitas vezes, como os maiores ativos das companhias⁸⁴.

E se sua função primordial era unicamente a distinção de bens e serviços, hoje as marcas acumulam outras funções, mais intimamente relacionadas à comunicação com o público⁸⁵. A competitividade do mercado e as inovações da tecnologia transformaram tanto o comportamento do consumidor quanto o modo como as marcas podem ser utilizadas para atingi-los.⁸⁶Essa é uma das premissas do importante trabalho de Maria Fernanda Tovar⁸⁷:

Ocorre que desde o final do século XX, com as mudanças sociais e nos padrões de consumo, bem como a maior facilidade na produção e distribuição dos bens, as marcas precisaram fazer mais do que apenas identificar produtos ou serviços, elas se tornaram objeto de desejo. Para tanto, tiveram que ser capazes de exprimir os anseios emocionais dos consumidores, tornarem-se em si próprias a materialização da identidade real ou desejada de um grupo de pessoas. Assim, as marcas tiveram que ganhar uma identidade, a fim de comunicar-se com os consumidores e permitir esse exercício de auto expressão.

Nesse sentido, os signos distintivos têm sido um claro exemplo de como determinados tipos de comportamento passam a ser associados a um produto, fazendo com que tais comportamentos sejam, em si, comercializados e incentivados pelo mercado.

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ DA SILVA, Maria Fernanda Tovar Cardoso. Interpretação conforme a constituição do art. 130, III da Lei de Propriedade Industrial: limites do direito do titular da marca em zelar por sua integridade material e reputação. Revista do IBPI. No. 6. 2012 p.88

⁸⁵ “Since the days where a trademark was simply used to teach the faraway buyer which industrial or merchant was responsible for the quality of the product much thing changed. A trademark turned into a value in itself and advertising investments created a trademark quality that has not always much to do with the good or service; it was therefore, the first of the intellectual property rights in which the actual object of protection was sheer investment”. BARBOSA, Denis Borges. Op. Cit. p.696.

⁸⁶ “Since Ralph Brow published Advertising and the Public Interest, the media world has made a crucial transition. The old paradigm was the delivery of content to consumers. The new paradigm is the delivery of eyeballs to advertisers. We have become the product. Packagers amass information about our characteristics, habits and purchases—where we live, what we read, what we watch, what we buy—to differentiate better among eyeballs (...). Data mining—the collection, extraction, correlation, categorization, and sale of identifying personal data—claims to be a new engine of breathtaking economic growth. The miners are seeking intellectual property protection for their collections of information about whose eyeballs are valuable to whom. It is no wonder that advertisers feel proprietary about our eyeballs. From their viewpoint, those are their eyeballs. They paid for them”. LITMAN, Jessica. Op. Cit. p. 16.

⁸⁷ DA SILVA, Maria Fernanda Tovar Cardoso. Op. Cit. p.85

Assim alerta Devan R. Desai, em importante trabalho, aqui traduzido livremente⁸⁸:

A Coca e a Pepsi são marcas registradas, mas também são marcas idealizadas. Uma função é bem incorporada pela legislação marcária: fornecer informação sobre um produto que ajude o consumidor a fazer a sua compra. As leis reconhecem apenas essa função. O estudo e a prática das marcas, contudo, revelam que elas podem fazer muito mais do que apenas uma coisa. As empresas usam suas marcas para se conectar a consumidores e fornecer histórias e imagens relacionadas a personalidade, ao patriotismo, a autoestima, ao meio ambiente, sustentabilidade, entre outros, para que os consumidores comprem a imagem de uma marca em vez do produto.

Ganha força a ideia de que as marcas se beneficiam tanto da sua capacidade de se incutir como ideia, quanto das interpretações e comportamentos que os consumidores passam a impor sobre aquela marca. Assim, percebe-se que a função das marcas, principalmente em alguns casos, tem evoluído e se modificado, de maneira que se pode questionar se esta nova função pode ser propriamente abarcada pelo nosso ordenamento.

As empresas não são, contudo, as únicas detentoras de participação nas marcas. Os consumidores compram produtos não apenas por sua qualidade, mas como insígnias de lealdade, modos de expressar identidade, e itens para alterar e interpretar a auto expressão. De fato, os compradores da parafernália da Coca compram tais bens para serem parte e demonstrar a sua conexão com a cultura da Coca; não por causa da reputação da Coca como produtora de camisas.⁸⁹

Por isso, importante é analisar como essa nova função se manifesta, analisando que tipos de conflitos práticos e jurídicos ela enseja, ou, ao menos, como ela pode acirrar aqueles já existentes, de modo a melhor abarcar a questão dentro de nosso ordenamento..

4.2. Os tipos de discurso

Para facilitar a análise destes conflitos, mister se faz a separação entre

⁸⁸ DESAI, Devan R. A Brand Theory of Trademark law. Thomas Jefferson School of Law Research paper no. 1585327.

⁸⁹ Ibidem.

os diferentes tipos de discursos que podem ser construídos com o uso de uma marca. Como vimos, é a concorrência o fator primordial para a análise da apropriação da oportunidade de exploração de um signo distintivo.

Nesse sentido, para encontrarmos esses conflitos, cabe fazer a diferenciação entre os discursos comerciais, aqui compreendidos como aqueles onde podemos identificar a concorrência, e os discursos não comerciais, aqui compreendidos como o tipo de discurso onde a concorrência não pode ser identificada.

4.2.1: O uso em discursos comerciais.

4.2.1.1. As marcas de alto renome e a diluição.

Conforme vimos, a LPI garante às marcas de alto renome uma proteção especial, de modo a proteger essas marcas da perda de sua capacidade distintiva. Essa proteção é fundada na dupla exceção, afastando o princípio da especialidade e da territorialidade, sob a justificativa de proteger a função social clássica das marcas: a concorrência e a proteção ao consumidor.

Contudo, vimos que o princípio da especialidade está interligado à própria função social que essa proteção especial procura promover, de modo que ele não pode ser completamente afastado, sob pena de ameaçar uma interpretação constitucional do instituto. É aqui que reside o primeiro conflito.

Sobre o tema, é de grande relevância a manifestação do Prof. Pedro Marcos Barbosa⁹⁰:

Em primeiro lugar, é importante consignar que, para ser objeto de diluição, o signo deve reunir, originariamente, distintividade. Portanto, marcas fracas, evocativas e descritivas não são objeto de tutela por tal teoria, mas apenas as marcas arbitrárias, especialmente as não dicionarizadas. Em segundo lugar, a marca famosa tutelada pela teoria da diluição deve ter uma identidade robusta, razão pela qual "a usurpação de marca alheia pode ser vista como a violação a esse essencial direito de personalidade, qual seja, o direito à identidade".

⁹⁰ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Op. Cit.

A marca, assim, para fazer jus a uma proteção especial que busque resguardar seu teor distintivo, precisa possuir tal teor distintivo independente da distintividade adquirida, como vimos. O professor continua em sua análise⁹¹:

No tocante ao alto renome em si, verifica-se que a leitura exegética do artigo 125 da LPI levaria à conclusão de que ainda que o titular não exercesse atividades de uso do signo em determinados nichos, ainda assim persistiria a tutela. Destarte, se teria propriedade horizontalmente considerada para quaisquer ramos de atividade, tendo o uso – até – limitado a um só núcleo comercial. Tal hermenêutica viola uma interpretação sistemática das normas que regem a propriedade industrial, posto que a proteção às marcas comuns incidem sobre bens/serviços no mesmo ramo, em atividades semelhantes ou afins, desde que suscetíveis a criar confusão ou associação com o signo máster. Sem tal incidência confusória, denigratória, nenhum sentido faria a mera proibição, interdição concorrencial, sob pena de violar-se a exigência de uma conduta positiva, perante o titular de exercer qualquer atividade num determinado ramo.

Assim, se reconhece a necessidade de harmonizar o princípio da especialidade com a proteção às marcas de alto renome, identificando bem a sua extensão e os seus limites, de modo a incorporá-la pacificamente dentro do nosso ordenamento. A existência da concorrência é essencial para que se possa falar tanto em concorrência desleal quanto em proteção ao consumidor, independente da questão de distintividade.

4.1.2.1. A propaganda comparativa.

A publicidade comparativa pode ser entendida como um instrumento utilizado por terceiros, em atos de propaganda, que serve para comparar ou contrapor o seu produto ou serviço com outros produtos ou serviços distintos⁹², porém concorrentes, no mesmo mercado⁹³. Poderá ser considerada explícita quando fizer menção expressa à marca ou ao nome do produto, sonora ou visualmente, ou implícita quando fizer mera alusão.⁹⁴

⁹¹ Ibidem.

⁹² BESER, Fernanda Varella. A publicidade comparativa e o direito do consumidor a informação. Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Propriedade Intelectual da PUC-Rio: Departamento de Direito PUC-Rio: 49p: Rio de Janeiro: 2011.p.11.

⁹³ SHERRILL, Henry K. Op. Cit. p. 43.

⁹⁴ BASER, Fernanda Varella. Op. Cit. p. 12-13.

Essa ferramenta publicitária, contudo, não foi alvo de produção legislativa específica, cabendo uma análise da sua utilização através das normas que regulam as marcas, o direito autoral e a concorrência. Mesmo que não se constitua em lei, o CBAP se dedica a regulamentar a questão⁹⁵, e vem sendo utilizado como fonte subsidiária de direito.⁹⁶

Nesse sentido, é importante observar aqui as disposições sobre o assunto, presentes na seção 7, principalmente no artigo 32 deste código⁹⁷. Tais disposições dão indiscutível permissão à utilização da propaganda comparativa.

Apesar disso, a ideia não é aceita pela totalidade da doutrina, sob o argumento de, por ter uma conotação evidentemente comercial, e por ser tal conotação infestável, qualquer propaganda não teria a permissão legal de utilizar marcas alheias⁹⁸. Tal interpretação, contudo, é contrária à tendência dos tribunais⁹⁹, mesmo que não unanimemente¹⁰⁰.

Há, além disso, algumas questões importantes que se podem levantar sobre a aplicabilidade desses princípios do CBAP, não por sua posição subsidiária no ordenamento, mas por sua afronta à princípios constitucionais, como a liberdade de expressão.

Louvável é a atenção garantida ao princípio da veracidade e da vedação

⁹⁵ *Ibidem*. p. 20.

⁹⁶ DA SILVA, Maria Fernanda Tovar Cardoso. *Op. Cit.* p. 111.

⁹⁷ CONAR. CBAP. Artigo 32: Tendo em vista as modernas tendências mundiais — e atendidas as normas pertinentes do Código de Propriedade Industrial, a publicidade comparativa será aceita, contanto que respeite os seguintes princípios e limites: (a) seu objetivo maior seja o esclarecimento, se não mesmo a defesa do consumidor; (b) tenha por princípio básico a objetividade na comparação, posto que dados subjetivos, de fundo psicológico ou emocional, não constituem uma base válida de comparação perante o consumidor; (c) a comparação alegada ou realizada seja passível de comprovação; (d) em se tratando de bens de consumo a comparação seja feita com modelos fabricados no mesmo ano, sendo condenável o confronto entre produtos de épocas diferentes, a menos que se trate de referência para demonstrar evolução, o que, nesse caso, deve ser caracterizado; (e) não se estabeleça confusão entre produtos e marcas concorrentes; (f) não se caracterize concorrência desleal, denegrimto à imagem do produto ou à marca de outra empresa; (g) não se utilize injustificadamente a imagem corporativa ou o prestígio de terceiros; e (h) quando se fizer uma comparação entre produtos cujo preço não é de igual nível, tal circunstância deve ser claramente indicada pelo anúncio.

⁹⁸ DA SILVA, Maria Fernanda Tovar Cardoso. *Op. Cit.* p. 112.

⁹⁹ Nesse sentido, citam-se os seguintes acórdãos: (i) BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível no. 320.565.4/6. Des. Rel. Maia da Cunha, 4ª Câmara de Direito Privado, julgado em 24. nov. 2005; (ii) BRASIL Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível no.279.223.4/3-00, Des. Rel. Elliot Akel, 1ª. Câmara de Direito Privado, julgado em 22 mai. 2007; e (iii) BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível no. 393.255.4/0-00. Des. Rel. Natan Zelinschi de Arruda. 7ª. Câmara de Direito Privado. Julgado em 28 jan. 2009.

¹⁰⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Agravo de instrumento no. 2010.007716-7. Rel. Des. João Maria Lós. Julgado em 01 jun. 2010.

da concorrência desleal¹⁰¹ no âmbito do CONAR, contudo, a aplicação em especial das alíneas “b” – comparação objetiva, sem cunho emocional ou psicológico – e “f” – denegrimiento da imagem –, em muitos casos¹⁰² acaba por cercear a liberdade de expressão, que, se não usada para promover a devida informação ao consumidor, pode ser usada para caracterização de paródia e de bom-humor¹⁰³, sem ensejar erro ou confusão.

Seguindo a ideia de concorrência aqui exposta e lembrando dos perigos da autocensura citados pelo Prof. Fábio Leite, este autor acredita que, ao determinar que o princípio maior no uso dessa ferramenta é o de esclarecimento, o CONAR foi além da mera defesa imposta pelo CDC e pela própria função social das marcas, adotando uma atitude ofensiva que, por vezes, extrapola os limites das marcas e prejudica a efetiva comunicação.

Nesse sentido, me parecem suficientes para a proteção ao consumidor a utilização dos princípios da veracidade e da equivalência na comparação¹⁰⁴. Como vimos, o novo papel desempenhado pelas marcas na sociedade prima justamente pelo apelo subjetivo de comportamentos, levantando um questionamento sobre a legalidade da proibição da comparação nesse mesmo âmbito, e, ao mesmo tempo, deixando dúvidas quanto a compatibilidade da expansão dada à ideia de proteção do consumidor.

4.2.2.O uso em discursos não comerciais.

4.2.2.1. O uso expressivo e artístico.

Como já salientado anteriormente, o artigo 132, inciso IV, da LPI, é claro ao não permitir que o titular da marca proíba o uso em qualquer publicação que não tenha conotação comercial nem gere prejuízo ao caráter distintivo do signo. Desse modo, já se depreende, da concepção já estabelecida de concorrência que, ainda que vendida no mercado, as produções artísticas não pretendem concorrer com o uso da marca.

¹⁰¹ BASER, Fernanda Varella. Op. Cit. p. 22 -23.

¹⁰² Nesse sentido, recomenda-se leitura da Representação no. 59/05, de relatoria de Arthur C. Amorim (julgado em mai. 2005); Representação no. 127/05, de relatoria de Arthur Amorim e Carlos Chiesa (julgado em ago. 2005); e Representação no. 160/07, de relatoria de José Francisco Queiroz (julgado em jul.2007).

¹⁰³ Nesse sentido, é importante a leitura do seguinte julgado do STF: BRASIL. Brasília. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4451. Brasília. Supremo Tribunal Federal. Min. Ayres de Brito. DJ. 26 ago. 2010.

¹⁰⁴ BASER, Fernanda Varella. Op. Cit. p. 22.

Contudo, como bem percebe o Prof. Pedro Marcos Barbosa “titulares de signos registrados poderiam averbar que uma crítica ácida importaria em prejuízo ao caráter distintivo da marca¹⁰⁵”.

Porém, o professor acaba por defender o uso expressivo das marcas registradas, mesmo que reconhecida a capacidade deste tipo de uso gerar prejuízo para o titular da marca. Ele reconhece a sua parcela importante na manifestação cultural do pensamento, e, incidentemente, a capacidade que as marcas auferiram de representar mais do que meramente produtos ou serviços.

(...) a mera incidência da diluição, na modalidade tarnishment, fora do eixo concorrencial – ainda que existente um interesse comercial do artista/intérprete – não é suficiente para justificar a tutela irrestrita do signo distintivo apropriado. Tal se dá pelo fato de que a própria previsão constitucional de tutela das marcas prevê uma cláusula finalística atenta ao interesse social que se aproxima das manifestações culturais (ainda que de qualidade duvidosa)¹⁰⁶.

Deste modo, como também percebe Maria Fernanda Tovar¹⁰⁷, não é difícil a conclusão de que o uso das marcas como expressão em contextos além daqueles definidos pelos aspectos concorrenciais está assegurado pela Constituição Federal (tanto relacionado ao artigo 5º, IV, IX e XXIX, como os artigos 220 e 216).

O professor também alerta, contudo, para o fato de que poderia ainda existir um outro tipo de censura, desta vez privada, nas mãos daqueles detentores de títulos marcários, como falamos anteriormente. Ela alerta para a possibilidade de se buscar, de maneira abusiva, “angariar liminares de censura, ou até mesmo ganhar causas, contra aqueles que proferem discursos ‘desagradáveis’¹⁰⁸”.

Nesse sentido, é importante lembrar sempre do alerta da professora Jessica Litman¹⁰⁹, aqui em livre tradução:

¹⁰⁵ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Liberdade de expressão, Internet e signos distintivos: Revista Eletrônica do IBPI – Revel Nr. 3. 2011

¹⁰⁶ Ibidem.

¹⁰⁷ DA SILVA, Maria Fernanda Tovar Cardoso. Op. Cit. p. 120.

¹⁰⁸ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Op. Cit.

¹⁰⁹ LITMAN, Jessica. Op. Cit. p. 12. Complementarmente, recomenda-se a leitura da decisão do caso United States Polo Association Inc. USPA JRA v. PRL USA Holdings Inc. USA. AMERICA. United States of. United States Court of Appeals 2nd. Circuit. Docket13-1038-cv(L), 13-1130 cv(CON).

Contudo, se atendo à Polo [Ralph] Lauren nesse momento, e aquele consumidor que quer comprar uma camisa polo com algum design no peito por um bom preço? E se, ao invés disso, eles queiram comprar a edição deste mês da revista Polo (que cobre o esporte, não a linha de moda)? Parece óbvio o motivo pelo qual [Ralph] Lauren poderia querer impedir o primeiro, e cobrar uma taxa de licença do segundo, então não seria causa de grande perplexidade se sua empresa ameaçasse processar. Contudo, não parece existir bons motivos para que o ajudemos.

4.2.2.2. O uso como ofensa à personalidade

Embora o Código Civil, em seu artigo 52, tenha deixado clara a possibilidade “no que couber”, do reconhecimento do direito de personalidade da pessoa jurídica e apesar da jurisprudência do Tribunal da Cidadania ter ensejado a edição da Sumula 227 no mesmo sentido, existe relevante construção doutrinária em sentido diverso.

Destaca-se, nesse sentido as manifestações de Gustavo Tepedino, em consonância com Heloisa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin de Moraes. Assim se pode ler em obra conjunta dos autores¹¹⁰:

Nesse mesmo sentido, atesta o enunciado 286, aprovado na IV Jornada de Direito Civil (2006), promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “os direitos da personalidade são direitos inerentes e essenciais à pessoa humana, decorrentes de sua dignidade, não sendo as pessoas jurídicas titulares de tais direitos”.

Sob essa visão, eles rechaçam a tutela do direito à honra e o direito a imagem da pessoa jurídica como direitos da personalidade.

Em sentido diverso, conforme sintetizado pelo professor Rodrigo Borges Carneiro, diversos doutrinadores reconhecem os direitos da personalidade como compatíveis com a pessoa jurídica, especialmente os direitos à existência, liberdade, identificação, honra objetiva, privacidade, e direito autoral e do inventor.¹¹¹

¹¹⁰ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; DE MORAES, Maria Celina Bodin; Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República – Volume I; Editora Renovar. Rio de Janeiro, 2011; p. 134-135.

¹¹¹ CARNEIRO, Rodrigo Borges. O novo código civil e a disciplina dos direitos da personalidade da pessoa jurídica e suas conexões com a propriedade intelectual. Revista da ABPI. São Paulo: Associação Brasileira da Propriedade Intelectual nº 61. Nov/Dez 2002. p. 6.

Sem esgotar tão delicada e complexa matéria nem resolver o conflito doutrinário, seguimos lembrando o desenvolvimento sumular, para avaliar a possibilidade jurídica da marca exercer a nova função que destacamos, qual seja, servir como modo de identificação do seu titular, para atingir a personalidade deste.

Neste sentido, discorda também Denis Barbosa, que defende que “não se aplicam quanto ao art. 130, III, o resguardo subjetivo das pessoas jurídicas; é preciso provar-se que o eventual abalo na reputação da marca chega à esfera subjetiva de seu titular”¹¹².

Destarte não discordar do que apresenta o renomado autor, Maria Fernanda Tovar relembra que, especialmente nos casos das marcas famosas, mais aptas ao exercício da nova função social aqui destacada, a marca pode sim passar a se confundir com o seu titular.

Assim, percebe-se a complexidade e a extensão da discussão doutrinária já existente antes mesmo de chegarmos ao conflito em si. Pois apenas superada todas essas questões podemos tratar do choque entre os direitos da personalidade do titular e os direitos relacionados à liberdade de expressão.

E este também não é um conflito de simples resolução, sendo um dos principais debates atuais a cerca da liberdade de expressão, como vimos. Nesse sentido, importante contribuição deu Maria Fernanda Tovar:

*O grande desafio interpretativo, contudo, encontra-se no inciso X do artigo 5º, pois como conciliar a inviolabilidade da honra e imagem com a liberdade de expressão? Embora apenas o caso concreto será capaz de trazer essa resposta, **pois inevitável a necessidade de utilizar-se neste momento da técnica da ponderação, pode-se sugerir como parâmetros os seguintes itens: se a mensagem veiculada insinuar fatos, estes deverão ser fundamentados na verdade e se sugerir apenas opiniões de caráter puramente subjetivo, então deverá restar claro quem é seu emitente; necessária boa-fé do emitente, ou seja, não haver um ataque de cunho meramente depreciativo, sem qualquer fundamentação, com o único intuito de destruir a reputação da marca ou de seu titular e, por último, interesse público na divulgação da mensagem. Quanto a este último critério vale ressaltar que, como***

¹¹² BARBOSA, Denis Borges. Da tutela da reputação da marca. Revista jurídica do Cesuca. v.1. no.1. jul. 2013. p. 147-148.

regra, haverá sempre interesse público na divulgação de mensagens e que caberá ao ofendido demonstrar o contrário. (grifos meus).¹¹³

Assim, admitindo-se que o uso da marca que implique violação dos direitos da personalidade das pessoas jurídicas titulares, ele poderia sim ser causa de limitação do direito à liberdade de expressão, contudo, apenas nas situações em que, no caso concreto, sejam percebidas a preponderância dos direitos de personalidade.

4.3. O princípio da razoabilidade como forma resolver os conflitos constitucionais.

Tendo analisado os conflitos inerentes às marcas e à sua nova função expressiva, nos resta estudar os instrumentos interpretativos que a técnica jurídica oferece para que possamos resolvê-los.

Um caminho que tanto doutrina quanto jurisprudência parecem concordar em adotar para lidar com este desafio é a aplicação da técnica de ponderação, conforme sugerido acima por Maria Fernanda Tovar.

Neste sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso reconhece em seu estudo que esta técnica é realizada através da aplicação do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade¹¹⁴.

Isso indicar que os casos seriam analisados sempre à luz de três tipos distintos de critérios: (i) adequação; (ii) exigibilidade ou necessidade e (iii) proporcionalidade em sentido estrito¹¹⁵. Esses critérios, por sua vez, são analisados em três passos:

Primeiramente, deve o interprete “identificar as normas relevantes para a solução do caso”, e, com isso, identificar o conflito existente entre elas. Neste momento, então, se considerariam os mandamentos constitucionais e da legislação especial para determinar o alcance da propriedade, da oponibilidade da marca, e a importância e relevância da liberdade de expressão.

Em segundo lugar, parte-se para a identificação dos elementos do fato que concernem o caso em análise. Assim, estuda-se a compatibilidade da

¹¹³ DA SILVA, Maria Fernanda Tovar Cardoso. Op. Cit. p. 131

¹¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Editora Saraiva. São Paulo, 2016. p. 289-290.

¹¹⁵ Ibidem. p. 294;

nova função social desempenhada pelas marcas em certos contextos e os detalhes relevantes do caso concreto em si.

Por último, uma vez separadas e reagrupadas as normas e as considerações fáticas, devemos observar qual desses grupos de normas apresenta uma maior relevância no caso concreto, devendo, assim prevalecer sobre o outro, sempre considerando o grau necessário dessa prevalência.

Seriam nesse último momento, portanto, importantes para análise os critérios da ponderação sugeridos por Maria Fernanda Tovar, no caso dos conflitos com direitos da personalidade, por exemplo.

CONCLUSÃO

Este trabalho tinha como objetivo primeiro estudar a maneira como os institutos que dão base à proteção das marcas eram entendidos até então e como eles passaram a ser entendidos no mundo em que vivemos. Somente assim, aqui, se poderia identificar com o devido cuidado as novas instâncias em que a realidade parece se chocar com o direito.

Desse modo, passo a passo, vimos como se construiu socialmente e como se identifica a questão da propriedade sobre as marcas, assim como a função desempenhada por essas marcas na sociedade. Em seguida, olhamos para os valores com que ela conflita, para melhor nos situarmos na identificação dos conflitos, último passo desse trabalho.

Foi então que observamos o modo distinto como as marcas vêm se comportando ultimamente e, em contraponto à sua reconhecida função social, pudemos analisar quando e como esses comportamentos podem ou não ser abarcados pelo direito.

Nesse sentido, as observações aqui feitas nos levam a concordar com o que Denis Barbosa foi, como sempre, muito sábio ao asseverar:

Dessas manifestações da regra de balanceamento de interesses se pode depreender que a lei de patentes ou de direitos autorais não é um estatuto de proteção ao investimento – e nem dos criadores e inventores; não é um mecanismo de internacionalização do nosso direito nem um lábaro nacionalista; é e deve ser lida como um

*instrumento de medida e ponderação, uma proposta de um justo meio e assim interpretado. E no que desmesurar deste equilíbrio tenso e cuidadoso, está inconstitucional*¹¹⁶.

Assim, espero ter obtido sucesso em lembrar que, apesar da expansão dos usos e funções das marcas, sua função pública primordial de competitividade continua não apenas viva, como também suficiente para protegê-la. Desse modo, de acordo com os ensinamentos da Prof.^a Jessica Litman, colocamos aqui um ponto final no estudo, ao menos por enquanto¹¹⁷:

Se estamos tentando atingir a promoção da concorrência, as normas marcárias clássicas se mantêm bem adequadas a este propósito. Proteger o uso que não gera confusão, que seja informativo e que designe a fonte do produto de determinada marca garante que os compradores que sejam convencidos pela propaganda sintam-se confiantes que estão comprando justamente os produtos anunciados. Além disso, aqueles que produzem as propagandas terão certeza de que os consumidores que eles convencem a procurar seus produtos não serão enganados de modo a comprar de outra marca competidora. Eles não tem nenhum direito além deste. Na mesma medida em que não há nada de errado em encorajar a Warner Brothers a vender ao público uma atmosfera e a inventar maneiras inteligentes de explorar essa atmosfera comercialmente, nem a teoria do incentivo, nem um merecimento moral oferecem razões para que se proteja tal atmosfera da concorrência(...). A imposição de direitos sobre os signos distintivos não é gratuita. Conforme o campo de proteção se expande, ele necessariamente o faz às custas da concorrência. A concorrência, entretanto, é a base da razão de qualquer proteção dos signos distintivos. Se não queremos incentivar os produtores de diferentes produtos a competir entre si pelos dólares do consumidor, então nós realmente não precisamos proteger os signos distintivos.

BIBLIOGRAFIA

- ABRAMOF, Julia Fontes. Direitos à honra e à imagem como limitações à liberdade de expressão humorística. Rio de Janeiro, 2014: 71p. Monografia de final de curso. Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio;
- ALMEIDA, Candido Eduardo Mendes de. A Autorregulamentação Publicitária no Brasil. Rio de Janeiro: 2013: 72p. Monografia de final de curso. Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio;

¹¹⁶ BARBOSA, Denis Borges. Op. Cit. p. 105.

¹¹⁷ LITMAN, Jessica. Op. Cit. p.18.

- AMERICA, United States of. United States Court of Appeals. 2nd. Circuit. United States Polo Association Inc. USPA JRA v. PRL USA Holdings Inc. USA. Docket13-1038-cv(L), 13-1130 cv(CON). Disponível em <<http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1700479.html>>. Acesso em 15 mai. 2016;
- ARISTÓTELES, Poética. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bk000425.pdf>>. Acesso em 22 abr. 2016;
- BARBOSA, Denis Borges. A especialidade das marcas. 2002. Disponível em <<http://grotius.net/arquivos/200/propriedade/72.doc>>. Acesso em 04 mai. 2016;
- ___ A oponibilidade da marca varia com sua força distintiva e o tempo. 2011. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/paginas/200/propriedade.html>>. Acesso em 22 abr. 2016.
- ___ Da proteção real da marca não registrada no Brasil. Jan. 2013 Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/da_protecao_real_marca_ao_registrada.pdf>. Acesso em 04 mai. 2016.
- ___ Da tutela da reputação da marca. Revista jurídica do Cesuca. v.1. no.1. jul. 2013. p. 138-150.
- ___ Nota sobre a noção de propriedade da marca na lei ordinária brasileira. 2005. Disponível em <<http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/notamarca3.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2016;
- ___ Uma Introdução a Propriedade Intelectual. 2003. Disponível em <<http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf>>. Acesso em 22 abr. 2016. 951p.;
- BARBOSA, Pedro Marcos Nunes; As marcas de alto renome perante o princípio da função social da propriedade. Revista ABPI: São Paulo: Associação Brasileira de Propriedade Intelectual. Nº 110. Jan/Fev 2011. p. 3-22.
- ___ Liberdade de expressão, Internet e signos distintivos: Revista Eletrônica do IBPI – Revel Nº 3. 2011. Disponível em <<http://ibpibrasil.org/ojs/index.php/Revel/article/view/10/10>> Acesso em 22 abr. 2016; p. 8-46.
- ___ Uma sucinta análise da Teoria dos Sistemas para com a Propriedade Intelectual. Revista Eletrônica do IBPI – Revel Nº 6. 2012. Disponível em <<http://ibpibrasil.org/ojs/index.php/Revel/article/view/10/10>> Acesso em 22 abr. 2016; p. 407-428.
- BARROS, Carla Eugenia Caldas; Manual de Direito da Propriedade Intelectual. 1ª. Edição, Editora Evocati. Aracaju, 2007. 700p.;
- BARROSO, Luís Roberto; Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Editora Saraiva. São Paulo, 2016. 576p.
- BAUMAN, Zygmund. A riqueza de poucos beneficia todos nós?; Editora Zahar. Rio de Janeiro, 2013; 103p.;
- BESER, Fernanda Varella. A publicidade comparativa e o direito do consumidor a informação. Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Propriedade Intelectual da PUC-Rio: Departamento de Direito PUC-Rio: 49p: Rio de Janeiro: 2011.

As marcas enquanto propriedade e enquanto expressão

- BRASIL, República Federativa do. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4451. Brasília. Supremo Tribunal Federal. Min. Ayres de Brito. DJ. 26 ago. 2010.
- ___ Agravo de instrumento no. 2010.007716-7. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Rel. Des. João Maria Lós. Julgado em 01 jun. 2010.
- ___ Apelação 0263107-84.2007.8.26.0100. São Paulo. 6ª Câmara de Direito Privado; Rel. Francisco Loureiro; Data de registro: 25/04/2012
- ___ Apelação Cível no. 320.565.4/6. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Des. Rel. Maia da Cunha, 4ª Câmara de Direito Privado, julgado em 24 nov. 2005;
- ___ Apelação Cível no.279.223.4/3-00. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Des. Rel. Elliot Akel, 1ª. Câmara de Direito Privado, julgado em 22 mai. 2007
- ___ Apelação Cível no. 393.255.4/0-00. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Des. Rel. Natan Zelinski de Arruda. 7ª. Câmara de Direito Privado. Julgado em 28 jan. 2009.
- ___ Constituição Federal.
- ___ Decreto 75.572/1975. Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial.
- ___ Decreto 678/1992. Convenção Americana de Direitos Humanos. Pacto de São José da Costa Rica.
- ___ Lei 8.069/1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.
- ___ Lei 8.078/1990. Código de Defesa do Consumidor.
- ___ Lei 9.279/1996. Lei de Propriedade Industrial.
- ___ Lei 10.406/2002. Código Civil.
- ___ Recurso Extraordinário com Agravo 891.647/SP. Brasília. Superior Tribunal Federal. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 02/09/2015;
- CABRAL, Felipe Fonteles. Diluição de marca: uma teoria defensiva ou ofensiva? Em: Revista da ABPI. São Paulo: Associação Brasileira da Propriedade Intelectual nº 58. Mai/Jun 2002. p.24-29;
- CARNEIRO, Rodrigo Borges. O novo código civil e a disciplina dos direitos da personalidade da pessoa jurídica e suas conexões com a propriedade intelectual. Em: Revista da ABPI. São Paulo: Associação Brasileira da Propriedade Intelectual nº 61. Nov/Dez 2002. p.3-19.
- COELHO, Fabio Ulhôa. Curso de Direito Comercial. v.1. 9 ed. rev. e atual. Editora Saraiva. São Paulo, 2002. 507p.
- DA SILVA, Maria Fernanda Tovar Cardoso. Interpretação conforme a constituição do art. 130, III da Lei de Propriedade Industrial: limites do direito do titular da marca em zelar por sua integridade material e reputação. Revista Eletrônica do IBPI – Revel Nº 6. Em <<http://ibpibrasil.org/ojs/index.php/Revel/article/view/10/10>> Acesso em 22 abr. 2016; p. 69-142

- DESAI, Deven R. A Brand Theory of Trademark law. Thomas Jefferson School of Law Research paper no. 1585327. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1585327> Acesso em 14 mai. 2016.
- FARIA CORREA, José Antônio B. L. O Tratamento das marcas de alto renome e das marcas notoriamente conhecidas na Lei 9.279/96. Em: Revista da ABPI. São Paulo: Associação Brasileira da Propriedade Intelectual nº 28. Mai/Jun 1997. p.33-39
- INSTITUTO DANNEMANN SIEMSEN DE ESTUDOS JURÍDICOS E TÉCNICOS. Comentários à Lei da Propriedade Industrial. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2013 584 p.
- JEFFERSON, Thomas; Carta à Isaac McPherson. 1813. Disponível em <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a1_8_8s12.html>. Acesso em 22 abr. 2016;
- LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de Expressão e Direito à honra: novas diretrizes para um velho problema. In: Clèmerson Merlin Clève; Alexandre Freire. (Org.). Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 395-408.
- LITMAN, Jessica. Breakfast with Batman: The Public Interest in the Advertising Age. 108 Yale Journal of Law – Issue 7, mar. 1999. Disponível em <<http://www-personal.umich.edu/~jdlitman/papers/breakfast.pdf>> Acesso em 30 abr. 2016;
- LOBO, Luísa Soares Ferreira; Liberdade de expressão e direitos da personalidade: Uma análise argumentativa no âmbito do STJ. 2013. Disponível em <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2013/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Luisa%20Soares%20Ferreira%20Lobo.pdf>. Acesso em 26 abr. 2016.
- LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo Civil; Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/mc000175.pdf>>. Acesso em 22 abr. 2016;
- MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. Edições 70. Lisboa, 2014. 195p.;
- NASCIMENTO, João Paulo Capella. A natureza jurídica do direito sobre os bens imateriais. Em: Revista da ABPI. São Paulo: Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. nº 28. Mai/Jun de 1997. p.23-32;
- PEREIRA, Caio Mario da Silva; Instituições de Direito Civil. v.4. 20ª. Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2009; 395p.;
- CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.
- ___ Representação no. 59/05, de relatoria de Arthur C. Amorim; julgado em mai. 2005. Disponível em <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em 15 mai. 2016;
- ___ Representação no. 127/05, de relatoria de Arthur Amorim e Carlos Chiesa; julgado em ago. 2005. Disponíveis em <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em 15 mai. 2016;
- ___ Representação no. 160/07, de relatoria de José Francisco Queiroz; julgado em jul.2007. Disponíveis em <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em 15 mai. 2016;

-
- RAMSEY, Lisa P.; Free Speech and International Obligations to Protect Trademarks. Disponível em: <<https://yalejournalofintllaw.files.wordpress.com/2016/02/35-2-ramsey-obligations-to-protect-trademarks.pdf>> Acesso em 22 abr. 2016;
- RODRIGUES, Maria Alice Castro. Marca de alto renome. Revista ABPI: São Paulo: Associação Brasileira de Propriedade Intelectual. nº 72. Set/Out 2004. p.3-22
- ROUSSEAU, Jean-Jacques; O Contrato Social ou Princípios do Direito Político; Escala Educacional. São Paulo, 2006; 167p.;
- Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens; Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000053.pdf>>. Acesso em 22 abr. 2016;
- SANDEL, Michael. What Money can't buy: the moral limits of markets. Farrar, Stratus and Giroux; Nova York. 2013. 244p.;
- SHERRILL, Henry K. Concorrência parasitária, propaganda comparativa e diluição. Não é hora de reforçarmos a lei 9.279/96? Revista ABPI: São Paulo: Associação Brasileira de Propriedade Intelectual. No. 73. Nov/Dez 2004. p.42-44;
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. 934 p.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; DE MORAES, Maria Celina Bodin; Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República – Volume I; Editora Renovar. Rio de Janeiro, 2011; 773p.;
- Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República – Volume III; Editora Renovar. Rio de Janeiro, 2011; 975p.;
- VENDRUSCOLO, Stephanie Gruszka; A Propriedade Intelectual como conceito socialmente construído; Boletim GEDAI – Edição I. Ano IX. 2015. Disponível em <<http://www.gedai.com.br/?q=pt-br/boletins/boletim-gedai-maio-2015>>. Acesso em 22 abr. 2016;

POR UMA RELEITURA DO CONCEITO DE ORÇAMENTO AUTORIZATIVO NO BRASIL

Thaís Boia Marçal

Resumo: O Orçamento Público precisa estar em consonância com as disposições constitucionais no que se refere, principalmente, ao devido processo legal. Não se concebe mais um modelo de orçamento que não gere qualquer dever de fundamentação do Chefe do Executivo, quando do contingenciamento de alguma dotação orçamentária. É preciso que haja o respeito à deliberação pública sobre a alocação de recursos escassos. De modo que sejam atendidas de maneira eficiente as necessidades da população. Discricionariedade não pode ser entendida como arbitrariedade. É preciso que o Poder Público possa não-realizar a dotação orçamentária prevista apenas em situações excepcionais. A lei orçamentária deve ter uma presunção de eficácia em respeito ao princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança.

Palavras-Chaves: Orçamento. Discricionariedade. Constituição Federal.

1. ORÇAMENTO PÚBLICO

1.1. CONCEITO

Regis Fernandes de Oliveira² conceitua a lei orçamentária como o instrumento editado periodicamente, que contém previsão de receitas e fixação de despesas, programando a vida econômica e financeira do Estado, de cumprimento obrigatório, vinculativa do agente público.

¹ Mestranda em Direito da Cidade pela UERJ. E-mail: thais-marcal@hotmail.com

² OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 318.

A ausência do orçamento acarretaria em uma incerteza constante nas relações financeiras com o Poder Público, instalando-se o caos e a desordem em matéria de receita e despesas públicas. Tem-se, por ele, o mínimo de previsibilidade que o Estado de Direito deve oferecer, não apenas ao cidadão, mas ao próprio Estado, no que diz respeito à forma como os recursos públicos serão gastos, bem como o tipo de receita a ser auferida e o seu fim.

Com isso, o orçamento pode ser entendido como importante instrumento de garantia da liberdade e a promoção da igualdade³.

Em termos programáticos e finalísticos, o orçamento pode ser compreendido como a materialização do planejamento, haja vista que constitui a especificação, ou sejam o detalhamento dos objetivos, diretrizes e metas da programação governamental. A partir desta premissa, conclui-se que, mais importante que despende o recurso, é cumprir os programas negociados com a sociedade com a intermediação do Parlamento. O orçamento autoriza o Estado a arrecadar o necessário para realização de suas funções.⁴

1.2. NATUREZA JURÍDICA DA LEI ORÇAMENTÁRIA

A doutrina tradicional considera que a lei orçamentária não poderia ser considerada como lei material, e sim, apenas como lei em sentido formal.

Como lei formal, pode-se entender aquelas que, embora tenham a forma de lei, não o são quanto ao seu conteúdo, não podendo, por consequência, ser leis na plenitude de seu termo. Já pelo termo leis materiais, podem ser imputados aqueles diplomas legislativos que, por preencherem a forma e o conteúdo de leis, são leis no sentido pleno, não recaindo qualquer tipo de restrição.

Para Laband, o orçamento era uma simples autorização do Parlamento

³ MAURÍCIO JUNIOR, Alceu. A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a centralidade do orçamento na efetivação de direitos a prestações estatais e a fixação de parâmetros para a intervenção judicial em políticas públicas. 2005. 230 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Rio de Janeiro: Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 213.

⁴ PISCITELLI, Roberto Bocaccio. Orçamento autorizativo x orçamento impositivo. Disponível em http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1636/orcamento_autorizativo_piscitelli.pdf?sequence=1. Acessado em 03/10/11, pp. 4-5.

para a prática de atos de natureza administrativa, sendo uma lei em sentido formal, mas não em sentido material.⁵

Contudo, desde Laband, surgiram críticas à doutrina dualista da lei, afirmando que os atos emanados do Legislativo possuem natureza de lei e contêm verdadeiras normas jurídicas de caráter geral.

Nessa toada, quando a lei orçamentária regula os poderes atribuídos à Administração em matéria de despesas e receitas apresenta um nítido conteúdo jurídico que afeta tanto a Administração como aos particulares credores e devedores.

Sem embargo, Myrbach-Rheinfeld acrescenta que a tese do orçamento como lei meramente formal oculta os direitos mais importantes das representações nacionais e, ao mesmo tempo, os resultados mais decisivos das lutas políticas.⁶

Frise-se que a tese de que as leis orçamentárias seriam apenas leis em sentido formal pode ser refutada no momento em que se constata que a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) é considerada uma baliza para a Lei Orçamentária Anual (LOA), nos termos do art. 5º da Lei de Responsabilidade Fiscal. Tal dispositivo prevê que deve haver uma compatibilização da LOA com o Plano Plurianual (PPA) e com a LDO, exigindo inclusive que o orçamento anual contenha demonstrativo da compatibilidade com os objetivos e metas constantes do Anexo de Metas Fiscais da LDO. Do próprio texto constitucional (art. 166, § 3º, inc. I, CF/1988), extrai-se que as emendas ao projeto da LOA ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso sejam compatíveis com o PPA e com a LDO.⁷

Desta forma, conclui-se que tanto a Lei do PPA quanto a LDO, por conta das funções que lhe foram atribuídas pela Constituição, veicula verdadeiras normas jurídicas, que conduzem o comportamento dos órgãos políticos na elaboração do orçamento anual⁸, devendo o mesmo raciocínio ser estendido à LOA.

2. CONFECÇÃO DO ORÇAMENTO

Como na aprovação de qualquer diploma legal, é preciso que se respeite a segurança jurídica no momento de elaborar o orçamento público. No

⁵ MAURÍCIO JUNIOR, Alceu. Op. cit., p. 65.

⁶ Idem, ibidem, p. 67.

⁷ Idem, ibidem, p. 63.

⁸ Idem, ibidem, p. 71.

contexto de aprovação da lei orçamentária, a segurança jurídica visa a trazer racionalidade à política orçamentária, buscando harmonizar a relação entre a necessidade de receita e a sua adequada despesa, de modo a proteger os cidadãos contra o arbítrio, bem como zelar pela boa-fé na aprovação do orçamento, de modo que este seja o mais real possível, evitando-se, por exemplo, superestimação de receita; além de zelar pela estabilidade evitando-se a sua constante alteração.⁹

As políticas públicas devem ser conduzidas, em regra, pelo Poder Executivo, tendo em conta o lastro tributário instituído pela via fiscal.¹⁰ Cabe ao Chefe do Executivo a iniciativa do projeto de lei orçamentária, sendo de responsabilidade do governante elaborar o plano de governo em consonância com as ideologias perfilhadas pela população.¹¹

Frise-se que a iniciativa do Executivo de propor o PPA e a LOA, no entanto, não exclui a possibilidade de esses diplomas normativos serem construídos em conjunto entre os Poderes da República e os setores sociais.¹² Luiz Gustavo Bambini de Assis¹³ defende uma importante alteração nesse processo seria a elaboração conjunta das peças que constituem o orçamento público, possibilitando a formulação de políticas públicas de modo mais legítimo e democrático, pois, no Congresso, encontra-se representado todo o povo, e não apenas a maioria como ocorre no Executivo.¹⁴

Uma vez apresentada pelo Executivo ao Congresso Nacional, cabe a este aprovar ou não a referida. Todavia, as normas internas do Congresso Nacional impõem limites indevidos à deliberação parlamentar. Há limites quantitativos para as emendas coletivas, fato que acaba permitindo apenas mudanças pontuais, ou seja, apenas em dotações específicas, e não uma avaliação global das prioridades de investimento contempladas. Além

⁹ LEITE, Harrison Ferreira. “Segurança jurídica e elaboração do orçamento público”. Revista Tributária e de Finanças Públicas. Ano 17 – 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 151.

¹⁰ TIMM, Luciano Benetti. “Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?” In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 59.

¹¹ SIQUEIRA, Vanessa. Rigidez orçamentária e a perda da discricionariedade do Chefe do Executivo. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 50.

¹² ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. *Processo Legislativo e Orçamento Público: a função de controle do Parlamento*. 2009. 299 f. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 234.

¹³ Idem, ibidem, p. 234.

¹⁴ LIMA, Edilberto Carlos Pontes. “Algumas observações sobre orçamento impositivo no Brasil”. Caderno Aslegis, v. 8, n. 25, jan./abr. 2005, p. 59.

disso, tais normas impõem restrições temáticas, fazendo com que a análise dos parlamentares fique restrita ao âmbito de cada Estado, de cada área temática e, em certos casos, até de cada unidade administrativa.¹⁵

Outra limitação existente consiste no fato de somente se admitir emendas parlamentares que sejam relacionadas com a correção de erros ou omissões da proposta do Executivo.¹⁶

Acrescente-se que é de fundamental importância que seja promovido um maior envolvimento da população na elaboração do orçamento, pois a definição dos investimentos estatais interessa a toda coletividade.¹⁷

Mostra-se urgente que a sociedade participe das escolhas orçamentárias e protagonize o processo de planejamento, uma vez que a extraordinária concentração de poder no Executivo somada à subalteridade do parlamento produzem, no meio de formas e aparências, déficit democrático sem precedentes.¹⁸

É preciso que haja um fortalecimento na cultura orçamentária brasileira no que se refere à idéia da cidadania fiscal, que não pode se esgotar no dever de pagar tributos, mas deve envolver também o controle do gasto público.¹⁹

Não faz nenhum sentido que, ao cuidar do orçamento público, a participação popular se esgote em alguma das suas fases, ou seja, por exemplo, a escolha de prioridades deve ser vista como uma decisiva, mas não a única, pois tão ou mais importante é a fiscalização do cumprimento das metas orçamentárias.²⁰

¹⁵ MENDONÇA, Eduardo. A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil: Devido Processo Orçamentário de Democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 392.

¹⁶ PINTO JUNIOR, Mario Engler. “Desafios para adoção do orçamento impositivo”. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 61/62, jan./dez. 2005, p. 82.

¹⁷ MENDONÇA, Eduardo. “Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais e espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 252.

¹⁸ AMARAL, Gustavo; MELO, Daniele. “Há direitos acima dos orçamentos?” In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 93.

¹⁹ MENDONÇA, Eduardo. “Alguns pressupostos para o orçamento público conforme a Constituição”. Revista de Direito do Estado, ano 2, nº 7, jul./set. 2007, p. 296.

²⁰ FREITAS, Juarez. “O Controle social do orçamento público”. Revista Interesse Público, nº 11, 2001, Porto Alegre, p. 18.

3. MODELO DE ORÇAMENTO ADOTADO NO BRASIL: AUTORIZATIVO OU IMPOSITIVO?

3.1. ORÇAMENTO IMPOSITIVO

Trata-se de obrigar o Poder Executivo a executar a programação orçamentária aprovada pelo Poder Legislativo.²¹

Numa versão extrema, imputa-se ao governo a obrigação de executar integralmente a programação orçamentária definida pelo Congresso Nacional. Neste modelo, poder-se-ia exigir que o governo se endivida para executar determinado gasto no caso de as receitas serem insuficientes para cobrir a totalidade das despesas previstas. Com isso, a partir do momento que o orçamento prevê o equilíbrio entre receitas e despesas, deve-se cumprir as metas, e, ainda na hipótese das receitas se frustrarem, o Governo deveria, executar integralmente as despesas fixadas.²²

Em uma versão intermediária, defende-se que, para o Governo deixar de executar parte da programação, seria obrigatória a anuência do Congresso Nacional. Existem, ainda, versões mais flexíveis que determinam a obrigatoriedade de apenas parte do orçamento, deixando alguma margem para o Executivo decidir a implementação ou não do referido.²³

Neste modelo, o Governo poderia deixar de executar a programação orçamentária em razão de receitas abaixo do esperado ou do crescimento inesperado de outras despesas prioritárias.²⁴

Frise-se que, segundo esta modalidade, o Congresso poderia impor algum tipo de sanção ao Poder Executivo, quando se convencesse da real necessidade de anular a despesa prevista.²⁵

No Brasil, tramitam alguns projetos legislativos para que o modelo de orçamento impositivo fosse adotado. É o caso da proposta do Senador Antônio Carlos Magalhães (PEC 22, de 2000) que obriga o Poder Executivo a pedir autorização do Congresso para não realizar determinada despesa

²¹ LIMA, Edilberto Carlos Pontes. Op. cit., p. 50.

²² Idem, ibidem, p. 50.

²³ Idem, ibidem, p. 50.

²⁴ Idem, ibidem, pp. 50-51.

²⁵ Idem ibidem, p. 52.

fixada na lei orçamentária. Trata-se, portanto, de um modelo intermediário entre o que vigora atualmente no Brasil e um modelo extremo em que os créditos orçamentários teriam que ser executados em qualquer situação.²⁶

A PEC 169, de 2003, de autoria do Deputado Jaime Martins, também obriga o Poder Executivo a implementar integralmente a programação orçamentária. Estabelece que, em caso de frustração da receita prevista ou outra impossibilidade de execução da despesa, o Poder Executivo encaminhe ao Congresso Nacional, até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro, proposta de alteração da lei orçamentária.²⁷

Outra proposta é a que altera a Lei de Responsabilidade Fiscal (Projeto de Lei Complementar nº 87, de 2003), estabelecendo a obrigatoriedade da execução total do orçamento. Por ela, apenas em caso de risco de comprometimento das metas de resultado fiscal é que se autorizaria a limitação de empenho das dotações. Já o cancelamento definitivo só seria possível caso fosse constatada a inviabilidade financeira da execução. Em ambas as situações seriam necessária autorização prévia do Congresso Nacional.²⁸

Há ainda outras proposições como a que veda que o contingenciamento incida sobre emendas dos parlamentares (PEC nº481, de 2001).²⁹

A respeito deste tema, no dia 10 de fevereiro de 2015, restou aprovada, pelo Congresso Nacional, a PEC 358/2013, com o fito, justamente de tornar obrigatória a execução das Emendas Parlamentares ao prever no art. 166, § 10, da CF/88 que “é obrigatória a execução orçamentária e financeira das programações a que se refere o §9º³⁰ deste artigo, em montante correspondente a um inteiro e dois décimos por cento da receita corrente líquida realizada no exercício anterior, conforme os critérios para execução equitativa da programação definidos na lei complementar prevista no §9º do art. 165.”.

Estas propostas se aproximam do modelo adotado nos Estados Unidos, desde a aprovação do Congressional Budgetary and Impoundment Control Act,

²⁶ Idem ibidem, p. 54.

²⁷ Idem, ibidem, p. 55.

²⁸ Idem, ibidem, p. 55.

²⁹ Idem, ibidem, p. 55.

³⁰ Art. 166, §9º, da CF/88: as emendas individuais ao projeto de lei orçamentária serão aprovadas no limite de um inteiro e dois décimos por cento da receita corrente líquida prevista no projeto encaminhado pelo Poder Executivo, sendo que a metade deste percentual será destinada a ações e serviços públicos de saúde.

em 1974, pelo o Congresso norte-americano. Um dos aspectos motivadores da referida norma foi, em particular, a prática presidencial de reter os recursos necessários para a execução de projetos de interesse dos congressistas. Um dos mecanismos introduzidos pela lei em questão é o rescission, por meio do qual os créditos orçamentários só deixariam de ser executados após anulação autorizada por uma das Casas do Congresso. Convencido da impossibilidade ou mesmo da não conveniência de realização de determinada parte da programação orçamentária, o presidente norte-americano deve remeter mensagem a uma das Casas do Congresso – Câmara dos Deputados ou Senado Federal – solicitando, com devidas justificativas, a anulação da programação. No caso de negativa ao pedido, os recursos deverão ser imediatamente disponibilizados para a execução da programação.³¹

3.2 ORÇAMENTO AUTORIZATIVO

Segundo esta concepção, a aprovação do orçamento pode ser traduzida como uma autorização para que o Executivo gaste, de acordo com o deliberado, podendo realizar contingenciamentos das verbas.

O orçamento autorizativo acaba por ser um forte instrumento de barganha nos momentos de votações importantes no Congresso³², pois o Executivo, na prática, acaba por condicionar a liberação de determinada dotação orçamentária de acordo com o resultado da votação dos projetos de seu interesse no Congresso Nacional.

Com isso, as decisões efetivamente produzidas no orçamento não decidem de fato, admitindo-se que o Executivo possa “redecidir” tudo e seguir uma pauta própria de prioridades, não estando sequer obrigado a motivar as novas escolhas.³³

Todavia, o esvaziamento da legalidade orçamentária pode ser creditado essencialmente à doutrina e a prática, já que não decorre de nenhum ato normativo explícito.³⁴

³¹ GIACOMONI, James. “Orçamento impositivo! É possível torná-lo realidade?”. Revista do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, v. 145, jan./mar. 2003, p. 33.

³² LIMA, Edilberto Carlos Pontes. Op. cit., p. 57.

³³ MENDONÇA, Eduardo. A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil: Devido Processo Orçamentário de Democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 392.

³⁴ MENDONÇA, Eduardo. “Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais e espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 253.

3.3. A DISCRICIONARIEDADE DO CHEFE DO EXECUTIVO

As previsões orçamentárias consistem em uma fórmula de concretização das decisões constitucionais e legais que envolvam o dispêndio de recursos públicos. Ou seja, embora se cuide de atos concretos, seus efeitos não podem ser inteiramente identificados e estão intimamente entrelaçados com um conjunto amplo de típicos atos normativos³⁵, subsistindo certo nível de discricionariedade a cargo da Administração, que deve ser exercido para a concretização dos fins constitucionais.³⁶

A discricionariedade diz respeito à forma como fazer, e não à necessidade de que o objetivo seja perseguido com determinada intensidade.³⁷

É de nodal importância que haja discricionariedade no desempenho da função administrativa, uma vez que a lei não contempla todas as situações fáticas que possam ocorrer nas coletividades, cabendo ao administrador definir a opção por uma dentre várias condutas legítimas e possíveis.³⁸

Entretanto, a discricionariedade, enquanto poder legítimo da Administração, só pode ser exercido dentro de determinados limites³⁹, sendo a própria lei que fundamenta a discricionariedade também define os seus limites.⁴⁰

O poder discricionário reflete, ao mesmo tempo, um dever de agir, que pode ser traduzido como o poder-dever de escolher a conduta mais adequada à satisfação do interesse público.⁴¹

Frise-se que é admitido falar em poder como instrumento voltado à satisfação dos interesses públicos, devendo-se atentar para a diferenciação entre arbitrariedade e discricionariedade. Neste contexto, arbitrariedade

³⁵ Idem. A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil: Devido Processo Orçamentário de Democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 217.

³⁶ MAURÍCIO JUNIOR, Alceu. *Op. cit.*, p. 64.

³⁷ MENDONÇA, Eduardo. “Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais e espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 257.

³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. “A discricionariedade: Análise de seu Delineamento Jurídico”. In: GARCIA, Emerson (coord.). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 41.

³⁹ Idem, *ibidem*, p. 41.

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, São Paulo: Atlas, 1991, p. 48.

⁴¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 41.

pode ser traduzida como ato desprovido de motivação ou com motivação insuficiente⁴². Enquanto, discricionariedade é a opção do legislador de permitir a realização de escolhas na atuação administrativa, destinada a satisfazer com máxima precisão o escopo da norma que outorgou tal liberdade.⁴³

Os atos ditos discricionários devem obediência aos princípios administrativos, não se admitindo que a discricionariedade sirva de refúgio para práticas abusivas, ineficientes, contrárias ao interesse público preponderante. Portanto, conclui-se que os princípios administrativos gerais são obstáculos objetivos ao poder discricionário.⁴⁴

Independente de estarmos diante de atividade vinculada ou discricionária, caso a medida adotada pela Administração não atenda satisfatoriamente ao interesse público, ou ainda, caso a atuação administrativa viole princípios administrativos, poder-se-á recorrer ao Poder Judiciário que controlará a conduta administrativa.⁴⁵

A vinculação do orçamento produz o dever de dar cumprimento às decisões orçamentárias, que, como as leis em geral, podem assumir. Um ambiente de recursos escassos não é compatível com um dever genérico de gastar ou com a atribuição, a qualquer pessoa ou instituição, de um direito subjetivo a que o Estado gaste.⁴⁶

3.4. A NECESSIDADE DE UMA RELEITURA DOS INSTITUTOS

No bojo do presente estudo, não se pretende defender que deva ocorrer uma reformulação teórica em matéria de orçamento público, e sim uma mudança no modo de interpretação das normas já existentes.

Explica-se.

⁴² Assim, entender que o orçamento pode ser simplesmente descumprido sem qualquer motivação por parte do Executivo poderia ser traduzido como atitude arbitrária.

⁴³ TOURINHO, Rita. “A principiologia jurídica e o Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa”. In: GARCIA, Emerson (coord.). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 155.

⁴⁴ *Idem*, *ibidem*, p. 158.

⁴⁵ TOURINHO, Rita. *Op. cit.*, p. 159.

⁴⁶ MENDONÇA, Eduardo. “Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais e espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 257.

Não é compatível com o processo deliberativo o entendimento que o Congresso conceda uma “carta branca” para que o Executivo opte por cumprir ou não o que foi legitimamente deliberado. Quando os diplomas legislativos prevêem que o orçamento “autoriza” o gasto, deve-se entender que só se pode gastar o que está autorizado. Qualquer gasto que não esteja previsto necessita de novas autorizações.⁴⁷ Contudo, tal interpretação não pode ser traduzida como a possibilidade de “não agir”⁴⁸.

Neste sentido, Harrison Ferreira Leite⁴⁹ defende que a Constituição utiliza o substantivo autorização com diferentes sentidos e em nenhum deles com o de facultatividade. O autor conclui que “norma que pode ser cumprida não é norma, mas mero conselho”. Com base nesta premissa, orçamento, no tocante à despesa, é norma que impõe deveres ao Estado e determina os atos de alcance do bem comum. Trata-se, portanto, de ordenança que rege o comportamento dos gestores públicos quanto à realização dos gastos públicos. Logo, deve ser realizada conforme prescrita. O orçamento, na sua dicção, prevê receitas e fixa despesas. Se quisesse autorizar despesas, assim diria. Mas não, preferiu fixar a programação dos desembolsos públicos. E fixar é determinar, prescrever com particular força, não se confundindo com prever, estimar ou facultar.

Autorizar significa permitir que uma determinada programação seja executada e não outra.⁵⁰

Nesta senda, se o orçamento não pode ser modificado ou contrariado por ato infralegal,⁵¹ muito menos descumprido por medida imotivada.⁵²

É preciso se pensar na diminuição dessa discricionariedade do administrador público, devendo-se valorizar a tomada de decisão pelo Poder Legislativo, de maneira que o orçamento aprovado seja efetivamente realizado na sua maior parte, excepcionando-se apenas quando esse cumprimento não for possível. Tal idéia decorre do fato de que a Constituição brasileira criou obrigações para a Administração Pública

⁴⁷ PISCITELLI, Roberto Bocaccio. Op. cit., p. 4.

⁴⁸ Este termo é utilizado por Eduardo Mendonça, em seus estudos, em matéria de orçamento autorizativo.

⁴⁹ LEITE, Harrison Ferreira. Autoridade da lei orçamentária. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 260.

⁵⁰ LIMA, Edilberto Carlos Pontes. Op. cit., p. 56.

⁵¹ MENDONÇA, Eduardo. A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil: Devido Processo Orçamentário de Democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 208.

⁵² Idem, ibidem, p. 208.

e não cabe aos seus gestores considerar as disposições orçamentárias como meras autorizações, desconsiderando que o interesse público deve sempre prevalecer.⁵³

A falta de execução das despesas programadas pelos administradores, seja por incompetência, seja por opção política de não realizar o gasto, gera um deslegitimação da participação do Legislativo nesse processo de escolhas do que gastar, além de frustrar a expectativa da população de ver seus anseios satisfeitos pelo Poder Público.⁵⁴

Desta forma, efetuada a autorização de gasto, cabe ao gestor público respeitá-la.⁵⁵

O fato de não ser possível prever todas as variedades de fatos e circunstâncias no país permite que o planejamento seja adaptável aos acontecimentos econômicos e financeiros futuros, mas não o torna desprovido de juridicidade e de proteção jurisdicional.⁵⁶

Nesta quadra, a opção do Governo brasileiro pelo “comedimento” orçamentário ao fixar maior dotação orçamentária destinada aos pagamentos das dívidas interna e externa em detrimento dos investimentos nas áreas sociais, como a educação, por exemplo, revela-se totalmente inaceitável.⁵⁷

Não é compatível com a primazia dos direitos fundamentais prevista na Carta Magna privilegiar o pagamento dos juros da dívida pública (art.9º, §2º, da LRF) em detrimento do uso desta verba pública para a promoção da dignidade da pessoa humana⁵⁸. Não se trata de não pagar o serviço da dívida, mas de privilegiar esta em detrimento dos valores fundantes da República.

⁵³ CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. Orçamento e a efetivação dos direitos sociais. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-19-SETEMBRO-2009-BASILE-GEORGES.pdf>. Acessado em 05/08/11, p. 10.

⁵⁴ Idem, ibidem, p. 1-2.

⁵⁵ SILVA, Sandoval Alves da. Direito Sociais – Leis orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 114.

⁵⁶ Idem, ibidem, p. 121-122.

⁵⁷ MIRANDA, Dalton Cesar Cordeiro de. “Orçamento público participativo federativo: uma proposta de elaboração”. Revista Tributária e de Finanças Públicas, nº 38, 2001, p. 157.

⁵⁸ Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, dignidade da pessoa humana deve ser compreendida como a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 62.

Bem como não soa razoável, que sejam feitos contingenciamentos de verbas, com fim de acumular riqueza, pois o Poder Público não pode ter como objetivo de sua atividade a acumulação de riqueza como fim em si mesmo, uma vez que superadas as concepções totalitárias, prevalece a ideia de que o Estado é uma realidade instrumental a serviço de certas finalidades, mais precisamente a realização do bem comum ou do interesse público, ainda que seja difícil precisar o sentido da expressão. No âmbito estatal, as receitas justificam-se pelas despesas que serão realizadas em função do interesse público.⁵⁹

O esforço brutal do Governo em buscar superávit nominal faz tabula rasa de todas as técnicas de planejamento.⁶⁰

Como consequência destes contingenciamentos, sacrifica-se os programas de investimentos, entre os quais, muitas vezes, estão as próprias emendas aprovadas quando da tramitação da proposta orçamentária no Congresso Nacional.⁶¹

O Sistema Orçamentário brasileiro não permite que haja uma ampla Liberdade de Conformação do Legislador Orçamentário, mas, ao invés, vincula-o aos planos estabelecidos na LDO e no PPA, os quais devem estar de conformidade com a busca dos Objetivos previstos no art. 3º da CF/1988, que só podem ser atingidos caso respeitados os Fundamentos da República brasileira, previstos no seu art.1º.⁶²

Deste modo, resta clara a necessidade de mudança nos critérios de execução do orçamento público no ordenamento jurídico brasileiro, não sendo admissível que, diante de situações tão emergentes e com recursos públicos disponíveis, o Estado simplesmente escolha não agir e não executar parte do orçamento. Tal afirmação parte da premissa defendida por Robert Alexy⁶³ de que os direitos fundamentais devem ser realizados na

⁵⁹ MENDONÇA, Eduardo. “Alguns pressupostos para um orçamento público conforme a Constituição”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Livro Comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 643-644.

⁶⁰ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. “Orçamento e execução da despesa: contingenciamentos imorais”. *Revista Zênite: ILC: Informativo de licitações e contratos*, v. 18, n. 186, ago. 2009, p. 731.

⁶¹ GIACOMONI, James. *Op. cit.*, p. 32.

⁶² SCAFF, Fernando Facury. “Como a sociedade financia o Estado para implementação dos direitos humanos no Brasil”. *Revista Interesse Público*, nº 39, Porto Alegre, 2006, p. 194.

⁶³ Apud CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Op. cit.*, p. 7.

sua máxima potencialidade, sendo certo que esta premissa não coaduna com a prática de não se executar dotações orçamentárias nas áreas sociais onde há mais necessidades a serem satisfeitas.

O pós-positivismo, ao trazer consigo uma nova interpretação constitucional, exige a máxima efetivação dos princípios e regras constitucionais por Poderes do Estado, sendo indispensável à observância de postulados hermenêuticos, como a supremacia da Constituição, a máxima efetividade, entre outros; no momento da destinação do orçamento pelos poderes públicos.⁶⁴

Não se pode ter um olhar ingênuo sobre as políticas públicas⁶⁵, adotando posições que deixam ao alvedrio dos administradores decidirem o que fazer com a coisa pública.⁶⁶

Assim, observa-se que a posição sustentada por Ricardo Lobo Torres⁶⁷, no sentido de que em havendo lei ordinária de concessão do direito social ou econômico, o orçamento apenas autorizaria a despesa, cabendo ao Executivo entregar discricionariamente as prestações, sob forma de subvenções ou de transferências intergovernamentais; coaduna-se os modelos orçamentários adotados na história, em que a forma de governo era o monárquico constitucionalista, o qual apresentava exacerbado caráter autoritário e a representação popular não tinha prerrogativas orçamentárias.

Diante deste cenário, é plenamente justificável a base doutrinária pautar-se em teoria francesa que analisa o orçamento apenas num ângulo administrativista e não na linha do direito financeiro brasileiro, uma vez que as questões da Administração não estavam na seara protegida pelo direito, mas apenas no campo político, entendimento este que não é sustentável na conjuntura vigente de um Estado Democrático de Direito.

⁶⁴ MACHADO, Clara Cardoso. “Controle jurisdicional de constitucionalidade em abstrato de lei orçamentária: uma análise da ADI 4.048-4/DF”. Texto extraído do EVOCATI Revista http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=428. Acesso em 26/09/2011.

⁶⁵ Na presente pesquisa, a expressão ‘políticas públicas’ será entendida como programas de ação governamental visam a coordenar os meios à disposição do Estado e às atividades privadas, para realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados de acordo com o conceito sustentado por Maria Dallari Bucci. Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. Editora Saraiva. São Paulo, 2006, p. 241.

⁶⁶ OHLWEILER, Leonel Pires. “Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito”. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 308.

⁶⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *O orçamento público na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 137.

Ademais, a conjuntura econômica à época justificava um orçamento com grande maleabilidade, o que não pode ser aceito nos tempos atuais.⁶⁸

Alguns países optaram expressamente pela adoção do orçamento autorizativo, como é o caso da Alemanha, em que a lei orçamentária tem eficácia autorizativa e não dá origem a direitos ou obrigações.

Imperiosa a mudança na visão brasileira tradicional, restando inaceitável a ideia de que a elaboração da proposta de lei orçamentária é momento de formalizar expectativas, que podem ser frustrada livremente ao bel-prazer do administrador no momento da execução orçamentária, convertendo a lei orçamentária em mera peça retórica.⁶⁹

Conforme sustentado por Vanessa Siqueira⁷⁰, caso seja admitida a possibilidade do Poder Executivo, a expensas dos expedientes fartamente denunciados, manipular à sua conta os recursos orçamentários, as prioridades da população se esvairão, emprestando à democracia deliberativa o triste *status* de “letra morta”.

Insta destacar que, uma vez que se considera que o orçamento é lei que precisa ser cumprida pelo Poder Executivo, a função desempenhada pelo Ministério Público, neste particular, é de *suma* importância, haja vista que incumbe a ele, como defensor dos interesses da sociedade, tomar as medidas necessárias para instar o Estado a adotar políticas públicas voltadas à realização dos direitos fundamentais, em especial, dos direitos fundamentais sociais de caráter prestacional.⁷¹

Ademais, uma vez que se constata que o orçamento público cria obrigações e envolve direitos é possível que a sociedade exija a execução das despesas alocadas democraticamente para determinadas finalidades. A lei orçamentária cria expectativas jurídicas, as quais devem ser protegidas pelo sobreprincípio da segurança jurídica⁷² e da proteção da confiança.⁷³

⁶⁸ LEITE, Harrison Ferreira. *Autoridade da lei orçamentária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 258.

⁶⁹ CORREIA NETO, Celso de Barros. *Orçamento Público: uma visão analítica*. Disponível em http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/sof/sof_2010/monografias/tema_2_3%C2%BA_monografia_celso_de_barros.pdf. Acesso em 28/09/2011, p. 11.

⁷⁰ SIQUEIRA, Vanessa. *Op. cit.*, p. 158.

⁷¹ CLÈVE, Clemerson Mérlin. *Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 24/09/2011, p. 9.

⁷² LEITE, Harrison Ferreira. *Autoridade da lei orçamentária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 259.

⁷³ A respeito do tema ver ARAUJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

O orçamento aprovado deve ser tratado como a generalidade dos atos do Poder Público, com presunção de imperatividade. Neste diapasão, modificações serão possíveis por meio de créditos adicionais, tal como já ocorre atualmente.⁷⁴

Se for comparado o que o Governo orça para gastar em saúde, educação e segurança e o que gasta pagando a dívida pública, será possível constatar que existe uma reserva do possível geral no Brasil que impede os gastos sociais que se chama dívida pública.⁷⁵

É preciso retomar aos valores fundantes do Estado, tratando com prioridade o que foi priorizado pela Carta Magna, não se pode entre a saúde, o saneamento ou a praça, preferir-se a praça.⁷⁶

Imperiosa a necessidade de se ter a possibilidade de realizar adaptações no orçamento, devendo haver meios para realizá-las com a agilidade necessária. Sendo que isso não pode ser traduzido na possibilidade de Executivo ignorar as escolhas veiculadas na lei orçamentária e renovar todas as decisões a respeito da alocação de recursos sem qualquer exigência de fundamentação.

Sem a valorização da função constitucional dos orçamentos não é possível vislumbrar futuro promissor para os objetivos da República, pois é impossível governar com eficiência sem planejar⁷⁷, e planejamento pressupõe respeito às previsões de receita e despesa estipuladas nas peças orçamentárias.⁷⁸

É preciso entender o orçamento como principal instrumento de efetivação igualitária dos direitos sociais, controlando sua elaboração e sua execução, pois todos possuem o direito a uma boa administração pública.⁷⁹

⁷⁴ MENDONÇA, Eduardo. A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil: Devido Processo Orçamentário de Democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 394.

⁷⁵ CALIENDO, Paulo. “Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 182.

⁷⁶ LEITE, Harrison Ferreira. “Segurança jurídica e elaboração do orçamento público”. Revista Tributária e de Finanças Públicas. Ano 17 – 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 148.

⁷⁷ Neste sentido, vale destacar a frase emblemática de Harrison Ferreira Leite: “agir sem orçar é dirigir a máquina com olhos vendados: movimenta-se por um tempo, mas o colapso é certo.” In: LEITE, Harrison Ferreira. Autoridade da lei orçamentária. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 257.

⁷⁸ JACOB, César Augusto Alckmin. “A ‘reserva do possível’: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). O controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 257.

⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 278.

SÍNTESE CONCLUSIVA

1. O Orçamento Público deve ser repensado à luz da democracia deliberativa. Não é possível subsistir uma concepção de orçamento sem que haja um debate público comprometido com os meios para se promover do modo mais eficiente quanto possível os objetivos constitucionais. Debate este que, além da participação popular, deve contar com a efetiva atuação do Poder Legislativo desde a elaboração da proposta orçamentária.

2. Todavia, de pouco adiantará que a elaboração do orçamento gere intenso debate, acompanhado com interesse pela mídia e pela população, se o Executivo conservar o poder de refazer a maioria das decisões unilateralmente, sem promover a sua inserção formal no espaço público.⁸⁰

3. As finanças públicas no Estado Social de Direito deve abranger a análise de resultados e a apreciação da justiça e do custo/benefício, a ver se o cidadão realmente obtém a contrapartida de seu sacrifício econômico.⁸¹

4. Discutir a maneira de elaborar o orçamento e de executá-lo é um instrumento importante na função histórica de fiscalização parlamentar.⁸²

5. É preciso que o Congresso Nacional e a população estejam comprometidos com a fiscalização do cumprimento da programação orçamentária, pois se todos compartilham as decisões sobre a programação a ser realizada, devem compartilhar as escolhas do que suspender, cancelar ou não realizar.⁸³

6. Ressalta-se a relevância da aprovação da PEC 358/2013 pelo Congresso Nacional no dia 10 de fevereiro de 2015, mas não se pode conceber que esta alteração termine com a falta de respeito à Lei Orçamentária. É preciso ir adiante e, com tal assertiva, não se fala em alteração legislativa propriamente dita, mas adiante no modo de pensar a execução orçamentária.

7. O administrador não poderá simplesmente ignorar a dotação – que espelha uma prioridade definida no processo deliberativo – nem lhe dar

⁸⁰ MENDONÇA, Eduardo. “Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas?”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais e espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 253.

⁸¹ LEME, Renata Salgado. “Orçamento público e desenvolvimento (análise dos princípios constitucionais orçamentários) = Budget public et développement. Revista Forense, v. 106, n. 410, jul./ago. 2010, pp. 473-491.

⁸² CAMPOS, Hélio Silvio Ourem. “Segurança jurídica frente ao Estado de Direito no Brasil e o processo de implantação do orçamento participativo. Revista IOB de Direito Administrativo, v. 3, n. 27, mar. 2008, p. 103.

⁸³ GIACOMONI, James. Op. cit., p. 33.

execução meramente simbólica. Cabe ao administrador demonstrar, de forma motivada⁸⁴, os motivos pelos quais os recursos remanescentes não puderam ser empregados.⁸⁵ Não se trata de tornar o orçamento impositivo, e sim, fazer uma releitura das disposições atinentes ao tema à luz da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Gustavo; MELO, Daniele. "Há direitos acima dos orçamentos?" In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 79-100.
- ARAUJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.
- ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. *Processo Legislativo e Orçamento Público: a função de controle do Parlamento*. 2009. 299 f. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- _____. "Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas". In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 31-60.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. Editora Saraiva. São Paulo, 2006.
- CALIENDO, Paulo. "Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação". In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 175-186.
- CAMPOS, Hélio Silvio Ourem. "Segurança jurídica frente ao Estado de Direito no Brasil e o processo de implantação do orçamento participativo". *Revista IOB de direito administrativo*, v. 3, n. 27, mar. 2008, p. 86-108.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. "A discricionariedade: Análise de seu Delineamento Jurídico". In: GARCIA, Emerson (coord.). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, pp. 3-42.

⁸⁴A necessidade de motivação decorre, segundo o autor, do "descumprimento da previsão inicial, que fora assentada no processo deliberativo público. Introduzir essa nova decisão no espaço público é o mínimo que se pode fazer para evitar que o processo político seja inteiramente falseado.". Cf. MENDONÇA, Eduardo. *A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil: Devido Processo Orçamentário de Democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 395.

⁸⁵*Idem, ibidem*, p. 395.

- CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. "Orçamento e a efetivação dos direitos sociais". Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-19-SETEMBRO-2009-BASILE-GEORGES.pdf>. Acessado em 05/08/11.
- CLÈVE, ClemersonMèrlin. Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 24/09/2011.
- CORREIA NETO, Celso de Barros. Orçamento Público: uma visão analítica. Disponível em http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/sof/sof_2010/monografias/tema_2_3%C2%BA_monografia_celso_de_barros.pdf. Acesso em 28/09/2011
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988, São Paulo: Atlas, 1991.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. "Orçamento e execução da despesa: contingenciamentos imorais". Revista Zênite: ILC: Informativo de licitações e contratos, v. 18, n. 186, ago. 2009, pp. 731-733.
- FREITAS, Juarez. "O Controle social do orçamento público". Revista Interesse Público, nº 11, 2001, Porto Alegre, pp. 29-68.
- FURTADO, José Ribamar Caldas. "A função reguladora do orçamento". Interesse Público, v. 11, n. 54, mar./abr. 2009, pp. 303-307.
- GIACOMONI, James. "Orçamento impositivo! É possível torná-lo realidade?". Revista do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, v. 145, jan./mar. 2003, pp. 32-33.
- GONÇAVES, Hermes Laranja. Uma visão crítica do orçamento participativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- JACOB, César Augusto Alckmin. "A 'reserva do possível': obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba". In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). O controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 237-284.
- LEITE, Harrison Ferreira. Autoridade da lei orçamentária. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- _____. "Segurança jurídica e elaboração do orçamento público". Revista Tributária e de Finanças Públicas. Ano 17 – 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 128-152.
- LEME, Renata Salgado. "Orçamento público e desenvolvimento (análise dos princípios constitucionais orçamentários) = Budget public et développement. Revista Forense, v. 106, n. 410, jul./ago. 2010, pp. 473-493.
- LIMA, Edilberto Carlos Pontes. "Algumas observações sobre orçamento impositivo no Brasil". Caderno Aslegis, v. 8, n. 25, jan./abr. 2005, pp. 49-61.
- MACHADO, Clara Cardoso. "Controle jurisdicional de constitucionalidade em abstrato de lei orçamentária: uma análise da ADI 4.048-4/DF". Texto extraído do EVOCATI Revista. Disponível em http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=428. Acesso em 26/09/2011.

- MAURÍCIO JUNIOR, Alceu. A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a centralidade do orçamento na efetivação de direitos a prestações estatais e a fixação de parâmetros para a intervenção judicial em políticas públicas. 2005. 230 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Rio de Janeiro: Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
- MENDONÇA, Eduardo. "Alguns pressupostos para o orçamento público conforme a Constituição". *Revista de Direito do Estado*, ano 2, nº 7, jul./set. 2007, pp. 289-312.
- _____. "Alguns pressupostos para um orçamento público conforme a Constituição". In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil. Livro Comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 637-666.
- _____. "Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas". In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais e espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 231-278.
- _____. *A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil: Devido Processo Orçamentário de Democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- MIRANDA, Dalton Cesar Cordeiro de. "Orçamento público participativo federativo: uma proposta de elaboração". *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, nº 38, 2001, pp. 153-163.
- NASCIMENTO, Carlos Valder do. O Orçamento público na ótica de responsabilidade fiscal: autorizativo ou impositivo. *Revista Ibero-americana de Direito Público*, nº 6, Rio de Janeiro, pp. 11-32.
- NASCIMENTO, João Alcides do. O papel do orçamento público no processo de planejamento da ação política. *Energia, entropia e informação, fatores a considerar*. *Revista da ESG*, volume IX, nº 25, ano 1993.
- OHLWEILER, Leonel Pires. "Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermêutica à luz do Estado Democrático de Direito". In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 289-309.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. "Deve o orçamento ser cumprido?" *Jus Navigandi*, Teresinha, ano 9, n. 672, 8 maio 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6698>. Acesso em 29/09/2011.
- _____. *Curso de Direito Financeiro*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PINTO JUNIOR, Mario Engler. "Desafios para adoção do orçamento impositivo". *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 61/62, jan./dez. 2005, pp. 77-95.
- PISCITELLI, Roberto Bocaccio. Orçamento autorizativo x orçamento impositivo. Disponível em http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1636/orcamento_autorizativo_piscitelli.pdf?sequence=1. Acessado em 03/10/11.

SABBAG, César. Orçamento e Desenvolvimento – Recurso público e dignidade humana: o desafio das políticas desenvolvimentistas. São Paulo: Millennium Editora, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, setembro/outubro/novembro, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-15-SETEMBRO-2008-INGO%20SARLET.pdf>. Acesso em 10/05/2011.

_____. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5ª Edição. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2008.

SCAFF, Fernando Facury. “Como a sociedade financia o Estado para implementação dos direitos humanos no Brasil”. Revista Interesse Público, nº 39, Porto Alegre, 2006, pp. 187-211.

SILVA, Sandoval Alves da. Direito Sociais – Leis orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

SIQUEIRA, Vanessa. Rigidez orçamentária e a perda da discricionariedade do Chefe do Executivo. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

TIMM, Luciano Benetti. “Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?” In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 59.

TORRES, Ricardo Lobo. O orçamento público na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

TOURINHO, Rita. “A principiologia jurídica e o Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa”. In: GARCIA, Emerson (coord.). Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, pp. 91-160.

“PRESIDENCIALISMOS”: ABORDAGEM CRÍTICA DO SISTEMA PRESIDENCIALISTA

Viviane Pleyzy¹

A matriz originária do sistema presidencialista é a norte-americana, ocorre, no entanto, que ao ser utilizado em outros países o sistema presidencialista sofreu desvios, em alguns casos se afastando tanto do modelo original que, segundo os ensinamentos do Professor Doutor Canotilho, seria mais adequado falar de “presidencialismos”, cujo exemplo mais significativo é o latino-americano.²

De acordo com Dallari, há uma preferência pelo regime presidencial nos lugares e nas épocas em que se deseja o fortalecimento do poder executivo, sem ruptura da separação dos poderes. Argumenta-se, a seu favor, a rapidez com que as decisões podem ser tomadas e postas em prática e a possibilidade de o Presidente da República tomar decisões sozinho, sem responsabilidade política perante o parlamento, possibilitando uma maior unidade de comando.³

Nessa senda, o presidencialismo é defendido pelos países em desenvolvimento mediante a necessidade de governos fortes. Contudo, a realidade nos proporciona uma constatação infeliz, a de que com muita frequência os presidencialismos se convertem em verdadeiras ditaduras.

Como bem leciona Paulo Bonavides: *“ditadura não é sinônimo de governo forte, mas de governo de força. Governo forte é o governo da lei,*

¹ Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito Eleitoral pela Universidade Cândido Mendes. Assessora jurídica do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro

² CANOTILHO, J. J. Gomes, “Direito Constitucional e teoria da constituição”, p. 588.

³ DALLARI, Dalmo de Abreu, “Elementos de Teoria Geral do Estado”, São Paulo: Editora: Saraiva, 25ª ed., p. 245.

governo de autoridade. E autoridade não se faz por obra da força, senão do assentimento, ou seja, da confiança dos governados. Ela não deriva do elemento coercivo insuladamente, mas do Direito que se concretiza no poder. A legitimidade então produzida é o vínculo que prende, em estado de mútua confiança e cooperação, governantes e governados para o pleno exercício de tarefas executivas pertinentes à condução de uma política dirigida para o bem comum da sociedade e da nação".⁴

Conforme Poguntke e Webb, o presidencialismo gera três consequências: o recurso de poder de liderança, a autonomia da liderança e a personalização do processo eleitoral. São essas características que permitem que o chefe do poder executivo governe sem muitas interferências externas, conduzindo a uma inevitável personalização do poder.⁵

A personalização tem início por ocasião das eleições em que os candidatos surgem perante a sociedade exaltando qualidades e feitos pessoais e como os únicos capazes de aniquilar a pobreza e os problemas sociais tão comuns nos países em desenvolvimento.

Depois de eleitos, os chefes do executivo personalizam o poder, implementando governos ditatoriais, sob a forma de uma legitimidade aparente. A partir daí passam a tomar medidas contrárias ao ideal democrático, limitando ou suprimindo liberdades e garantias individuais. Esse abuso do poder presidencial tem sido denominado pela doutrina de "hiperpresidencialismo" ou "neopresidencialismo".^{6 7}

Não raro esses "presidencialismos" resultam "na renúncia e no suicídio de presidentes, na Constituição outorgada e nos Atos Institucionais, no colapso da participação democrática, no silêncio das tribunas, nos ukases de recesso e fechamento das Casas do Congresso e na erosão dos valores representativos, sem os quais é impossível estabelecer uma ordem democrática genuína".⁸

⁴ BOANAVIDES, Paulo, "Teoria do Estado", São Paulo: Malheiros, 5ª ed., p.271.

⁵ POGUNTKE, Thomas, WEBB, Paul, "The Presidentialization of politics in modern democracies societies: a framework for analysis" in POGUNTKE, Thomas, WEBB, Paul, The presidentialization of politics: a comparative study of modern democracies, New York: Oxford University Press, 2007.

⁶ ORTI, Javier. "El Hiperpresidencialismo". Disponível em <http://javierorti.blogspot.com/2008/01/el-hiperpresidencialismo.html>. Acesso em 10 de outubro de 2015.

⁷ Professor Doutor Canotilho define esses presidencialismos como "cesarismo representativo" ou "centralismo presidencialista". (CANOTILHO, J. J. Gomes, Op. Cit., p.588).

⁸ BOANAVIDES, Paulo, *Op. Cit.*, p.272.

Tem sido afirmado que o insucesso do sistema presidencialista se deve aos amplos poderes do Presidente que é, ao mesmo tempo, Chefe de Estado e Chefe de Governo, à usurpação de funções legislativas, como a iniciativa de leis, o veto de leis e, em alguns casos, o poder de expedir atos normativos e a rígida separação de poderes que interfere na relação do poder executivo com o poder legislativo tornando-o um poder subordinado que favorece a utilização do Estado para fins partidários.

Contudo, distinguir os efeitos da forma constitucional das condições adversas que são também causas das crises políticas nos países presidencialistas não é tarefa simples. Acrescente-se aos fatores jurídicos descritos anteriormente outros fatores que possuem relevância ou, talvez, preponderância, como a influência histórica, pois a maioria dos países latino-americanos há algumas décadas atrás eram ditaduras militares. Até hoje podemos vislumbrar a existência de caudilhos, líderes populistas, generais-presidentes e famílias oligárquicas que se mantêm no poder a qualquer custo fazendo uso das brechas do próprio sistema democrático.

Não se pode olvidar, ainda, a existência de um amplo contingente da população que vive em condições de extrema pobreza e que depositam confiança e esperança em líderes carismáticos, em que vêem personificada a figura do salvador capaz de solucionar seus problemas.

Condenar a separação de poderes típica do presidencialismo à falência revela uma visão demasiado reducionista. Como bem leciona Bruce Ackerman, a separação de poderes pode servir ou impedir ao projeto populista de autogoverno⁹. O seu (in)sucesso depende mais da forma como é implementada do que pela sua própria existência em tese. Ademais, na realidade, a separação de poderes tem se convertido em preponderância do poder executivo frente a um legislativo cada vez mais omissivo, formado por representantes cada vez mais manipulados e a mercê de interesses partidários.

Muito se tem repetido que no presidencialismo não existe Responsabilidade Política. Entretanto, tal ideia não é verdadeira. Não há Responsabilidade Política nos moldes existentes nos sistemas parlamentaristas, mas há formas de responsabilização política, embora seja patente sua não efetividade real.

⁹ ACKERMAN, Bruce, “A Nova Separação dos Poderes”, Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2009. (Tradução: Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos, Revisão da tradução: Nívia Mônica da Silva).

A Responsabilidade Política é um instrumento de limitação e legitimação do Poder Político que permite a revogação última dos detentores desse Poder e obriga a prestação de contas dos governantes perante os governados.

Ora, o poder que possui a função de controle e fiscalização do poder executivo é o poder legislativo. O poder executivo deve submeter à aprovação do legislativo sua prestação de contas financeiras e orçamentárias. Da mesma forma, cabe ao legislativo o julgamento de *impeachment* que visa à destituição do poder dos chefes do executivo. Acrescente-se, ainda, como forma de controle e fiscalização, a competência para instaurar CPIs. Logo, há no presidencialismo instrumentos de responsabilização política. Contudo, apontamos duas razões para sua completa ineficiência: a partidarização da democracia e a criminalização da política.

A partidarização da democracia faz com que o poder legislativo, formado na sua maioria por representantes ligados ao partido que se encontra no poder ou que o apóie, em vez de cumprir com a sua função de fiscalização e controle, torne-se mero fantoche do poder executivo aprovando sempre seus atos de governo.

A criminalização da política se refere à utilização do direito penal como instrumento de combate político. Isso acontece de duas formas: quando a responsabilidade política não pode ser efetivada devido a obstáculos políticos ou institucionais, o direito penal entra no lugar da irresponsabilidade política de fato, e quando é utilizado por políticos objetivando a retirada de seus adversários da arena política.

No que tange a criminalização da política, não se pode olvidar o papel desempenhado pelos jornalistas. Philippe Chrestia aponta, nesse aspecto, o surgimento de uma inesperada dialética entre imprensa e judiciário, pois se a imprensa descobriu na justiça uma nova forma de exercer controle sobre a política, a justiça encontrou na imprensa a indispensabilidade para garantir que os casos são resolvidos. Nessa dialética, princípios constitucionais como a presunção de inocência, respeito ao segredo de justiça, dentre outras garantias constitucionais se tornam dispensáveis.¹⁰

¹⁰ CHRESTIA, Philippe, “Responsabilité politique et responsabilité pénale entre fléau de la balance et fléau de société” in *Revue du Droit Public et la Science Politique en France et à l’Etranger*, Paris Libaire Générale de Droit et de Jurisprudence, 2000.

Pedro Lomba acrescenta, ainda, que “ *a criminalização da responsabilidade política pode comprometer até os princípios da justiça penal, no respeitante à qualificação dos factos e à avaliação da culpa. A impreterível necessidade de encontrar um responsável e uma motivação para acusar e condenar um titular de cargos políticos podem ser bem mais fortes do que apurar, com exactidão, todos os pressupostos individuais de que depende a responsabilidade penal* ”.¹¹

Esse desvirtuamento operado pelo poder judiciário é uma crise latente e comum a todos os sistemas democráticos, ligada a uma profunda incerteza normativa acerca do lugar que o poder judicial deve ocupar nas suas relações com o poder político.¹²

Por tais motivos o presidencialismo se transforma, na realidade, numa ditadura a prazo fixo. Sem uma Responsabilidade Política efetiva, o Presidente da República pode agir francamente contra a vontade do povo.

¹¹ LOMBA, Pedro, “Teoria da Responsabilidade Política”, Coimbra, 2008, p.66.

¹² MAGALHÃES, Pedro Coutinho, “Corporativismo, Judicialização da política e a crise da Justiça em Portugal” in Revista do Ministério Público, Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 1999, p. 14.

Impressão e acabamento:
CPGRAF/SED
TRF 2ª Região

Rua Acre, 80 - 22º andar ♦ Centro ♦ Rio de Janeiro ♦ RJ
☎ (0xx21) 2282-8304 ♦ 2282-8530 ♦ 2282-8599 ♦ 2282-8465
Fax: 2282-8449 ♦ www.trf2.gov.br/emarf

